

UNIVERSITÉ DE DROIT, D'ÉCONOMIE ET DES SCIENCES
D'AIX-MARSEILLE

INSTITUT DE DROIT DES AFFAIRES

Julie JOLY-HURARD

CONCILIATION ET MÉDIATION JUDICIAIRES

Préface

Serge GUINCHARD

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)
Directeur des études de droit à l'École Normale Supérieure
Directeur Honoraire de l'Institut d'Etudes Judiciaires « Pierre Raynaud »
Doyen honoraire de la Faculté de Droit de Lyon



Conciliation et médiation judiciaires

Julie Joly-Hurard

Éditeur : Presses universitaires d'Aix-Marseille
Année d'édition : 2003
Date de mise en ligne : 15 avril 2015
Collection : Droit privé
ISBN électronique : 9782821853362



<http://books.openedition.org>

Édition imprimée

ISBN : 9782731403374
Nombre de pages : 476

Référence électronique

JOLY-HURARD, Julie. *Conciliation et médiation judiciaires*. Nouvelle édition [en ligne]. Aix-en-Provence : Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003 (généré le 05 juin 2016). Disponible sur Internet : <<http://books.openedition.org/puam/679>>. ISBN : 9782821853362.

Ce document est un fac-similé de l'édition imprimée.

© Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003
Conditions d'utilisation :
<http://www.openedition.org/6540>

SOMMAIRE

Préface

Serge Guinchard et Pierre Raynaud

Introduction

I. Les modes alternatifs de règlement des conflits, en général

II. La conciliation et la médiation judiciaires, en particulier

Chapitre préliminaire. Conciliation et médiation judiciaires, formes de conciliation

SECTION I – LA CONCILIATION : NOTION GÉNÉRIQUE

SECTION II – LES FAMILLES DE CONCILIATION

Première partie. Des contrats dirigés

Introduction à la première partie

Titre I. Des contrats de pourparlers judiciaires

Introduction au titre I

Chapitre I. Des pourparlers judiciaires

SECTION I – CONCILIATION ET MÉDIATION JUDICIAIRES, FORMES DE POURPARLERS

SECTION II – CONCILIATION ET MÉDIATION JUDICIAIRES, POURPARLERS DE NATURE JUDICIAIRE

Chapitre II. Nature contractuelle des pourparlers judiciaires

SECTION I – LE CONSENTEMENT DES PARTIES, CRITÈRE DU CONTRAT

SECTION II – LE CONSENTEMENT DES PARTIES DANS LES POURPARLERS JUDICIAIRES

Conclusion du titre I

Titre II. Des pourparlers judiciaires dirigés

Introduction au titre II

Sous-titre I. Le dirigisme étatique des MARC, en général

Chapitre I. Le dirigisme contractuel au palais

SECTION I – LES OBLIGATIONS LÉGALES DE CONTRACTER

SECTION II – LES CONTRATS-TYPES RÉGLEMENTAIRES FACULTATIFS

SECTION III – LES CONTRATS-TYPES RÉGLEMENTAIRES OBLIGATOIRES

Chapitre II. Le dirigisme contractuel hors les murs

SECTION I – LA JURIDICTIONNALISATION

SECTION II – LA JUDICIARISATION

CONCLUSION DU SOUS-TITRE I

Sous-titre II. Le dirigisme étatique des pourparlers judiciaires, en particulier

Chapitre I. Dirigisme étatique et champ d'application matériel des pourparlers judiciaires

SECTION I – UN CHAMP D'APPLICATION MATÉRIEL PARFOIS IMPOSÉ

SECTION II – UN CHAMP D'APPLICATION MATÉRIEL TOUJOURS LIMITÉ

Chapitre II. Dirigisme étatique et contenu des pourparlers judiciaires

SECTION I – ATTEINTES À LA LIBRE ENTRÉE DES PARTIES EN POURPARLERS JUDICIAIRES

SECTION II – ATTEINTES À LA LIBRE CONDUITE DES POURPARLERS JUDICIAIRES

SECTION III – ATTEINTES À LA LIBRE EXTINCTION DES POURPARLERS JUDICIAIRES

CONCLUSION DU SOUS-TITRE II

Conclusion du titre II

Conclusion de la première partie

Seconde partie. Des contrats contrôlés

Introduction à la seconde partie

Titre I. La déontologie des pourparlers judiciaires

Introduction au titre I

Chapitre I. La déontologie des parties en pourparlers

SECTION I – ENCADREMENT DES POURPARLERS JUDICIAIRES PAR DES PRINCIPES DE DROIT PROCESSUEL

SECTION II – L'ENCOURAGEMENT À L'ASSISTANCE D'UN AVOCAT

Chapitre II. La déontologie du tiers conciliateur ou médiateur

SECTION I – LA DÉONTOLOGIE DES CONCILIEURS DE JUSTICE

SECTION II – LA DÉONTOLOGIE DES MÉDIATEURS

Conclusion du titre I

Titre II. La fin des pourparlers judiciaires

Introduction au titre II

Chapitre I. La fin des pourparlers judiciaires de droit commun

SECTION I – RÉCEPTION JUDICIAIRE DE L'ACCORD

SECTION II – LE JUGEMENT DES POINTS LITIGIEUX PERSISTANTS

Chapitre II. La fin des pourparlers judiciaires délégués

SECTION I – L'HOMOLOGATION DE L'ACCORD DES PARTIES, DISTINCTE DE LA FONCTION D'HOMOLOGATION JUDICIAIRE IMPÉRATIVE

SECTION II – L'HOMOLOGATION DE L'ACCORD DES PARTIES, FONCTION D'HOMOLOGATION JUDICIAIRE FACULTATIVE

Conclusion du titre II

Conclusion de la seconde partie

Conclusion générale

Proposition de thèse

Bibliographie

Index alphabétique

Préface

Serge Guinchard et Pierre Raynaud

- ¹ Madame Julie JOLY-HURARD a brillamment soutenu sa thèse de doctorat en droit de l'Université Panthéon-Assas (Paris 2) le 19 septembre 2002, devant un jury composé de civilistes et de processualistes ¹. La mixité de ce jury n'est pas due au hasard ou à la fantaisie de la candidate ou de son directeur de recherches ; elle tient à ce que ce travail se situe au carrefour du droit des contrats et du droit processuel, pour ne pas dire ici, de la procédure civile. Remarquablement conçue et bâtie, cette thèse constitue un apport majeur à la doctrine contemporaine de ce qu'il est convenu d'appeler les modes alternatifs de résolution des conflits (les MARC) ou des litiges (les MARL), selon les auteurs. On aurait pu craindre le pire en acceptant d'agréer ce sujet proposé par la candidate, tant il est vrai que les ouvrages se sont multipliés sur ce thème ces dernières années ; crainte du pire, parce qu'on pouvait légitimement s'interroger sur ce que la candidate pouvait apporter de plus par rapport à tout ce qui avait été écrit sur la question ; à vrai dire, si quelques ouvrages émergent du lot, beaucoup des lignes écrites sur ces modes de résolution dans la société contentieuse contemporaine, ne sont, bien souvent, que des compilations, sans grand intérêt, qui se contentent de recenser les différents médiateurs ou conciliateurs dont notre pays se dote progressivement ; peu de symphonies harmonieuses au milieu de toute cette littérature dont les auteurs

ont semblé ne pas posséder les bases les plus élémentaires du droit civil et de la procédure civile. Madame Julie JOLY-HURARD ne manque pas de ces bases conceptuelles fondamentales et la thèse s'en ressent, en bien : c'est donc au meilleur que le jury de soutenance a eu droit et c'est ce très bon cru que nous sommes heureux de pouvoir présenter au lecteur en tant que directeur de la recherche de la candidate.

2 Dans cette thèse consacrée à l'étude des procédures de conciliation et de médiation judiciaires, Madame Julie JOLY-HURARD apporte en effet, quelque chose de nouveau et d'original qui la distingue très nettement de tout ce qui a été écrit jusqu'à ce jour sur ce sujet, puisque conciliation et médiation judiciaires y sont présentées comme des **contrats** et, plus spécialement, comme des **contrats de pourparlers judiciaires** :

- Des **contrats**, tout d'abord, parce qu'elle a observé que toutes les procédures de conciliation et de médiation judiciaires, quelles qu'elles soient — facultatives, ce qui va de soi, mais également obligatoires — nécessitent impérativement le consentement préalable des parties pour pouvoir être mises en œuvre. Or, rappelant, au terme d'une présentation particulièrement claire et détaillée, que le consentement est véritablement le critère exclusif du contrat indépendamment de la procédure en vertu de laquelle il a été donné, l'auteur en déduit que conciliation et médiation judiciaires peuvent à leur tour bénéficier de la qualification de contrat, puisque toutes fondées sur un accord des parties.
- Des contrats de **pourparlers** ensuite, car, comme le fait si bien remarquer Madame Julie JOLY-HURARD, il existe une véritable similitude entre les procédures de conciliation et de médiation et les pourparlers précontractuels. Comme ces derniers, ces procédures consistent en une période de négociation, d'échanges de propositions et de contre-propositions, échanges qui conduiront à la conclusion d'un contrat définitif, en l'occurrence un contrat ayant trait à la solution du litige.
- Des contrats de pourparlers **judiciaires** enfin, car, en raison du contexte singulier dans lequel ces contrats sont amenés à être conclus puis exécutés — l'instance judiciaire, sous l'égide du juge – et des contraintes que ce contexte suppose, il a semblé à la candidate plus juste et plus précis d'avoir recours à l'expression nouvelle de pourparlers judiciaires pour qualifier ces pourparlers particuliers.

- 3 De cette qualification des procédures de conciliation et de médiation judiciaires en contrats de pourparlers judiciaires, qualification qui constitue véritablement le postulat de base de sa thèse et en fait toute son originalité, Madame Julie JOLY-HURARD déduit deux conséquences : la première, c'est que ces contrats ne sont pas des contrats ordinaires, mais des contrats objets du dirigisme contractuel, ce qu'elle a conceptualisé en ayant recours à l'expression de **contrats dirigés**. La seconde, c'est qu'en raison de leur contexte judiciaire et de leur objet particulier qui est de parvenir au règlement d'un litige, ces contrats sont intégralement placés sous le contrôle de l'autorité judiciaire, ce que l'auteur a illustré en ayant recours à l'expression de **contrats contrôlés**.
- 4 Toute la partie de la thèse consacrée au dirigisme contractuel des pourparlers judiciaires repose sur l'idée que cet interventionnisme étatique a pour finalité d'assurer aux justiciables qui auront recours à ces nouveaux modes de règlement des litiges, que ceux-ci, malgré leur nature contractuelle, présenteront autant de garanties procédurales que le mode juridictionnel judiciaire ; qu'ils préserveront les droits processuels fondamentaux des particuliers et leur offriront une certaine équité processuelle.
- 5 Aussi, de manière rigoureuse, Julie Joly-Hurard rappelle-t-elle toutes les formes judiciaires qui ont été conférées à la conciliation : de son institutionnalisation dans le Code, en 1806, jusqu'à la consécration récente des procédures de conciliation et de médiation judiciaires déléguées à une tierce personne privée – conciliateur de justice ou médiateur – par la loi du 8 février 1995 et ses décrets d'application. Ce faisant, elle compare ces diverses formes judiciaires aux différentes figures contractuelles utilisées par les pouvoirs publics lorsqu'ils orientent ou dirigent les rapports contractuels des particuliers. Elle observe alors que les procédures de conciliation

préalable obligatoire sont tout à fait assimilables à des obligations légales de contracter ; que l'actuelle conciliation de droit commun, facultative et possible à tout moment de l'instance, est en tous points comparable à un contrat-type réglementaire facultatif ; et que les dernières procédures de conciliation déléguée, sont quant à elles de véritables contrats-types réglementaires obligatoires, le caractère obligatoire de ces contrats ne concernant que leur contenu, immuable.

- 6 Le recours aux contrats dirigés est donc présenté par l'auteur comme l'un des moyens utilisés par les pouvoirs publics en vue d'atteindre des objectifs d'ordre public ou bien de préserver certains intérêts ou certaines considérations jugés d'ordre public, tout en laissant une certaine marge de manœuvre aux volontés privées. Ici, il s'agit à chaque fois de privilégier la voie amiable sur la voie juridictionnelle, soit parce qu'à une époque donnée, elle est considérée comme la meilleure voie pour terminer les contestations, soit, de manière plus pragmatique, parce que l'on espère que son utilisation massive désencombrera les juridictions en les soulageant plus rapidement d'une partie du contentieux de masse. Aujourd'hui, il semble que le recours au dirigisme contractuel, avec les procédures de conciliation et de médiation judiciaires, vise plutôt à assurer que ces modes, bien que conventionnels, offriront toute l'équité procédurale nécessaire à la préservation des droits processuels fondamentaux des particuliers qui y auront recours ; sorte de garantie censée les rendre *in fine* attractifs.
- 7 Les pourparlers judiciaires ont été encadrés par divers principes directeurs, tels que le principe de confidentialité, le principe de célérité, les principes d'impartialité et d'indépendance du tiers à qui les négociations peuvent être confiées etc. Ce sont ces principes que Madame Julie JOLY-HURARD étudie un à un, pour en conclure que

bien que destinés à gouverner des procédures conventionnelles, ils sont tous issus du droit processuel. Cette extension des principes de droit processuel aux pourparlers judiciaires s'explique en partie par la nature judiciaire de ces derniers ; mais pas seulement, fait justement remarquer l'auteur. Ce phénomène s'observe de manière beaucoup plus générale, à l'égard de tous les modes alternatifs de règlement des conflits, pris dans leur globalité, ce qui dénote une tendance générale à la processualisation des modes conventionnels de règlement des conflits ainsi que l'émergence d'un noyau dur de principes fondamentaux, également applicables à tous les modes de règlement des litiges, qu'ils soient juridictionnels ou bien amiables, judiciaires ou non-judiciaires. Mais suffit-il de faire de la conciliation et de la médiation judiciaires des modèles types de contrats encadrés par quelques principes directeurs pour que l'équité de ces procédures soit assurée ? Ne faut-il pas que le juge intervienne ?

- 8 D'où le second volet de la thèse de Madame Julie JOLY-HURARD, consacré à l'office du juge relativement aux contrats de pourparlers judiciaires. L'auteur distingue alors trois missions principales du juge : tout d'abord, promouvoir des contrats de pourparlers judiciaires auprès des plaideurs ; ensuite, assurer la supervision de leur bonne conclusion puis de leur bonne exécution dans le cadre de l'instance ; enfin, appréhender l'issue des pourparlers judiciaires pour, selon les cas, soit procéder à l'homologation de l'accord des parties si celles-ci sont effectivement parvenues à régler tout ou partie de leur différend, soit au contraire, régler les points litigieux persistants.
- 9 – La mission du *Juge-promoteur* consiste, plus spécifiquement, à porter les contrats de pourparlers judiciaires à la connaissance des justiciables, à verbaliser et rendre concrètes les figures contractuelles contenues dans le code, à en expliciter les spécificités

et les mécanismes aux parties pour les inciter à y adhérer en pleine connaissance de cause. Dans ce rôle de promoteur, le juge serait alors le « porte-parole du législateur » nous dit l'auteur, idée force qui fait du juge un personnage clef, indispensable à la conclusion des contrats de pourparlers judiciaires par les justiciables, mais néanmoins extérieur car non partie à la convention.

- 10 - La mission du *juge-superviseur* consiste dans un deuxième temps, à accompagner les parties tout au long du déroulement de ces procédures. A vérifier que les formalités préalables à leur mise en œuvre ont bien été correctement accomplies ; que le tiers conciliateur ou médiateur à qui la conduite des pourparlers est parfois confiée, fait preuve de toute l'aptitude et de toutes les compétences nécessaires ; qu'une fois les négociations engagées, celles-ci se déroulent sans ombrage, conformément à l'esprit qui doit les animer et dans le respect des principes directeurs qui les encadrent etc. A ce stade, nous dit Madame Julie JOLY-HURARD, le juge est « à portée de main » en quelque sorte, auxiliaire du tiers et des parties susceptible d'intervenir à la demande pour régler toute difficulté qui surviendrait, sorte d'autorité de tutelle, discrète mais toujours présente, garante de la bonne conduite des pourparlers.
- 11 – Enfin, une fois les négociations terminées, le juge doit appréhender la fin des pourparlers judiciaires, pour déterminer si les parties sont ou non parvenues à un accord amiable et, le cas échéant, pour apprécier si cet accord éteint ou non l'entier litige. De cela dépendent en effet non seulement l'étendue du dessaisissement du juge mais également la détermination de son nouvel office à l'issue des pourparlers judiciaires. Ainsi, en cas d'accord, le juge pourra être amené à devoir l'enregistrer en vue de lui conférer la force exécutoire ; ce qui pose la question de la distinction entre les diverses modalités d'enregistrement judiciaire de l'accord prévues

par le nouveau code de procédure civile – donné acte, constat d'accord, homologation, procès-verbal – et de leurs effets respectifs. Madame Julie JOLY-HURARD, à l'issue d'une étude approfondie, propose une unité de lecture de ces différents actes réceptifs du juge et leur attribue, malgré leurs appellations distinctes, les mêmes effets, la même nature juridique et donc le même régime ; tous relevant de ce qu'elle appelle l'activité du *juge-homologateur*. Pour terminer, l'auteur envisage l'hypothèse de l'absence d'accord, qui s'accompagne nécessairement d'un retour devant le juge. Ce cas de figure conduit alors à s'interroger sur l'aptitude du juge à connaître deux fois de la même affaire s'il a lui-même été conciliateur pendant les pourparlers puisqu'en raison de leur échec, il lui appartient de reprendre sa position de juge de jugement.

- 12 La conclusion de Madame Julie JOLY-HURARD est pragmatique : elle propose de voir dans cette triple mission du juge au regard de ces contrats portant règlement des litiges en cours d'instance, une nouvelle conception de l'office traditionnel du juge qui substitue au personnage classique du juge-conciliateur, un nouveau juge moins préoccupé par la recherche de la solution au fond que par la procédure en vertu de laquelle cet accord sera trouvé. Ce qui prévaut aujourd'hui est moins l'issue des pourparlers judiciaires que leur équité. L'office du juge, avec la conciliation et la médiation judiciaires, est donc véritablement axé sur le droit de toute personne à un procès équitable, droit substantiel qui ne concerne donc plus les seules procédures juridictionnelles judiciaires de règlement des litiges, mais également les modes amiables. La procédure civile et le droit des contrats rejoignent ici les droits fondamentaux du procès ; le droit judiciaire se découvre droit processuel au sens de droit commun du procès. La thèse de Madame Julie JOLY-HURARD débouche sur le droit à un procès équitable, ce n'est pas le moindre

paradoxe d'une thèse qui se voulait, au départ tout au moins, très éloignée de ce concept moderne, sans pour autant lui être hostile. C'est une preuve de réelle intelligence que de savoir découvrir en chemin les repères qu'on avait écartés plus ou moins consciemment au début d'une recherche. Madame Julie JOLY-HURARD ne manque pas de cette intelligence et sa volonté de partir du droit des contrats en s'ancrant dans les théories traditionnelles du droit civil ne lui a pas fait perdre de vue que le droit du procès qui se construit sous nos yeux peut aussi s'exporter, comme modèle universel, vers d'autres modes de résolution des conflits. Par sa démarche originale alliée à un sens aigu de la synthèse, la candidate a réussi son pari, renouveler l'approche des modes alternatifs de résolution des conflits. Nous lui souhaitons tout le succès qu'elle mérite et formons le vœu qu'elle puisse intégrer l'Université française puisqu'elle a été qualifiée, au vu de cette remarquable thèse, aux fonctions de Maître de conférences en droit privé.

NOTES

1. Monsieur le Premier Président Jean-Marie Coulon (Cour d'appel de Paris), Monsieur le Doyen Gérard Couchez (Université Paris X-Nanterre), Messieurs les Professeurs Loïc Cadiet (Université Panthéon-Sorbonne, Paris 1) et Charles Jarroson (Université Panthéon-Assas, Paris 2) et le soussigné.

AUTEURS

SERGE GUINCHARD

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2). Directeur des études de droit à l'École normale supérieure. Directeur honoraire de l'Institut d'études judiciaires

PIERRE RAYNAUD

Doyen honoraire de la Faculté de droit de Lyon

Introduction

- ¹ 1. *"Depuis des années, interrogés sur le fonctionnement de la justice, les Français portent un jugement sévère, souvent inexact, parfois injuste. Mais il n'en demeure pas moins que la justice est considérée comme trop lente, trop chère, compliquée, trop lointaine, souvent incertaine, si ce n'est partielle. Ce sentiment ne cesse de s'accroître et de s'accréditer dans l'esprit du public"* ¹. A lire le témoignage de ce haut magistrat, on constate que la justice de notre pays est très sévèrement critiquée par ses justiciables. Lente, chère, complexe, inhumaine, aléatoire et partielle, tels sont les adjectifs dont notre système judiciaire est aujourd'hui affublé ². Les justiciables ont le sentiment de ne pas être écoutés ; ils reprochent au juge de ne plus remplir sa mission pacificatrice et finissent par s'interroger sur la capacité de l'Etat à rendre la Justice ³. En bref, la justice est en situation de crise ⁴ et cette crise menace les fondements mêmes du nouveau code de procédure civile dans sa triple fonction de « *production, de symbole et de régulation* » ⁵. Aussi, pour tenter de remédier à cette image et surtout, afin de proposer aux justiciables une justice qui réponde à leurs attentes – proximité, simplicité, rapidité, écoute, moindre coût etc. - les pouvoirs publics se sont donné pour priorité de promouvoir une nouvelle forme de justice, aux appellations très variées : justice « *négociée* », « *amiable* », « *consensuelle* », « *alternative* » ⁶ ou encore « *justice convenue* » ⁷. Le propre de cette nouvelle forme de justice est de privilégier « *les modes [...] pacifiques de règlement des conflits, c'est-à-dire ceux qui visent à mettre les parties d'accord sur la*

solution et qui ont en commun le plus souvent de faire intervenir un tiers et de se démarquer du système juridictionnel » ⁸. Parce qu'ils se démarquent du mode juridictionnel étatique traditionnel, ces modes sont plus communément appelés *modes alternatifs de règlement des conflits* ⁹ (MARC) (I) ou encore *modes volontaires de résolution des conflits* ¹⁰, équivalents français des ADR ¹¹ du droit anglais. La conciliation et la médiation judiciaires ¹², qui nous intéressent, en font partie (II).

I. Les modes alternatifs de règlement des conflits, en général

- 2 **2.Crise de la justice** – Ce que l'on a coutume d'appeler la « *crise de la justice* » - concept, il est vrai, un peu trop médiatique et sans réelle signification - est la conséquence des profondes mutations que connaît actuellement la société, dans tous les domaines de la vie privée ou publique, en matière sociale, économique et culturelle ¹³ ... Notre société s'est urbanisée, individualisée, atomisée. L'emballlement de la norme, tant sur le plan national que sur le plan international, a juridicisé les rapports sociaux ¹⁴ et, de ce fait, favorisé le contentieux, le juge étant sollicité soit pour assurer le respect des nouveaux textes, soit simplement pour en interpréter les termes, trop souvent obscurs et techniques. On déplore aujourd'hui le « *spectre de la société contentieuse* » ¹⁵. La justice est devenue un « *bien de consommation courant* » ¹⁶, une justice du quotidien : « *Il n'est aujourd'hui pratiquement plus demandé au juge de dire le droit. Le juge est plus souvent agent de recouvrement, travailleur social, auxiliaire d'intérêts privés non dévoilés* » ¹⁷. Plus encore, depuis que l'accès à la justice a été facilité, il arrive que le juge soit saisi de demandes qui ne sont fondées sur aucune prétention juridique. Il y a « *dans cette*

attitude qui consiste à saisir un juge pour lui faire part des difficultés que l'on éprouve sans énoncer de prétention clairement formulée, un réflexe révélateur de ce que les gens [...] attendent de la justice : une présence arbitrale de proximité doublée [...] d'une quête de médiation » ¹⁸ .

3 **3.Les MARC :symptôme de la « crise de la justice » ?** ¹⁹ - Même si beaucoup refusent de l'admettre ²⁰ , il existe bien un lien entre cet état de crise, d'engorgement ou d'encombrement de l'appareil judiciaire et le développement des MARC ²¹ : *« d'un point de vue culturel, il ne faut pas perdre de vue cette évidence que le développement des modes alternatifs de règlement des conflits est une réponse - un antidote - aux défauts ou excès de la justice du pays considéré »* ²² . Le fait que les récentes réformes relatives aux modes alternatifs de règlement des conflits figurent systématiquement dans les textes destinés à améliorer le fonctionnement de la justice n'en est-il d'ailleurs pas le meilleur indice ? *« L'explosion du contentieux s'accompagne de son cortège de regrets : pour la durée et le coût des procès, pour leur complexité, pour l'aléa qui trop souvent préside à leur dénouement, et enfin pour ce sentiment diffus d'insatisfaction lorsque la solution juridique donne l'impression de n'être pas une véritable solution. Ces éléments ont revivifié l'intérêt pour la résolution amiable des conflits »* ²³ .

4 **4.Les MARC : réponse au besoin d'une justice de proximité** - Néanmoins, pour faire bonne figure, il est de meilleur ton d'associer les MARC au profond besoin des justiciables d'une justice de proximité ²⁴ plutôt qu'à la crise de la justice dont ils ne seraient que le remède. Objectif permanent, la justice de proximité est aujourd'hui placée au premier rang des priorités de la politique judiciaire contemporaine ²⁵ et elle est considérée comme l'un des derniers espoirs d'améliorer la qualité du service public de la justice ²⁶ . A cette fin, les pouvoirs publics ont même fait renaître de leurs cendres les juges de paix ²⁷ sous l'appellation de juges de proximité

²⁸ avec la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002, d'orientation et de programmation pour la justice, suivie peu de temps après par la loi organique n° 2003-153 du 26 février 2003, relative aux juges de proximité et fixant leur statut ».

- 5 La justice de proximité, comme son nom l'indique, est une justice proche des justiciables. La proximité, qui est d'abord géographique, n'est pas seulement affaire de territorialité ²⁹ : la proximité de la justice réside également dans le rôle que l'institution judiciaire est appelée à jouer dans le traitement des litiges ³⁰. Sous cet angle, la proximité devient alors une question de qualité de la justice ³¹, de sa capacité à accueillir les justiciables, à leur faciliter l'accès au droit ³² selon des procédures plus humaines et plus simples ³³, plus rapides ³⁴, plus économiques ³⁵ et enfin, peut-être, de sa capacité à favoriser leur responsabilisation en les faisant participer personnellement à la gestion de leurs conflits ³⁶. Les MARC ont directement pour finalité de contribuer au développement de cette justice de proximité et parmi eux, spécialement la conciliation et la médiation judiciaires.
- 6 **5.La notion de MARC** - La notion de *mode alternatif de règlement* des conflits est une notion générique ³⁷ qui vise une multitude de modes de règlement des conflits alternatifs au mode traditionnel, juridictionnel et étatique, de règlement des litiges ³⁸.
- 7 Une acception large de cette notion conduit à y inclure, outre les modes amiables de règlement des conflits ³⁹ – ceux en vertu desquels les parties, avec ou sans l'aide d'un tiers, participent personnellement et conjointement à la recherche d'une solution conventionnelle de leur différend en confrontant leurs points de vue et prétentions respectifs – d'autres modes qui, sans pour autant être amiables, constituent néanmoins des *voies alternatives* à la voie contentieuse traditionnelle. On songe notamment à l'arbitrage,

mode juridictionnel privé en vertu duquel une autorité – l'arbitre – qui tient son pouvoir de juger de la convention des parties ⁴⁰, tranche le litige qui lui est soumis en vertu d'une sentence qui s'impose aux parties. On peut aussi évoquer l'amiable composition ⁴¹ : « mission spéciale que les parties confient d'un commun accord à un juge (juridiction étatique ou arbitrale) quand elles attendent de lui qu'il tranche leur litige *ex æquo et bono*, en donnant à celui-ci la solution, tout pesé, la plus convenable, fût-ce en écartant, pour autant que l'équité l'exige, l'application stricte du droit » ⁴². Ces derniers modes, parce qu'ils aboutissent à une solution imposée aux parties, sont traditionnellement qualifiés de modes impératifs de règlement des conflits. Ils ont en commun avec les modes amiables d'être fondés sur un accord des parties, autrement dit d'avoir une origine conventionnelle ⁴³.

- 8 Cependant, on précisera que nombre d'auteurs préfèrent attribuer à la notion de MARC un sens plus étroit, la limitant aux seuls modes purement amiables de règlement des conflits ⁴⁴. Cette acception étroite a également notre préférence. L'exclusion de l'arbitrage des MARC peut se justifier par le fait qu'il n'est plus aujourd'hui véritablement un mode alternatif au mode traditionnel de règlement des conflits : « De mode alternatif, il est devenu mode classique sous l'effet conjugué et paradoxal de son succès et de ses tendances trop fréquentes à la judiciarisation et à l'institutionnalisation qui le dénaturent » ⁴⁵. De la même manière, l'amiable composition peut être exclue des MARC car « cette faculté particulière attribuée parfois aux titulaires du pouvoir juridictionnel [...] n'a pas d'existence autonome en dehors de lui » ⁴⁶ ; elle consiste en un « correctif » ⁴⁷, en une « altération de l'office du juge » ⁴⁸, en un tempérament de la « vocation de principe » ⁴⁹ de ce dernier à trancher le litige en application des règles de droit ⁵⁰, « en

ouvrant à sa sentence d'autres justifications, jusqu'à lui permettre [...] d'écarter le droit en se fondant ouvertement sur l'équité » ⁵¹ .

- 9 Malgré la réduction du champ des MARC aux seuls modes amiables de règlement des conflits, ceux-ci n'en constituent pas moins une « catégorie très ouverte » ⁵² . D'une part parce qu'ils visent tous les modes amiables, indépendamment du contexte, judiciaire ou non, dans lequel ceux-ci sont amenés à évoluer. D'autre part parce qu'ils ne visent pas seulement à régler les litiges, au sens juridique du terme - oppositions d'intérêts susceptibles de fonder des prétentions juridiques ⁵³ - mais plus largement toutes sortes de difficultés ou de contestations, plus communément appelées conflits, dont la nature n'est pas nécessairement juridique ⁵⁴ .
- 10 **6. Les MARC au service de la qualité de la justice** - Le développement des MARC serait donc une réponse à ce besoin ⁵⁵ des justiciables d'accéder à une justice de meilleure qualité dans laquelle ils se sentiraient écoutés, compris, associés ; à ce besoin d'une justice qui privilégierait la reprise du dialogue et le rétablissement de la paix sociale à la stricte application de la règle de droit, trop contraignante, parfois injuste et souvent étrangère à la véritable cause du conflit ⁵⁶ ; d'une justice qui offrirait des réponses acceptables pour toutes les parties antagonistes, moins aléatoires et de ce fait plus équitables qu'une solution juridictionnelle imposée par le juge qui fait obligatoirement un gagnant et un perdant ⁵⁷ . Cette aspiration, très ancienne, est probablement renforcée aujourd'hui par la crise que traverse notre système judiciaire en raison, notamment, de l'encombrement des juridictions et de l'augmentation constante des délais de jugements. Mais il faut bien garder à l'esprit que les MARC doivent moins être perçus comme un remède à l'engorgement ou à l'encombrement des juridictions ⁵⁸ que comme un moyen d'améliorer la qualité de notre justice ⁵⁹ .

- 11 **7. Mécanisme des MARC** – Le propre des modes amiables de règlement des conflits est que, par opposition au mode judiciaire traditionnel, ils ne font pas appel à la stricte application des règles de droit, de forme comme de fond, et n'aboutissent pas à une solution imposée aux parties. Le litige n'est pas tranché : les parties se contentent de confronter leurs points de vue respectifs avec ou sans l'aide d'une tierce personne, pour tenter de trouver une solution conventionnelle au conflit qui les oppose. La solution résulte de la volonté commune des parties et ne devient obligatoire que lorsqu'elle a été acceptée par celles-ci. En dehors de toute contrainte procédurale, le litige peut être réduit à ses données purement factuelles, psychologiques ou affectives, données qui sont souvent la véritable cause du litige. C'est probablement cela qui caractérise les MARC : être avant tout un « état d'esprit » ⁶⁰, qui privilégie le dialogue, le contact humain et l'écoute ainsi que la participation
- 12 **8. La conciliation, « mère » de la conciliation et de la médiation judiciaires** - Parmi les modes alternatifs de règlement des conflits, la conciliation ⁶¹ fait office de symbole, probablement en raison de son ancienneté mais aussi de son universalité. La conciliation est en effet apparue très tôt comme un mode de règlement des conflits présentant de nombreux avantages par rapport à la justice traditionnelle, parce que facteur de paix sociale : « Les Grecs, les Romains et l'Eglise en ont conçu l'idée [...]. Guillaume Penn l'a préconisée, Saint Louis l'a appliquée dans ses domaines ⁶² Vincennes, rappelle-t-on souvent ⁶³. Plus tard encore, le premier président de Lamoignon ⁶⁴ et le duc de Rohan-Chabot l'ont à leur tour pratiquée sur leurs terres ⁶⁵. En un mot, la conciliation a toujours été considérée comme « le degré de justice le plus élaboré car les deux parties s'estiment satisfaites » ⁶⁶. Une autre caractéristique de la conciliation, qui est

aussi l'un de ses autres principaux attraits, est probablement sa capacité à se décliner sous les formes les plus diverses, qui sont autant de modalités différentes de sa mise en œuvre. Ainsi, la conciliation ⁶⁷ couvre à elle seule une multitude de modes amiables de règlement des conflits ⁶⁸, tels que la médiation ⁶⁹ – forme de conciliation ⁷⁰ qui suppose l'intervention d'un tiers particulièrement actif dans la recherche de la solution ⁷¹ ; la transaction ⁷² – forme de conciliation ou plutôt accord qui en résulte, en vertu duquel les parties terminent leur contestation au moyen de concessions réciproques ⁷³ ; ou encore la conciliation et la médiation judiciaires ⁷⁴ – formes de conciliation mises en œuvre dans le cadre d'une instance judiciaire et sous l'égide du juge ⁷⁵. Si bien que pour reprendre les termes d'un auteur ⁷⁶, on peut considérer que la conciliation consiste en « une sorte de « notion mère », de « notion souche », par rapport à laquelle toutes les autres se définissent et à laquelle les auteurs [...] reviennent sans cesse ».

- 13 C'est donc à travers cette notion mère de conciliation, entendue dans un sens générique, comme englobant à elle seule diverses techniques de règlement amiable des conflits qui n'en sont que des expressions particulières ⁷⁷, que l'on se propose d'aborder l'étude de la conciliation et de la médiation judiciaires.

II. La conciliation et la médiation judiciaires, en particulier

- 14 **9. Conciliation et médiation judiciaires** – Par l'expression conciliation et médiation judiciaires, ce sont les modes amiables de règlement des conflits auxquels il est possible de recourir dans le cadre judiciaire que nous entendons viser et, spécialement, dans le cadre judiciaire civil. Ainsi, entreront dans le champ de notre étude toutes

les procédures de conciliation ou de médiation institutionnalisées dans le nouveau code de procédure civile ⁷⁸. Les raisons qui nous ont poussées à nous intéresser à ces procédures ⁷⁹ sont multiples.

15 **10. Variété des procédures** - La première est probablement leur grande variété. Ainsi, tandis que certaines procédures de conciliation sont purement facultatives, d'autres sont au contraire érigées en passage obligé ; tandis que certaines sont préalables au traitement juridictionnel du litige, d'autres peuvent inversement intervenir à tout moment de l'instance contentieuse, en vue, précisément, d'y mettre un terme prématurément ; enfin, tandis que certaines procédures de conciliation peuvent directement être le fait du juge, d'autres font appel à une tierce personne privée, chargée de rapprocher les parties en vertu d'une mission que lui a confié le juge. Cette variété de procédures suscite l'interrogation. On peut y voir une sorte de quête des pouvoirs publics : quête du mode idéal de règlement des litiges ; quête de la formule adéquate pour favoriser l'essor de la conciliation, améliorer la qualité de la justice et, ainsi, promouvoir la paix sociale.

16 **11. Alliance du judiciaire et du conventionnel** - Mais la raison majeure qui nous a conduite à nous consacrer à la conciliation et à la médiation judiciaires est surtout leur appartenance à la catégorie des actes hybrides ; ceux qui allient le conventionnel et le judiciaire, le contrat et le procès. La doctrine ⁸⁰ rappelle combien l'association de ces deux mots – judiciaire et conventionnel – peut, à première vue, étonner ⁸¹ si ce n'est apparaître comme une anomalie juridique en raison de leur opposition ⁸² : « *Le sujet paraît conjuguer l'inconciliable en combinant l'accord des parties, qu'exprime le contrat, avec leur désaccord que traduit l'action en justice* » disent les uns ⁸³ tandis que d'autres, de manière plus radicale encore, s'exclament : « *Convention/Litige : voilà bien deux termes antagonistes !* » ⁸⁴. Mais une

autre approche de cette association de composantes apparemment contradictoires consiste au contraire à y voir une « *composition* »⁸⁵, « un rapport de force »⁸⁶ pour que « la contradiction des mots s'estompe au profit de leur combinaison »⁸⁷.

17 **12.Place du contrat dans l'instance civile** – Dans ce sens, on ne saurait objecter que « le contrat a sa place dans l'instance civile »⁸⁸. On observe même qu'il est de plus en plus fréquent de voir les parties aménager le traitement judiciaire de leur litige d'un commun accord⁸⁹ : « *l'accord des parties a pleinement droit de cité dans l'instance civile que ce soit au stade de son déclenchement, avec la requête conjointe, de son dénouement avec les contrats judiciaires ou les jugements convenus, au stade de son déroulement avec les radiations conventionnelles de l'instance* »⁹⁰, quand l'accord des parties ne va pas jusqu'à associer le juge au moyen d'un contrat de procédure. Même le pouvoir juridictionnel du juge peut être limité par l'accord des parties pour les droits dont elles ont la libre disposition (NCPC, art. 12 al. 3 et 4) »⁹¹.

18 **13.De l'origine conventionnelle à la nature contractuelle de la conciliation et de la médiation judiciaires** – En alliant le judiciaire au conventionnel, conciliation et médiation judiciaires ne seraient qu'une illustration supplémentaire des divers modes de gestion conventionnelle⁹² de l'instance que propose le législateur aux plaideurs et, ce faisant, du phénomène plus général de l'immixtion du contrat dans le procès. La caractéristique de ces procédures est en effet, comme tous les modes alternatifs de règlement des différends, d'être fondées sur un accord des parties. La décision de recourir à un mode amiable suppose un consentement préalable : « *l'accord des parties constitue la condition d'existence et d'efficacité du règlement amiable* »⁹³.

19 Doit-on voir, dans ce consentement, une convention ? Un auteur⁹⁴ qui s'est intéressé à la notion d'accord, précise qu'elle recouvre une

double acception, selon que l'accord a été donné par les parties, après sollicitation en ce sens ou bien, au contraire, spontanément. Ainsi, selon cet auteur, dans le premier cas, on serait en présence d'un simple accord « *assentiment* » ⁹⁵, lequel ne peut pas s'analyser en une convention en raison du caractère « *passif* » ⁹⁶ du consentement des parties. Il s'agirait simplement « *d'un tempérament aux prérogatives procédurales du juge, guidé par le souci de tenir compte de la volonté des justiciables* » ⁹⁷. En revanche, toujours selon cet auteur, chaque fois que l'accord des parties serait un accord « *actif* » ⁹⁸, résultant de leur « *initiative de provoquer la décision, l'acte ou la mesure que le juge ne peut prendre qu'avec leur accord, la convention ferait place, alors, à l'acceptation* » ⁹⁹.

- 20 Nous considérons pour notre part que dès lors qu'il y a rencontre des volontés des parties, indépendamment du fait que cette rencontre a été provoquée ou est spontanée et qu'elle a pour objet de produire des effets de droit, nous sommes en présence d'une convention ¹⁰⁰. Or, accepter de s'engager en conciliation ou en médiation judiciaire, même si cela résulte d'un comportement passif des parties, consiste bien à consentir aux éléments essentiels de ces procédures en vue de produire des effets de droit sur l'ordonnancement juridique du procès. Ce postulat nous permet alors de présupposer que les procédures de conciliation et de médiation, fussent-elles judiciaires, ont une nature contractuelle dès lors qu'elles requièrent le consentement des parties pour pouvoir être mises en œuvre. Cette affirmation est corroborée selon nous par le fait que la doctrine emploie fréquemment l'expression « *modes conventionnels de règlement des litiges* » ¹⁰¹ lorsqu'il s'agit de les désigner. L'établissement de cette nature contractuelle est une des ambitions de cette thèse.

- 21 **14. Conséquence de l'alliance du judiciaire et du conventionnel : interférence de deux corps de règles** – Mais parce que ces procédures s'insèrent dans un processus judiciaire ; parce qu'elles supposent l'existence d'une instance judiciaire cumulée à un contrôle du juge ¹⁰², elles sont également très fortement marquées par leur nature judiciaire. C'est précisément l'alliance de ces deux composantes, le *judiciaire* et le *conventionnel*, le contrat et le procès ¹⁰³, qui nous intéresse : non pas seulement parce qu'elle est caractéristique, selon un auteur ¹⁰⁴, du passage de notre société d'un ordre juridique imposé à un ordre juridique négocié, d'une régulation de type autoritaire à une régulation de type conventionnel ¹⁰⁵, conséquences du déclin du légicentrisme ¹⁰⁶ ; mais plutôt parce qu'elle a pour conséquence un cumul des règles qui encadrent la conciliation et la médiation judiciaires ou, plus exactement, une interférence de la procédure civile et du droit des obligations ¹⁰⁷.
- 22 Avec la conciliation et la médiation judiciaires, on assiste à une « *transaction* » ¹⁰⁸ entre droit des contrats et procédure civile qui se traduit simultanément par un assouplissement des règles de la procédure civile, en vue de conférer une plus grande liberté aux parties et par un encadrement de la liberté contractuelle de ces dernières, en vue de l'adapter aux contraintes procédurales et, plus exactement, aux contraintes de « *l'ordre public procédural* » ¹⁰⁹, pour ne pas compromettre le bon fonctionnement du service public de la justice.
- 23 **15.Coexistence des deux corps de règles ; données du problème** – Certes, l'institutionnalisation de ces procédures dans le nouveau code de procédure civile et leur soumission à l'*imperium* du juge pourrait faire croire à une prévalence du judiciaire sur le conventionnel. Mais la souplesse de la réglementation dont elles sont l'objet, ajoutée à la discrétion du législateur sur de nombreux

points, confirme la volonté de laisser aux parties qui décident de recourir à ces procédures une grande liberté de manœuvre et de laisser au conventionnel une place de premier choix au sein de celles-ci. Apparaît alors, sous-jacente, la question de la coexistence de ces deux corps de règles : quelle proportion réserver à chacun ? Car trop de procédure civile reviendrait à dénaturer purement et simplement la conciliation et la médiation judiciaires ; mais inversement, trop de liberté contractuelle serait susceptible de mettre en péril les intérêts des parties et de transformer ces procédures en « *une jungle où les parties ne seraient plus assurées de rien* » ¹¹⁰ .

24 **16. Les enjeux de la coexistence** - De la mesure dans laquelle il convient de faire application de ces deux corps de règles *a priori* contradictoires dépend directement la protection des droits fondamentaux ¹¹¹ des parties qui y ont recours. Le droit des contrats offre-t-il suffisamment de garanties pour empêcher les « *abus de règlement amiable* » ¹¹² ? Dans quelle mesure faut-il faire appel aux principes directeurs du procès ¹¹³ pour assurer le respect des droits de la défense de chacun ? Loin d'être exclusifs l'un de l'autre, ces corps de règles doivent être associés, mais la question de la proportion dans laquelle ils doivent l'être est délicate. Tout est affaire de degré, de dosage et il semble précisément que le succès de la conciliation et de la médiation judiciaires repose sur ce fragile équilibre.

25 **17. Le dirigisme contractuel** - Pour assurer aux parties un minimum de garanties, pour trouver le juste équilibre entre la liberté contractuelle et l'ordre public procédural, il n'était donc pas concevable de laisser aux parties la liberté de déterminer discrétionnairement le contenu de leur contrat de conciliation ou de médiation judiciaire. Il importait que celui-ci soit prédéterminé, pré-

rédigé. C'est précisément ce qu'a fait le législateur en ayant recours à une technique : le dirigisme contractuel ¹¹⁴. Ce procédé, aux formes plus ou moins inquisitrices, permet aux pouvoirs publics de s'immiscer dans les relations contractuelles des particuliers en vue de les orienter, en un mot, de les *diriger*, conformément à certaines considérations jugées d'ordre public ou certaines normes impératives. Spécialement, cette technique consiste à prédéterminer le contenu des contrats en vertu de dispositions plus ou moins impératives et de proposer ces « *formules* » ¹¹⁵ types de contrats aux particuliers. Si ce procédé porte atteinte, par hypothèse, à la liberté contractuelle des parties ¹¹⁶, il présente l'avantage de leur assurer, en contrepartie, que leurs droits fondamentaux seront respectés. On observe en effet qu'avec les contrats de conciliation et de médiation judiciaires, sont consacrés diverses règles et principes destinés à en assurer la déontologie ainsi que le bon déroulement : il est question de confidentialité ¹¹⁷, de célérité ¹¹⁸, d'impartialité et d'indépendance ¹¹⁹, de constatation ¹²⁰ ou d'homologation ¹²¹ de l'accord des parties etc. En outre, le recours à un tel procédé permet de faciliter et d'accélérer la conclusion des contrats, les parties contractantes pouvant se contenter de consentir au principe même du contrat à conclure sans plus avoir à négocier ses éléments essentiels ou accessoires.

- 26 **18. Conciliation et médiation judiciaires : contrats dirigés** - C'est précisément ce dirigisme contractuel, le recours à cette technique législative souple et efficace destinée à permettre la coexistence du conventionnel et du judiciaire, à assurer la sécurité juridique dans les rapports contractuels et, au-delà, à sauvegarder divers intérêts privés ou publics, qui caractérise selon nous les procédures de conciliation et de médiation judiciaires. Aussi, en vue de conceptualiser ce procédé et de mettre en avant l'encadrement de la

liberté contractuelle des parties qu'il suppose, nous proposons, pour qualifier les procédures de conciliation et de médiation judiciaires, d'avoir recours à l'expression de **contrats dirigés (Partie I)**.

- 27 **19. Office du juge vis-à-vis de ces contrats** – La qualification de la conciliation et de la médiation judiciaires de *contrats dirigés* conduit alors à s'interroger, dans un second temps, sur le rôle du juge à leur égard. La formule consacrée selon laquelle « *il entre dans la mission du juge de concilier les parties* »¹²² doit-elle être différemment interprétée au vu de cette qualification ? Autrement dit, conciliation et médiation judiciaires, analysées en tant que contrats, supposent-elles un nouvel office du juge ?
- 28 Si la conciliation consiste, en définitive, pour les parties, à conclure un contrat portant règlement amiable de leur conflit et, spécialement, à adhérer à un projet de contrat préétabli, ne doit-on pas alors interpréter la mission de conciliation du juge sous un nouvel angle, comme ne consistant plus seulement à « *concilier les parties* », mais en vérité, à les inciter à conclure un contrat portant règlement amiable de leur litige ? De *juge-conciliateur*, le juge deviendrait alors *juge-promoteur* de la conclusion de contrats de conciliation en cours d'instance. Plus encore, parce que ces contrats mettent à la charge des parties un certain nombre de règles ou de principes à respecter, il y a alors lieu pour le juge, dans un deuxième temps, de veiller au respect effectif de ces règles et de ces principes, autrement dit de superviser la bonne exécution du contrat de conciliation ou de médiation judiciaire par les parties. De *juge-promoteur*, le juge deviendrait alors *juge-superviseur* des contrats de règlement amiable des conflits en cours d'instance : superviseur de leur formation comme de leur exécution. Enfin, une dernière étape doit être prise en considération : la fin de la conciliation ou de la médiation judiciaire. Selon que les parties sont ou non parvenues à

un accord, le rôle du juge diffère sensiblement : soit il peut être amené à constater l'accord des parties ; soit à trancher les points litigieux persistants. L'examen de la portée du contrôle du juge lorsqu'il procède à la réception judiciaire de l'accord des parties nous conduira à apprécier si ce contrôle peut avoir des incidences sur la procédure amiable ainsi que, le cas échéant, sur la procédure contentieuse subséquente, dans l'hypothèse où la conciliation n'aurait pas permis le règlement de tous les points litigieux. La supervision judiciaire n'est donc pas limitée aux seuls contrats de règlement amiable ; elle s'étend également à l'éventuel accord en résultant. De *juge-superviseur* de la procédure, le juge deviendrait alors *juge-homologateur* de l'accord des parties.

29 **20. Conciliation et médiation judiciaires : contrats contrôlés** - Ce sera l'examen de ces diverses facettes de l'office du juge – juge-promoteur, juge-superviseur et juge-homologateur – des différents aspects que son contrôle du bon déroulement des procédures de conciliation ou de médiation judiciaires peut prendre, qui constituera la trame principale de notre seconde partie et que l'on mettra en évidence en ayant cette fois-ci recours à l'expression de **contrats contrôlés (Partie II)**.

30 **21. Démarche préalable : recherche de critères distinctifs** - Mais avant toute chose, il nous appartiendra de dessiner les contours de ces deux notions – conciliation et médiation judiciaires – de chercher à en délimiter les frontières ¹²³, particulièrement floues et fuyantes. La difficulté réside dans la grande similitude existant entre toutes les formes que la conciliation *lato sensu* peut revêtir, puisque toutes issues d'un même concept. Cette difficulté est accentuée par leur tendance à s'imiter mutuellement, à se fondre les unes dans les autres. Ce phénomène d'osmose des espèces entre elles rend la recherche de critères distinctifs délicate mais, dans le même temps,

fait prendre conscience de son caractère plus que jamais indispensable. A titre d'illustration, on rappellera par exemple que le rattachement au monde judiciaire ou la supervision de la procédure amiable par le juge ne sont plus des critères distinctifs de la conciliation et la médiation judiciaires. D'autres formes de conciliation, de plus en plus nombreuses, présentent ces mêmes caractéristiques, sans pour autant faire partie du judiciaire ¹²⁴. La confusion résulte encore de l'attribution d'effets processuels à certaines procédures de conciliation pourtant purement conventionnelles. On pense notamment à la qualification, par la Cour de cassation réunie en chambre mixte, des clauses de conciliation ou de médiation préalable, de fins de non-recevoir conventionnelles ¹²⁵.

- 31 Aussi, pour éviter que les signes identitaires de chacune des catégories de conciliation et, spécialement, de la conciliation et de la médiation judiciaires, ne s'estompent ou ne se diluent totalement, il importe de les rappeler avec force, chaque fois qu'est envisagée une étude les concernant (**Chapitre préliminaire**).

NOTES

1. G. PLUYETTE, La médiation judiciaire, Gaz. Pal. 1998, doct. 702 et s.
2. Ch. JARROSSON, La médiation et la conciliation : essai de présentation, Revue Droit et patrimoine, déc. 1999, p. 36 ; P. ESTOUP, Conciliation judiciaire et extrajudiciaire dans les tribunaux d'instance, Gaz. Pal. 1986. 288.
3. J.-M. COULON, Réflexions et propositions sur la procédure civile, Rapport au garde des Sceaux, ministre de la Justice, La documentation française, 1997, p. 19.
4. M.-Cl. RIVIER (dir.), Les modes alternatifs de règlement des conflits, Un objet nouveau dans le discours des juristes français ?, in Les modes alternatifs de règlement des litiges : les

voies nouvelles d'une autre justice, dir. P. CHEVALIER, Y. DESDEVISES, Ph. MILBURN, La documentation française, 2003, p. 25 et s., spéc. p. 30.

5. J.-M. COULON, Réflexions et propositions sur la procédure civile, rapport préc., p. 14 ; L. CADIET, Droit judiciaire privé, 3^e éd, 2000, Litec, n° 71 ; J. VINCENT, S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER et A. VARINARD, Institutions judiciaires, 6^e édition, Dalloz, 2001, n° 132-1 et s.

6. M.-Cl. RIVIER, Les modes alternatifs de règlement des conflits, Un objet nouveau dans le discours des juristes français ?, préc., spéc. p. 27.

7. G. CORNU, Rapport de synthèse sur les modes alternatifs de règlement des conflits, in Actes du colloque de Damas, RIDC. 1997. 313.

8. Ch. JARROSSON, Les modes alternatifs de règlement des conflits, Présentation générale, RIDC. 1997. 325 et s., spéc. p. 329, n° 13 ; H. BROWN et A. MARRIOT, ADR Principles and Practice, Sweet et Maxwell ed., Londres, 1993. 9.

9. Sur cette notion, V. J. CARBONNIER, Droit civil, Introduction, 26^e éd. PUF, 1999, p. 159 ; H. CROZE, C. MOREL et O. FRADIN, Procédure civile, Manuel pédagogique et pratique, Litec, Objectif droit, 2001, n° 136 et suiv. et spéc. n° 140 et suiv. ; F. RUELLAN, Les MARC : pour une justice plurielle dans le respect du droit, JCP. 1999. I. 135 ; A. CORNEVAUX, Les modes alternatifs de règlement des litiges, Les petites affiches, 1998, 26 juin, n° 76, p. 51 et s. ; P. LEVEL, L'avocat ou le juriste d'entreprise et les procédures dites alternatives, JCP. 1999. I. 136 ; S. ZARKALAM, Les avantages et les inconvénients du « med-arb » comme MARC, RGDP 1998, n° 4, p. 589 et s. ; B. OPPETIT, Modes alternatifs de règlement des différends de la vie économique, Justices, 1995, n° 1, p. 53 et s. ; Y. DESDEVISES, Modes alternatifs de règlement des litiges, Justices, 1996, n° 4, p. 339 et s. ; Ch. JARROSSON, Chroniques sur les MARC, Revue Justices, 1997, n° 6, p. 274 et s. ; RGDP 1998, n° 1, p. 161 et s. ; RGDP 1999, n° 1, p. 133 et s. ; Les modes alternatifs de règlement des conflits, Présentation générale, art. préc., RIDC. 1997, p. 325 et s. ; B. BRUNET, Les MARC, quelques propos sur la réforme de la justice et la régulation par le droit, Gaz. Pal. 1997, doctr. p. 1674 ; M.-Cl. RIVIER, Les modes alternatifs de règlement des conflits, Un objet nouveau dans le discours des juristes français ?, préc. p. 25 et s. ; Enfin, le rapport présenté par M. LINDEPERG, Médiation et conciliation de proximité, Avis et Rapports du Conseil Economique et Social, éd. des Journaux officiels, juillet 2001.

10. G. CORNU et J. FOYER, Procédure civile, 3^e éd., Thémis, PUF, 1996, n° 8, p. 45 et s. ; Ch. JARROSSON, Les modes alternatifs de règlement des conflits, présentation générale, art. préc., RIDC 1997, spéc. p. 328 et s., n° 10 : « on remarquera qu'aucune de ces notions [ADR : alternative dispute resolution ; RAD : règlement alternatif des différends ; MARC : modes alternatifs de règlement des conflits ; SoRRel : solutions de rechange au règlement des litiges] n'est autonome, c'est-à-dire que toutes se situent par rapport et en contrepoint des modes traditionnels (juridictionnels) de règlement. [L'utilisation du mot alternatif] correspond à la

volonté de retenir une voie originale par rapport à celle, classique, qui consiste à porter le litige par la voie contentieuse devant le juge étatique ».

11. *Alternative dispute resolution* ; Sur cette notion, V. Ch. JARROSSON, Les modes alternatifs de règlement des conflits, présentation générale, RIDC. 1997 spéc. p. 328, n° 10 ; M.-T. MEULDERS-KLEIN, Les modes alternatifs de règlement des conflits en matière familiale, analyse comparative, RIDC. 1997. 383 et s. et spéc. p. 397 ; Ch. SAMSON et J. Mc BRIDE, Solution de rechange au règlement des conflits, Sainte Foy (Québec), Presse de l'Université de Laval, 1993.

12. Conciliation et médiation judiciaires sont définies plus loin, V. *infra* n° 97 et suiv. Pour un premier aperçu de ces notions et des articles qui leur sont conjointement consacrés : Ch. JARROSSON, Médiation et conciliation, Définition et statut juridique, Gaz. Pal. 1996, doct. 951 et s. ; Les dispositions sur la conciliation et la médiation judiciaires de la loi du 8 février 1995, Rev. Arb. 1995. 219 et s. ; M. OLIVIER, La conciliation et la médiation judiciaires en matière civile (Aspects anciens et actuels), Gaz. Pal., 1996, doct. 1257 et s. ; J. JOLYHURARD, Rép. proc. civ., V° Médiation et conciliation, Dalloz, 1999 ; P. KAYSER, La recherche en France de la diminution des contentieux judiciaire et administratif par le développement des règlements amiables, Justices, 1996, n° 3, p. 203 et s. ; P. COUV RAT et G. GIUDICELLI-DELAGE, J.-Cl. Proc. civ., V° Conciliation et médiation, fasc. 160. La médiation en débat, dir. F. MONEGER, Institut de droit économique et des affaires, Faculté de droit, économie et gestion, Université d'Orléans, Recherches POTHIER, 2002.

13. R. PERROT, Institutions judiciaires, 9^e éd, Précis Domat, Montchrestien, 2000, conclusion pp. 497 et 498 ; G. PLUYETTE, La médiation judiciaire, art. préc., p. 703.

14. F. RUELLAN, Les MARC, pour une justice plurielle dans le respect du droit, JCP. G. 1999. I. 135.

15. L. CADIET, Le spectre de la société contentieuse, Ecrits en l'honneur de G. CORNU, PUF, 1994, p. 29 et suiv. ; Th. REVET, commentaire de la loi n° 98-1163 du 18 déc. 1998 à la RTDCiv. 1999, Chronique de législation française, p. 220 et suiv., spéc. n° 40.

16. J.-M. COULON, Réflexions et propositions sur la procédure civile, rapport préc., p. 16 ; G. PLUYETTE, La médiation judiciaire, art. préc. , p. 703.

17. C. JOLIBOIS et P. FAUCHON, Quels moyens pour quelle justice ?, Mission d'information de la Commission des lois, Les rapports du Sénat, n° 49, 1996-1997, p. 19.

18. R. PERROT, note sous Cass. Soc., 10 juillet 1996, RTD civ. 1996. 982.

19. Cet intertitre est directement inspiré de celui employé par M.-Cl. RIVIER dans son rapport consacré aux MARC : Les MARC, Un objet nouveau dans le discours des juristes français ?, *op. cit.*, p. 30.

20. V. E. GUIGOU, Discours lors de la rentrée solennelle du barreau de Paris, LPA 26 nov. 1997, n° 142, p. 7 et s., qui précise p. 10 que les MARC « ne trouvent pas uniquement leur justification dans le souci d'alléger le travail des juridictions » ; O. DUFOUR, Une bien aimable justice... amiable, LPA, 24 juin 1998, p. 3 et suiv., spéc. p. 4 : « D'un côté, [les MARC] répondent

certainement à une attente des justiciables, de l'autre, ils devraient permettre à terme de désengorger les juridictions. Or, si ce dernier argument est largement invoqué dans l'exposé des motifs de la loi, la ministre se défend bien. [...] d'y voir un mode de régulation des flux de contentieux, traduisant bien l'embaras du pouvoir politique sur ce point » ; D'autres auteurs redoutent le recours aux MARC en guise de politique gestionnaire des pouvoirs publics : F. RUELLAN, JCP. G. 1999. I. 135, pour qui les MARC ne doivent pas être « un pis-aller destiné à alléger la tâche des juridictions à peu de frais pour l'Etat et au détriment des justiciables ».

21. En ce sens, G. COUCHEZ, avec la collaboration de J.-P. LANGLADE et D. LEBEAU, Procédure civile, Dalloz, 1998, n° 6.

22. Ch. JARROSSON, La médiation et la conciliation : essai de présentation, Rev. Droit et patrim., déc. 1999, p. 36 et suiv., spéc. p. 39. Egalement, V. Th. REVET, commentaire de la loi n° 98-1163 du 18 décembre 1998, RTDCiv. 1999. 220 et s. : où l'auteur présente les MARC comme répondant « d'abord à une nécessité de gestion publique, avant d'être un choix philosophique ou culturel ».

23. Ch. JARROSSON, La médiation et la conciliation : essai de présentation, art. préc., p. 36.

24. J. BEAUCHARD, La justice judiciaire de proximité, Justices, 1995, n° 2, p. 35 et s. ; A. WYVEKENS et J. FAGET (dir.), Le justice de proximité en Europe, pratiques et enjeux, Erès, 2001.

25. Médiation et conciliation de proximité, Rapport présenté par M. LINDEPERG, préc., juillet 2001, spéc. p. 73 ; P. BOUCHET (dir.), La réforme de l'accès au droit et à la justice, Rapport au garde des Sceaux, ministre de la justice, La documentation française, mai 2001 ; J.-M. COULON, Réflexions et propositions sur la procédure civile, rapport préc. à l'origine de l'adoption de la loi n° 98-1163 du 18 décembre 1998 relative à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits. Sur cette loi, lire les commentaires de Th. REVET, RTDCiv. 1999. 220 et s. ; L. CADIET, JCP. G. 1999. I. 130 ; S. GUINCHARD, L'ambition d'une justice civile renouvelée : commentaires du décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 et de quelques aspects de la loi n° 98-1163 du 18 décembre 1998, D. 1999. Chron. 65 et s. ; R. MARTIN, L. n° 98-1163 du 18 décembre 1998 relative à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits, JCP. G. 1999, Actualités, p. 121 et s. ; V. également le décret n° 2001-1009 du 29 octobre 2001 modifiant le Code de l'organisation judiciaire et relatif aux maisons de justice et du droit, JCP. G. 2001, Actualité n° 47, p. 2131 et III. 20581 ; L. CADIET, JCP. G. 2002. I. 132 ; D. PEYRAT, La loi du 18 décembre 1998 et le décret du 29 octobre 2001, Des normes pour la justice de proximité, Gaz. Pal., 3-5 mars 2002, doct. p. 3 ; C. PRIEUR, Des juges de proximité devront régler « les petits litiges de la vie », Le Monde, 6 juillet 2002 : à propos du projet de loi de programmation sur la justice de D. PERBEN, Ministre de la justice, garde des Sceaux.

26. J.-M. COULON, Réflexions et propositions sur la procédure civile, *op. cit.*, p. 53 à 61.

27. Pour des commentaires sur l'avant-projet de loi de programmation : V. Le Monde, 6 juin 2002, C. PRIEUR, Juges de paix et centres pour mineurs ; Avant-projet de loi de programmation pour la justice présenté le 5 juin 2002 en conseil des ministres. Egalement,

JCP. G. 2002. Actualité. 333, Projet de loi d'orientation et de programmation pour la justice 2002-2007. Depuis lors, la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002, d'orientation et de programmation pour la justice, a été adoptée. V. JO du 10 sept. 2002, p. 14934 s. et D. 2002. Lég. 2584 et s.

H. MOUTOUH, La juridiction de proximité, une tentative attendue de déconcentration judiciaire, D. 2002. doctr. 3218 ; C.-Ph. BARRIERE, Le juge de proximité et le conciliateur de justice, Partenaires ou concurrents ?, Gaz. Pal. 24-26 nov. 2002, p. 3 ; C. PRIEUR, Les juges de proximité suscitent l'inquiétude des magistrats, *Le Monde*, 20 nov. 2002, p. 10 ; C. BLERY, La compétence civile du nouveau juge de proximité. De quelques questions qu'elle suscite, D. 2003. doctr. 566 et s. ; M. VERICEL, Pour une véritable justice de proximité en matière civile, JCP. G. 2003. I. 114 ; J. JOLY-HURARD, Le nouveau pouvoir d'injonction du juge en matière de conciliation judiciaire, D. 2003. doctr. 928. L'adoption de la loi est consécutive à une décision du Conseil Constitutionnel n° 2002-461 DC du 29 août 2002, JO du 10 sept. 2002, p. 14953 et s. Sur la décision du Conseil Constitutionnel, V. par ex. J.-E. SCHOETTL, La loi d'orientation et de programmation pour la justice devant le Conseil Constitutionnel, LPA, 5 septembre 2002, n° 178, p. 4 et s., spéc. p. 15 et s. ; du même auteur, Gaz. Pal. 2002, 4-5 sept., spéc. p. 19 et s. ; D. 2002. Pages roses, Dernière actualité, p. 2345.

28. *Le Monde*, 6 juillet 2002, C. PRIEUR, Des juges de proximité devront régler « les petits litiges de la vie » ; O. DUFOUR, Quand les nouveaux « juges de paix » sèment la discorde, LPA. 1^{er} août 2002, n° 153, p. 3 et s. ; D. 2002. Pages roses, Actualité législative, Vers une justice de proximité, Projet de loi organique relatif aux juges de proximité, p. 2685 et s. ; *Journal Libération*, jeudi 3 octobre 2002, p. 18. Sur la loi organique n° 2003-153 du 26 février 2003 relative aux juges de proximité, V. JO. 27 février 2003, p. 3479 et suiv. ; D. 2003. Lég. 670 ; J.-F. KRIEGK, Le juge de proximité en quête de légitimité ?, *Les Annonces de la Seine*, 24 mars 2003, p. 7 et suiv. Sur la décision du Conseil constitutionnel du 20 février 2003, qui a précédé l'adoption définitive de la loi, V. J.-E. SCHOETTL, Le statut des juges de proximité devant le Conseil constitutionnel, LPA, 13 mars 2003, n° 52, p. 7 et suiv.

29. L'implantation, sur tout le territoire, de Maisons de justice et du droit, d'Antennes de justice, de Conseils départementaux de l'accès au droit, ou de points d'accès au Droit y contribuent directement. Sur ces lieux de justice de proximité : M. LINDEPERG (dir.), *Médiation et conciliation de proximité*, rapport. préc., p. 77 ; P. BOUCHET (dir.), *La réforme de l'accès et droit et à la justice*, *op. cit.*, p. 40 et suiv. ; D. PEYRAT, La loi du 18 décembre 1998 et le décret du 29 octobre 2001, Des normes pour la justice de proximité, Gaz. Pal., 3-5 mars 2002, doctr. p. 3.

30. R. PERROT, *Justice de proximité : conciliation et médiation*, *Procédures*, n° 1, avr. 1995, p. 1.

31. J. BEAUCHARD, *La justice judiciaire de proximité*, art. préc., p. 35 ; G. PLUYETTE, *La médiation judiciaire*, art. préc., p. 703 ; B. OPPETIT, *Théorie de l'arbitrage*, *Droit Ethique Société*, PUF, 1998, p. 39.

32. Sur la réforme contemporaine de l'accès au droit et à la justice : V. le rapport de P. BOUCHET, La réforme de l'accès au droit et à la justice, préc.

33. Sur ces points, V. P. ESTOUP : La conciliation judiciaire, avantages, obstacles et perspectives, Gaz. Pal. 1986, doctr. p. 299 ; L'offre judiciaire d'amiable composition et de conciliation après la clôture des débats, D. 1987. 269 et s. ; Etude et pratique de la conciliation, D. 1986. 161 et s.

34. Pour une analyse des modes alternatifs de règlement des conflits en tant que « *circuits de dérivation du contentieux* », V. B. OPPETIT, Arbitrage, médiation et conciliation, Revue de l'arbitrage, 1984. 307 et s., spéc. p. 322. Nous préciserons cependant que seuls les modes alternatifs institués en dehors de tout contexte judiciaire peuvent éventuellement prétendre remplir cette fonction et apparaître comme un remède possible à l'engorgement des tribunaux en les allégeant d'une partie du contentieux de masse qui leur est habituellement soumise. En revanche, s'agissant des modes amiables mis en œuvre *dans le cadre judiciaire*, ceux-ci semblent difficilement pouvoir alléger les juridictions surchargées, dans la mesure où les affaires qui en font l'objet restent inscrites aux rôles des tribunaux et où le juge qui les ordonne n'est pas dessaisi de l'affaire et a l'obligation d'en superviser le bon déroulement. Les modes amiables judiciaires constituent de véritables modes processuels de règlement des litiges, parmi et à côté des autres voies procédurales qui s'offrent au juge. Aussi, leur attribuer cette fonction de désengorgement semble pratiquement illusoire.

35. En toute logique, l'accélération du traitement des conflits devrait s'accompagner d'une diminution de son coût. Toutefois, il ne faut pas se méprendre : parmi les différents modes alternatifs de règlement des conflits, ceux qui proposent l'aide d'un tiers requièrent bien souvent que ce dernier soit rémunéré. Or, cette rémunération est à la charge des parties. Néanmoins, le coût de ces mesures reste modéré pour qu'il ne constitue pas un obstacle pour les justiciables. Qui plus est, les parties en pourparlers transactionnels qui veulent se faire assister d'un avocat peuvent obtenir l'aide juridictionnelle, que les pourparlers aient été engagés en cours d'instance judiciaire, sous l'égide du juge (L. 95-125 du 8 février 1995, relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, art. 22) ou bien même, dès avant l'introduction de l'instance (D. n° 2001-512 du 14 juin 2001, pris en application de la L. 98-1163 du 18 décembre 1998 relative à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits, laquelle a modifié la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique). Dans ce dernier cas, l'aide peut être accordée alors même que la transaction n'a pu être conclue si, toutefois, il est justifié de « *l'importance et du sérieux des diligences accomplies* » par l'avocat (art. 39 al. 3 de la L. 10 juillet 1991, ad. Art. 1, IV, L. 18 déc. 1998) ; ceci, afin d'éviter que des procédures dilatoires ou abusives n'en bénéficient. L'avocat pourra alors obtenir le versement de la rétribution qui lui est due, mais qui s'imputera néanmoins sur celle qui lui est également due dans le cadre d'une instance judiciaire si une telle instance venait effectivement à être engagée après l'échec des

pourparlers (L. 98-1163 du 18 déc. 1998, art. 1^{er}-IV, mod. L. 91-647 du 10 juillet 1991, art. 39). Sur la loi n° 98-1163 du 18 décembre 1998, lire notamment : Th. REVET, RTDCiv. 1999. 220 et s., spéc. 221 et 222 ; L. CADIET, JCP. G. 1999. I. 130 ; S. GUINCHARD, L'ambition d'une justice civile rénovée : commentaires du décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 et de quelques aspects de la loi n° 98-1163 du 18 décembre 1998, D. 1999, chron. 65 et s. ; R. MARTIN, L. n° 98-1163 du 18 décembre 1998 relative à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits, JCP. 1999. Actualités, p. 121 et s. Sur le décret n° 2001-512 du 14 juin 2001, modifiant le décret n° 91-1266 du 19 décembre 1991 portant application de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique (JO 15 juin 2001, p. 9475 ; D. 2001, lég. 2007 ; JCP. G. 2001. III. 20512) : L. CADIET, JCP. G. 2001. I. 362, n° 2.

36. Parce qu'avec les MARC, ce sont les parties elles-mêmes, en personne, qui participent directement au règlement de leur litige, la solution susceptible d'en émaner, qui sera une solution négociée, présente beaucoup plus de chances d'être spontanément et convenablement exécutée.

37. G. CORNU (dir.), Vocabulaire juridique, Association H. Capitant, PUF, 1998, V° Générique : « *Inhérent à un genre ; commun à toutes les espèces de ce genre* ».

38. Celui en vertu duquel le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables (NCPC, art. 12) ; V. aussi, Ch. JARROSSON, Les MARC, présentation générale, art. préc., RIDC. 1997. 328, n° 10.

39. Parmi lesquels on peut citer la conciliation, la transaction, la médiation, indépendamment de leur nature judiciaire, extrajudiciaire ou para-judiciaire.

40. G. CORNU, Vocabulaire juridique, *op. cit.*, V° arbitrage ; Th. CLAY, L'arbitre, Nouvelle bibliothèque des thèses, Volume 2, Dalloz, 2001 ; F. MEGERLIN, Médiation-arbitrage : des convergences dans le règlement alternatif des différends ?, LPA, 26 août 2002, n° 170, p. 10 et s. article également repris dans : La médiation en débat, dir. F. MONEGER, *op. cit.*, spéc. p. 35 et suiv.

41. E. LOQUIN, L'amiable composition en droit comparé et international, Litec, 1980, préf. FOUCHARD ; J.-P. BROUILLAUD, Plaidoyer pour une renaissance de l'amiable composition judiciaire, D. 1997. 234 ; P. ESTOUP, Une institution oubliée, l'arbitrage judiciaire, Gaz. Pal. 1986. 620 ; L'offre judiciaire d'amiable composition ou de conciliation après la clôture des débats, D. 1987. 269 ; Ph. FOUCHARD, L'arbitrage judiciaire, Mélanges P. BELLET, Litec, 1991, p. 167 ; J.-Cl. MAGENDIE, L'amiable composition, RJDA. 1996. 727.

42. G. CORNU et J. FOYER, Procédure civile, *op. cit.*, p. 83, n° 16.

43. L. CADIET, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 2035 ; M.-Cl. RIVIER, Les MARC, Un objet nouveau dans le discours des juristes français ?, *préc.*, p. 29.

44. En ce sens, Ch. JARROSSON, Les MARC, présentation générale, art. préc., p. 329, n° 11.

45. Ch. JARROSSON, Les MARC, présentation générale, art. préc., p. 329, n° 11.

46. Ch. JARROSSON, *op. et loc. cit.*

47. Ch. JARROSSON, *op. et loc. cit.*

48. G. CORNU et J. FOYER, Procédure civile, *op. cit.*, p. 83, n° 16.
49. G. CORNU et J. FOYER, *op. et loc. cit.*
50. NCPC, art. 12 et 1474.
51. G. CORNU et J. FOYER, *op. et loc. cit.*
52. Ch. JARROSSON, Modes alternatifs de règlement des conflits, *Justices*, n° 6, avr.-juin 1997, p. 274 ; Les MARC : présentation générale, art. préc., p. 329, n° 13.
53. Y. DESDEVISES, Modes alternatifs de règlement des litiges, *Justices*, n° 4, 1996. 339 ; G. CORNU (dir.), Vocabulaire juridique, *op. cit.*, V° Conflit juridique : « *Conflit [...] qui, portant sur une question de droit, peut être résolu par application du droit* ».
54. G. CORNU (dir.), Vocabulaire juridique, préc., V° Conflit : « *Opposition de vue ou d'intérêts ; mécontentement, situation critique de désaccord pouvant dégénérer en litige ou en procès ou en affrontement de fait* » ; Ch. JARROSSON, Les MARC, présentation générale, art. préc., p. 329, n° 13. Sur les sens à réserver aux mots litiges, conflits ou différends dans les expressions « *modes alternatifs de règlement des litiges / des conflits / des différends* » : M.-Cl. RIVIER, Les MARC, Un objet nouveau dans le discours des juristes français, préc., p. 28.
55. Ch. JARROSSON, Les MARC, présentation générale, art. préc., p. 326, n° 4 et s.
56. Ch. JARROSSON, Les MARC, présentation générale, art. préc., p. 327, n° 6.
57. Contrairement aux modes amiables qui permettent de satisfaire toutes les parties : B. BLOHORN-BRENNEUR, Exemple d'une médiation prud'homale réussie : un accord gagnant-gagnant, *Gaz. Pal.* 2002, 16-17 janvier 2002, doct. p. 3.
58. M. ARMAND-PREVOST, L'avocat, le juge, le médiateur, *LPA*, 8 juillet 1998, p. 19 et suiv.
59. Ch. JARROSSON, Les dispositions sur la conciliation et la médiation judiciaires de la loi du 8 février 1995, *Rev. arb.* 1995. 219 et s. ; P. ESTOUP, Etude et pratique de la conciliation, *D.* 1986. 161 et suiv., spéc. p. 165 : « *il ne s'agit nullement en cette matière d'un problème d'ordre quantitatif, mais uniquement de la qualité de la justice* ».
60. P. ESTOUP, Etude et pratique de la conciliation, *D.* 1986. 161 et suiv., spéc. p. 162 ; Conciliation judiciaire et extrajudiciaire..., art. préc., *Gaz. Pal.* 1986, doct. 288 ; G. PLUYETTE, La médiation judiciaire, art. préc., p. 703.
61. *Contra* : Ch. JARROSSON, qui semble plutôt privilégier la médiation à la conciliation en tant que « *notion mère* » des MARC : Les MARC, présentation générale, art. préc., p. 330, n° 15.
62. JOINVILLE, Mémoires, ch. XXXII dans MICHAUD et POUJOULAT, 2^e sér., t. II, p. 184.
63. P. DRAI, Libres propos sur la médiation judiciaire, Etudes offertes à P. BELLET, *Litec*, 1991, p. 123 et suiv. et spéc. p. 125.
64. FLECHIER, Oraisons funèbres de M. de LAMOIGNON, éd. Didot, Paris 1824, p. 169.
65. GARSONNET et CEZAR-BRU, Traité de procédure, t. II, 3^e éd., 1925, p. 256, note 15. Les auteurs renvoient aux ouvrages de Samuel PETIT, *Leges atticae*, Leyde, 1741, p. 428 pour la conciliation chez les grecs ; SUETONE, *D. JULIUS*, ch. LXXXV pour la conciliation chez les

romains ; L'abbé FLEURY, Institution au droit ecclésiastique, Paris, 1767, t. II, p. 52 pour la conciliation et l'église ; Sur la conciliation, V. également, PONS-DEVIER, De la conciliation dans la France judiciaire, t. L XI, 1887, 1^e partie, p. 289 et s. et 321 et s. ; de NEUFVILLE, La conciliation judiciaire, ibid., t. XVI, 1892, 1^e partie, p. 79 et s.

66. Ch. JARROSSON, La notion d'arbitrage, LGDJ, 1987, préf. B. OPPETIT, p. 176, n° 346.

67. J. CARBONNIER, Droit civil, Introduction, 26^e éd. 1999, PUF, p. 164, b).

68. Ch. JARROSSON, La notion d'arbitrage, th. préc., p. 176 et s., n° 347 et suiv., spéc. n° 348 ; Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation, in Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels, PUAM, 1990, p. 141 et s., spéc. p. 143, n° 7 ; Les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale, préc., p. 330, n° 16.

69. V. notre définition *infra* n° 31 ; J. CARBONNIER, Droit civil, Introduction, *op. cit.*, p. 164, c).

70. Ch. JARROSSON, La notion d'arbitrage, th. préc., p. 176 et s., n° 347 et s. ; Sur la difficulté et l'intérêt de distinguer la conciliation de la médiation : M.-D. PERRIN, Conciliation-médiation, LPA, 26 août 2002, n° 170, p. 4 et s.

71. Ch. JARROSSON, th. préc., p. 177, n° 348.

72. V. notre définition *infra* n° 631 ; C. civ., art. 2044 et suiv. ; J. CARBONNIER, Droit civil, Introduction, *op. cit.*, p. 163, a) ; Ch. JARROSSON, les concessions réciproques dans la transaction, D. 1997. 267 ; La notion d'arbitrage, th. préc., p. 198 et s., n° 395 et s. ; L. BOYER, La notion de transaction. Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif, Thèse, Paris, Sirey, 1947, préf. J. MAURY et Rép. civ., Dalloz, V° Transaction ; F. BOULAN, La transaction en droit privé positif, Thèse Aix, 1971 ; Ch. BOILLOT, La transaction et le juge, th. Paris I, 2001.

73. V. par exemple Y. DESDEVISES, Remarques sur la place de la conciliation dans les textes récents de procédure civile, D. 1981, chr. 241 et s., spéc. n° 34 : l'auteur définit la transaction comme étant une « conciliation reposant sur des sacrifices réciproques » ; V. également, Ch. JARROSSON, La notion d'arbitrage, th. préc., n° 369 et s.

74. V. nos définitions *infra* n° 97 pour la conciliation judiciaire, n° 98 pour la médiation judiciaire.

75. G. CORNU et J. FOYER, Procédure civile, 3^e éd., 1996, PUF, n° 9, p. 50 et s.

76. Ch. JARROSSON, Les MARC : présentation générale, art. préc., p. 331, n° 20 : précisons simplement que l'auteur attribue ces mots à la médiation et non pas à la conciliation.

77. P. ESTOUP, Le projet de réforme de la procédure civile, Gaz. Pal. 1989, doct. 176 ; L. CADIET, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 924.

78. La conciliation de droit commun (NCPC, art. 21 et 127 s.), les préalables de conciliation obligatoires (notam. NCPC, art. 840, 847, 847-3, 883 et 1108 qui renvoie aux dispositions du C. civ., art. 252 et s. ; et pour les prud'hommes : C. trav. R. 516-13), le préalable de conciliation facultatif (NCPC, art. 830 et s.) ; enfin, les procédures de conciliation et de

médiation judiciaires déléguées nées de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 (NCPC, art. 131-1 et s. ; 831-1 et s.).

79. La qualification de la conciliation de « *procédure* » suppose que l'on donne à ce terme un sens particulièrement large, tel que celui proposé par J. VINCENT et S. GUINCHARD, *Procédure civile*, 26^e éd., Précis Dalloz, 2001, n° 1 : « *manière de faire pour aboutir à un certain résultat* » ou « *série de formalités à accomplir pour parvenir à un résultat déterminé* ». Utilisent également le mot *procédure* pour qualifier les modes alternatifs de règlement des conflits : X. LAGARDE, in *Droit processuel/Droit commun du procès*, Précis Dalloz, 2001, n° 586 : « *La notion de règlement amiable inclut également l'ensemble des actes et des procédures qui tendent à favoriser la conclusion du litige par voie d'accord* ». Plus loin, les auteurs parlent encore de « *procédure de conciliation* » (n° 586) ou de « *procédure de médiation* » (n° 587) ; G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, *op. cit.*, p. 46 ; L. CADIET, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, n° 924 : l'auteur évoque les « *formes procédurales* » de la conciliation. Nous renvoyons enfin à la lecture de la conclusion de la thèse de N. CAYROL, *Les actes ayant pour objet l'action en justice*, Economica, 2001, Série Etudes et recherches, préf. F. GRUA, n° 540 et suiv., dans laquelle l'auteur donne au terme de *procédure* une portée particulièrement large ; spécialement, il propose un « *concept de procédure* » séduisant.

80. Par exemple, Y. MULLER, *Le contrat judiciaire en droit privé*, th. Paris I, 1995, p. 4, n° 3.

81. Dans ce sens, également, L. CADIET, *Les clauses relatives aux litiges*, J.-Cl. contrats distribution, fasc. 190, spéc. n° 3 et suiv. ; F. KERNALEGUEN, *La solution conventionnelle des litiges civils* in *Le droit contemporain des contrats*, dir. L. CADIET, préf. G. CORNU, Economica, 1987, p. 65 et suiv.

82. A propos de la notion de *contrat judiciaire* et afin de souligner la contradiction qui réside dans l'association du mot *contrat* avec celui de *judiciaire*, P. VOLLAUD fait remarquer dans sa thèse, *Les contrats judiciaires*, Bordeaux, 1913, p. 1 : « *Le mot contrat [...] désigne un accord, une entente ; et le qualificatif judiciaire éveille au contraire l'idée d'une lutte sur le terrain juridique, et suppose en principe un désaccord entre les parties. Au point de vue étymologique, la contradiction paraît donc formelle* ».

83. L. CADIET, *Les clauses relatives aux litiges*, art. préc., n° 3.

84. F. KERNALEGUEN, *La solution conventionnelle des litiges civils*, art. préc., p. 65.

85. Y. MULLER, *Le contrat judiciaire en droit privé*, th. préc., p. 5, n° 5.

86. Y. MULLER, *op. et loc. cit.*

87. Y. MULLER, *op. et loc. cit.*

88. F. KERNALEGUEN, *La solution conventionnelle des litiges civils*, art. préc., p. 65.

89. L. CADIET, *Les clauses relatives aux litiges*, art. préc., n° 4 et suiv. ; *Les accords sur la juridiction dans le procès*, in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, dir. P. ANCEL et M.-Cl. RIVIER, Economica, coll. Etudes et recherches, 2001, p. 36 et suiv.

90. Devenu *retrait du rôle* depuis la réforme réalisée par le décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998, art. 10, qui a modifié les articles 381 et suiv. du NCPC.
91. L. CADIET, Les clauses relatives aux litiges, art. préc., n° 5.
92. F. KERNALEGUEN, La solution conventionnelle des litiges civils, art. préc., p. 66.
93. X. LAGARDE, *in* Droit processuel/droit commun du procès, *op. cit.*, n° 595 ; V. également B. BLOHORN-BRENNEUR, La médiation judiciaire en matière prud'homale, le protocole d'accord et la décision d'homologation, D. 2001. 251 et s., spéc. p. 253 : « *C'est déjà l'aspect conventionnel qui légitime la médiation* ».
94. L. CADIET, Les accords sur la juridiction dans le procès, art. préc., p. 36 et suiv.
95. L. CADIET, Les accords sur la juridiction dans le procès, art. préc., spéc. p. 36 : il s'agit de « *l'hypothèse dans laquelle l'exercice par le juge de son activité juridictionnelle est subordonné au consentement des parties ou à leur absence d'opposition, simple accord au sens d'assentiment* ».
96. L. CADIET, Les accords sur la juridiction dans le procès, *op. et loc. cit.*
97. L. CADIET, Les accords sur la juridiction dans le procès, *op. et loc. cit.*
98. L. CADIET, Les accords sur la juridiction dans le procès, *op. et loc. cit.*
99. L. CADIET, Les accords sur la juridiction dans le procès, *op. et loc. cit.*
100. J. GHESTIN, Traité de droit civil, La formation du contrat, LGDJ, 3^e éd., 1993, p. 5, n° 5 : « *On s'accorde à définir la convention comme un accord de volontés, entre deux ou plusieurs personnes, en vue de produire des effets de droit* ».
101. L. CADIET, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 927 ; du même auteur, Solution judiciaire et règlement amiable des litiges : de la contradiction à la conciliation, *in* Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du xx^e siècle, Mélanges Cl. CHAMPAUD, Dalloz, 1997, p. 123 et suiv. ; Les jeux du contrat et du procès : esquisse, *in* Philosophie du droit et droit économique, Mélanges offerts à G. FARJAT, éd. Frison-Roche, 1999, p. 23 et suiv. ; Une justice contractuelle, l'autre, *in* Le contrat au début du xxi^e siècle, Mélanges offerts à Jacques GHESTIN, LGDJ, 2001, p. 177 et suiv. ; M. DARMON, La médiation conventionnelle : un mode alternatif de règlement des litiges, JCP. 1996. I. 3976 ; T. JACOMET et F. CHERNERZA, La médiation, mode de règlement conventionnel des litiges, son essor, ses avantages, sa pratique, Bull. JOLY, 1997. 1037 ; F. KERNALEGUEN, La solution conventionnelle des litiges civils, art. préc., p. 65 et suiv. ; Ch. JARROSSON, Modes alternatifs de règlement des conflits, Justices, 1997, avril/juin, p. 274 et suiv., où l'auteur expose que « *les modes alternatifs étudiés seront, soit conventionnels, [...] soit judiciaires* », alors que nous considérons que le judiciaire n'exclut pas le conventionnel ; du même auteur, Modes alternatifs de règlement des conflits, RGDP. 1998, janvier/mars, p. 161 et suiv. et RGDP 1999, janvier / mars, p. 133 et suiv. : cette fois-ci, l'auteur distingue entre les modes d'origine légale – parmi lesquels figurent les modes que nous qualifions de judiciaires – et les modes d'origine conventionnelle, fondés sur une clause de médiation ou de conciliation.
102. V. *infra* n° 97 notre définition de la conciliation judiciaire.

103. L. CADIET, Les jeux du contrat et du procès, art. préc., p. 25, où l'auteur s'intéresse, avec des termes très évocateurs, au phénomène de la « compénétration » du contrat et du procès : « *Si le procès pénètre le contrat, le contrat pénètre aussi le procès, processualisation du contrat et contractualisation du procès apparaissent ainsi comme le recto et le verso d'une même réalité* ».

104. L. CADIET, Solution judiciaire et règlement amiable des litiges..., art. préc., p. 123 qui cite A. PIROVANO, Changement social et droit négocié. De la résolution des conflits à la négociation des intérêts, Economica, 1988.

105. L. CADIET, Solution judiciaire et règlement amiable des litiges, ... art. préc., p. 123.

106. L. CADIET, Le spectre de la société contentieuse, in Ecrits en hommage à G. CORNU, PUF, 1994, p. 29 et s., spéc. n° 34.

107. A ce titre, V. J.-P. VIENNOIS, L'amiable, RDGP 1999, n° 4, p. 471 et suiv., spéc. p. 473 : l'auteur fait remarquer que « *le recours dans le même cadre (amiable) à la décision de justice et à l'accord de volonté, ne facilite pas la compréhension du régime des règlements amiables. La répartition des rôles entre les différents intéressés aux règlements à l'amiable (parties, juge et conseils) ne s'en trouve pas éclaircie* ».

108. X. LAGARDE, in Droit processuel/droit commun du procès, op. cit., n° 595.

109. Sur cette notion, V. notam. J. VINCENT, La procédure civile et l'ordre public, in Mélanges en l'honneur de Paul ROUBIER, Dalloz et Sirey, t. II, 1961, p. 303 et suiv. ; J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, Rép. droit civ., Dalloz, V° Ordre public et bonnes mœurs, spéc. n° 42 et suiv.

110. Ch. JARROSSON, Le principe de la contradiction s'applique-t-il à la médiation ?, RGDP. 1999, n° 4, oct./déc., p. 764 et suiv., spéc. p. 766.

111. L. CADIET, Solution judiciaire et règlement amiable des litiges..., art. préc., p. 125, n° 3.

112. Pour une réponse négative, V. X. LAGARDE, in Droit processuel/droit commun du procès, op. cit., n° 595.

113. Ch. JARROSSON, Le principe de la contradiction s'applique-t-il à la médiation ?, art. préc., p. 764 et s. ; L. CADIET, Solution judiciaire et règlement amiable des litiges..., art. préc., p. 125, n° 3 et 4, où l'auteur affirme que la seule manière d'assurer aux parties qui ont recours aux modes alternatifs de règlement des conflits, le respect de leurs droits fondamentaux, est d'articuler ces modes amiables avec l'institution judiciaire. Et de conclure qu'« *En somme, le règlement judiciaire et le règlement amiable du litige ne sont pas exclusifs l'un de l'autre. Loin d'être opposés, le contrat et le procès, la convention et la juridiction doivent au contraire être conciliés...* ».

114. Sur ce procédé : L. JOSSERAND, Le contrat dirigé, D.H. 1933, chron. 89 et s., qui distingue entre le dirigisme d'origine privé et le dirigisme exercé par les pouvoirs publics. Le premier est celui qui s'exprime à travers les contrats d'adhésion où l'une des parties dicte sa loi à l'autre. Le second n'est autre que l'interventionnisme étatique dans le domaine contractuel par l'intermédiaire du législateur ou du juge. Sur l'interventionnisme étatique

ou le dirigisme contractuel par les pouvoirs publics, lire notamment : G. RIPERT, L'ordre économique et la liberté contractuelle, Mélanges GENY, Sirey, t. II, 1935, p. 347 et suiv. ; E.H. PERREAU, Une évolution vers un statut légal des contrats, Mélanges GENY, Sirey, t. II, 1935, p. 354 et suiv. ; L. JOSSERAND, Le contrat forcé et le contrat légal, D.H. 1940. 5 et suiv. ; P. DURAND, La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel, RTDCiv. 1944. 73 et suiv. ; Le rôle des agents de l'autorité publique dans la formation du contrat, RTDCiv. 1948. 155 et suiv. ; M. VASSEUR, Un nouvel essor du concept contractuel, RTDCiv. 1965. 5 et suiv. ; G. FARJAT, L'ordre public économique, th. Dijon, 1963, préf. GOLDMAN ; D. MAINGUY, Conditions générales de vente et contrats types, J.-Cl. contrats-distribution, fasc. 60, février 2002.

115. L'expression est de J. LEAUTE, Les contrats-types, RTDCiv. 1953. 430, n° 1.

116. V. *infra* n° 156 s. et 365 s.

117. NCPC, art. 131-14 et 832-8 ; D. 78-381 du 20 mars 1978, art. 8.

118. NCPC, art. 131-3 et 832.

119. NCPC, art. 131-5 ; D. 78-381 du 20 mars 1978, art. 2.

120. Par exemple : NCPC, art. 129 et s. ; art. 832-7 ; art. 887 ; C. trav., art. R. 516-14 ; D. 78-381 du 20 mars 1978, art. 9.

121. NCPC, art. 131-12 ; 832-8.

122. NCPC, art. 21.

123. Ch. JARROSSON, Les frontières de l'arbitrage, Rev. arb. 2001. 5 et suiv.

124. On les qualifie de conciliations para-judiciaires. Sur cette forme de conciliation, V. *infra* n° 99 et s.

125. Sur ces effets processuels, V. par exemple : X. LAGARDE, L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation, Rev. arb. 2000. 377 et s. ; N. CAYROL, Les actes ayant pour objet l'action en justice, *op. cit.* Sur l'arrêt de la Cour de cassation rendu en chambre mixte le 14 février 2003, V. : D. 2003, IR. 602 ; Les Annonces de la Seine, 24 février 2003, p. 12 ; J. JOLY-HURARD, L'efficacité des clauses de conciliation préalable enfin assurée, Les cahiers de l'actualité, Répertoire procédure civile, Dalloz, 2003-3 ; T. MONTERAN, Le respect des clauses contractuelles de médiation, Gaz. Pal., 30 mars-1^{er} avril 2003, doctr., p. 8 et s. ; L. BERNHEIM, Conséquences de l'inexécution d'une clause de conciliation : la fin des incertitudes, LPA, 12 mars 2003, p. 13 et suiv. ; M.-A. FRISON-ROCHE, La progression de l'efficacité des contrats ou l'obligation de se concilier, *Les Echos*, 28-29 mars 2003, p. 54.

Chapitre préliminaire. Conciliation et médiation judiciaires, formes de conciliation

- ¹ **22.** S'intéresser à la *conciliation* et à la *médiation judiciaires* suppose avant toute chose de s'arrêter à la notion dont elles procèdent, au genre auquel elles appartiennent : la conciliation. La conciliation fait en effet office de référent incontournable. Un aperçu de sa notion (**Section I**) est donc indispensable avant d'envisager les diverses formes ou familles en lesquelles elle peut se décliner, qui sont autant de modalités particulières de sa mise en œuvre et qu'il conviendra d'appréhender respectivement (**Section II**). Cette démarche préalable permettra de mettre en évidence les critères distinctifs de la conciliation et de la médiation judiciaires par rapport aux autres espèces de conciliation et, ce faisant, de délimiter leurs fragiles frontières ¹²⁶ pour mieux en maîtriser le contenu.

SECTION I – LA CONCILIATION : NOTION GÉNÉRIQUE 127

- 2 **23. Absence de définition juridique précise** -Appréhender la notion de conciliation n'est pas chose aisée dans la mesure où aucun texte normatif n'en propose de définition précise. On constate en effet que ni le nouveau code de procédure civile, ni les autres législations ou réglementations éparses relatives à la conciliation ou à l'une de ses expressions, ne donnent de définition *stricto sensu* 128 de cette procédure. On en trouve, certes, des définitions variées dans la doctrine 129 ou les dictionnaires de la langue française. Ainsi, peut-on lire dans le Littré 130 que la conciliation consiste en l'« *Action de concilier* », ce qui conduit à rechercher le sens du mot concilier. Concilier provient du verbe latin *conciliare*, qui signifie « *mouvoir ensemble* », d'où « *rapprocher* ». Emile Littré le définit ainsi : « *Faire disparaître la cause des différends* » ; « *Accorder les choses qui semblent contraires* » ou encore « *Entrer en accord, s'entendre* ». Quant au dictionnaire juridique de référence 131, on y apprend que la conciliation est un « *Accord par lequel deux personnes en litige mettent fin à celui-ci (soit par transaction, soit par abandon unilatéral ou réciproque de toute prétention), la solution du différend résultant non d'une décision de justice (ni même de celle d'un arbitre) mais de l'accord des parties elles-mêmes* ».
- 3 **24. Ambivalence du terme** -A la lecture de ces quelques définitions générales, on constate que la conciliation a cela de particulier qu'elle n'est pas une notion d'origine juridique et que sa connotation juridique actuelle résulte du fait que la pratique judiciaire se l'est appropriée ; elle comporte une ambivalence intrinsèque puisqu'elle

désigne tout à la fois la procédure à suivre pour pouvoir mettre fin à un désaccord et l'accord en résultant.

- 4 **25. Procédure polymorphe et pluridisciplinaire** - L'absence de définition *juridique légale* de la notion de conciliation ne doit pas nous empêcher de tenter d'en élaborer une. Cependant, notre intention ne doit pas tromper : il ne s'agit pas ici de proposer une définition doctrinale de la conciliation en vue de combler les lacunes en ce domaine mais simplement d'éclairer le lecteur sur le sens de ce terme et de lui donner un aperçu de la multitude des processus qu'il peut viser à lui seul. La définition que nous proposons est inspirée des principaux textes ¹³² qui sont consacrés à cette procédure – essentiellement en droit judiciaire privé – et plus précisément des régimes juridiques qu'ils proposent. La profusion, pour ne pas dire le foisonnement de ces textes amène à un premier constat : la conciliation est une procédure polymorphe et pluridisciplinaire, capable de revêtir les formes les plus variées pour tenter de parvenir toujours au même résultat - un accord amiable des parties en conflit – et capable de s'adapter à toutes sortes de matières conflictuelles. Il s'ensuit que vouloir dégager de cette littérature et multitude de régimes *une seule et unique* définition de la conciliation qui puisse appréhender toutes les formes sous lesquelles elle peut se manifester nous oblige à n'en proposer qu'une définition *générique*, autrement dit la plus globale et générale qui soit.
- 5 **26. Proposition de définition** - La conciliation peut être définie comme un mode amiable ou conventionnel de règlement des conflits par lequel des parties, avec ou sans l'aide d'un tiers qui a leur confiance, dans le cadre ou en dehors de toute instance judiciaire, tentent de rapprocher leurs points de vue respectifs afin de parvenir à une solution amiable du différend qui les oppose ¹³³.

- 6 Cette définition de la conciliation est suffisamment large pour couvrir une multitude de procédés distincts. Extrajudiciaire ¹³⁴, para-judiciaire ¹³⁵ ou judiciaire ¹³⁶, la conciliation ainsi définie peut être le fait spontané de parties qui décident de se concilier d'elles-mêmes ou, au contraire, la mission d'un tiers – personne physique ou personne morale – chargé, en vertu de leur consentement ou sur ordre de la loi, de favoriser le règlement amiable de leur différend de manière plus ou moins active, en ayant à sa disposition plus ou moins de pouvoirs et agissant soit bénévolement soit contre rémunération. Lorsque la procédure est confiée à un tiers, ce dernier a pour mission exclusive de tenter de rapprocher les points de vue respectifs des parties, sans pouvoir leur imposer de solution car celle-ci doit, en principe, émaner des parties elles-mêmes ¹³⁷ et, en tout état de cause, être acceptée d'elles. En effet, à la grande différence du juge ou de l'arbitre, le tiers n'a pas le pouvoir de trancher le litige ni d'imposer une quelconque décision aux parties. Le tiers n'est qu'un *catalyseur* ¹³⁸ dans la recherche d'une solution au conflit qui oppose les parties. « De manière imagée, on l'appelle parfois "tiers aviseur" ou bien "tiers accoucheur" ».
- 7 Ainsi définie, la conciliation apparaît comme une notion susceptible de s'adapter à de multiples modes alternatifs de règlement des conflits, dont certains très différents les uns des autres. La doctrine propose généralement de les classer au sein de familles de conciliation.

SECTION II – LES FAMILLES DE CONCILIATION

- 8 27. En raison de leur grande diversité, les procédures de conciliation pourraient être classées en catégories ou familles selon de multiples critères : organique, matériel, structurel... Pour autant, un seul retiendra notre attention, celui traditionnellement retenu par la doctrine pour présenter les modes alternatifs de règlement des conflits : la nature extrajudiciaire (A) ou judiciaire (B) de la conciliation ¹³⁹. Des auteurs ¹⁴⁰ ont proposé une distinction plus subtile en ajoutant à ces deux catégories de conciliation une troisième famille : la conciliation para-judiciaire (C), située à mi-chemin entre les deux familles précédentes. Cette présentation générale des principales familles de conciliation permettra de mieux cerner et de mieux appréhender les procédures qui nous intéressent tout particulièrement : la conciliation et la médiation judiciaires.

A. La conciliation extrajudiciaire

- 9 28. *Absence de lien avec le juge ou le monde judiciaire* - La conciliation est dite extrajudiciaire lorsqu'elle est mise en œuvre en dehors de toute instance judiciaire et que son initiative, son déroulement et l'exécution de l'éventuel accord en résultant, échappent à tout contrôle du juge ¹⁴¹. L'extrajudiciaire suppose l'absence de tout lien avec le juge ou le monde judiciaire ¹⁴². Cette catégorie de conciliation, très vaste, peut être encore scindée en deux sous-catégories, qui distinguent selon que les modalités d'organisation de la procédure sont plus ou moins formelles : ainsi, la conciliation consensuelle, ou *ad hoc* (1°) se distingue de la conciliation institutionnelle (2°) par son absence de formalisme ¹⁴³.

Le recours à l'un ou l'autre de ces types de conciliation peut être décidé d'un commun accord par les parties, une fois le litige né. Mais l'hypothèse la plus fréquente reste néanmoins la prévision anticipée, avant même qu'un litige ne naisse, par l'insertion de clauses ¹⁴⁴ dites de conciliation ou de médiation ¹⁴⁵ dans les contrats régissant les rapports entre les parties (3°).

1°. La conciliation consensuelle ¹⁴⁶ ou ad hoc ¹⁴⁷

10 **29. Absence de formalisme** - La conciliation est dite *ad hoc*, consensuelle ou encore spontanée ¹⁴⁸ lorsque sa mise en œuvre, ses modalités d'application et son issue ne sont soumis à aucun formalisme particulier ¹⁴⁹ et dépendent de la seule volonté des parties en conflit, qui sont libres d'organiser la procédure comme elles l'entendent ¹⁵⁰ : « le consensualisme consacre la liberté d'expression du consentement » ¹⁵¹. Concrètement, cette liberté signifie que les parties peuvent décider soit de négocier directement entre elles la solution du litige, soit de faire appel à un tiers. Dans ce dernier cas, libre à elles encore une fois de désigner une personne physique ou bien une personne morale et de lui confier une mission de conciliation plus ou moins active dont elles déterminent librement le contenu et la durée.

11 **30. Proposition de définition** - La conciliation extrajudiciaire consensuelle peut être définie comme un mode amiable ou conventionnel de règlement des conflits, mis en œuvre en dehors de toute instance judiciaire et échappant dans son intégralité à tout contrôle du juge, par lequel les parties, seules ou avec l'aide d'un tiers bénévole qui a leur confiance, décident de confronter leurs points de vue respectifs afin de trouver une solution amiable à leur différend.

- 12 Lorsque les parties font appel à un tiers, celui-ci doit se contenter de jouer le rôle d'un *catalyseur* : il doit faciliter la recherche d'une solution amiable sans, en principe, faire de proposition. L'accord éventuel en résultant doit, idéalement, émaner des parties elles-mêmes.
- 13 **31.La médiation extrajudiciaire** -Si les parties décident de faire appel à un tiers, il s'agira plus précisément d'une *médiation extrajudiciaire* ¹⁵², espèce particulière de conciliation extrajudiciaire qui se définit par rapport à celle-ci : comme cette dernière, elle est un mode amiable ou conventionnel de règlement des conflits mis en œuvre en dehors de toute instance judiciaire et échappant dans son intégralité à tout contrôle du juge. Elle s'en distingue cependant sur deux points : elle suppose *nécessairement l'intervention d'un tiers* et ce dernier a pour mission, outre de confronter les points de vue respectifs des parties, *de leur faire des propositions* afin de parvenir à une solution pacifique du conflit qui les oppose ¹⁵³. Un auteur résume parfaitement ces deux éléments distinctifs lorsqu'il précise, tout d'abord, que « *la médiation n'est qu'une forme de conciliation opérée par un tiers, laquelle n'est qu'une forme de conciliation lato sensu* » et enfin, que « *le médiateur n'est qu'un conciliateur particulièrement actif* » ¹⁵⁴. La médiation diffère donc de la conciliation en ce qu'elle requiert l'intervention d'un tiers et que ce tiers est chargé d'intervenir de manière plus active dans la recherche d'une solution au conflit ¹⁵⁵. Ainsi, selon un auteur, tandis que le conciliateur « *se contente de faciliter les relations et les communications entre les parties* », le médiateur « *peut intervenir dans la discussion, faire des suggestions et des propositions ou même formuler des recommandations en vue d'un accord* » ¹⁵⁶. Toutefois, comme dans le cadre de la conciliation, le tiers n'est qu'un *catalyseur* dans la recherche d'une solution au

conflit qui oppose les parties. Il ne dispose d'aucun pouvoir pour trancher le différend ni imposer de solution aux parties.

- 14 Conciliation et médiation extrajudiciaires sont donc deux modes amiables ou conventionnels de règlement des conflits de même nature, qui ne diffèrent l'un de l'autre que par une variante dans la systématique de la présence du tiers et, accessoirement, dans son degré d'implication ¹⁵⁷.

2°. La conciliation institutionnelle

- 15 **32. Encadrement normatif de la conciliation** - Contrairement à la conciliation consensuelle, la conciliation est dite *institutionnelle* ou *instituée* ¹⁵⁸ lorsqu'elle est encadrée par une réglementation particulière, autrement dit, qu'elle « *résulte de règlements de conciliation édictés par des organismes spécialisés* » ¹⁵⁹. On trouve des exemples de conciliation institutionnelle chaque fois que la conciliation est organisée conformément à des dispositions réglementaires ¹⁶⁰ ou législatives ¹⁶¹ ou encore, conformément aux dispositions d'un règlement ou du statut d'une institution spécialisée dans le règlement amiable des conflits, qu'il s'agisse d'une personne physique ou d'une personne morale.
- 16 **33. Proposition de définition** - La conciliation extrajudiciaire institutionnelle est donc une forme particulière de conciliation extrajudiciaire par laquelle un tiers ¹⁶² – personne physique ou personne morale – spécialisé dans le règlement amiable de certains conflits est chargé, en vertu du consentement des parties ou en vertu de la loi, de confronter leurs points de vue respectifs afin de trouver une solution amiable au différend qui les oppose conformément aux règles qui organisent son activité.
- 17 Lorsque les parties décident de recourir à de telles institutions, soit directement une fois le litige né ou bien préalablement à l'existence

de tout litige au moyen d'une clause de conciliation ou de médiation, elles acceptent de se soumettre aux dispositions des règlements internes de ces organismes, sans pouvoir *a priori* en modifier les termes ¹⁶³ .

¹⁸ Il est fréquent que les règlements qui organisent de telles procédures de conciliation soient étroitement liés à des règlements qui organisent des arbitrages. Cela est surtout vrai en droit international, mais également en droit interne.

¹⁹ **34.Règlements de conciliation proposés en marge de règlements d'arbitrage** - Ainsi, en droit international, le règlement de la Chambre du Commerce Internationale (C.C.I.) propose une procédure A.D.R. ¹⁶⁴ ; la C.N.U.D.C.I. ¹⁶⁵ a également adopté un règlement de conciliation ¹⁶⁶ distinct de son règlement d'arbitrage ¹⁶⁷ ; enfin, le C.I.R.D.I. ¹⁶⁸ consacre, dans sa convention ¹⁶⁹ , tout un chapitre ¹⁷⁰ à la conciliation. La plupart de ces procédures de conciliation sont autonomes : non seulement elles ne constituent pas des préalables obligatoires à l'arbitrage mais encore, en cas d'échec, elles ne débouchent pas automatiquement sur un arbitrage. Les parties, dans leur convention, peuvent donc parfaitement se référer aux règlements de ces organismes internationaux aux seules fins de conciliation. Précisons toutefois, s'agissant de l'éventuelle interaction des procédures de conciliation et d'arbitrage, que la plupart de ces règlements prévoient qu'en cas d'échec de la conciliation, total ou partiel, si les parties décident de soumettre les points litigieux restants à un tribunal arbitral, celui-ci ne doit pas comporter en son sein une ou plusieurs personnes ayant déjà connu de l'affaire en tant que conciliateur ¹⁷¹ . Cette précision prend tout son sens lorsque l'on sait qu'en droit judiciaire français, le même juge peut tout à la fois tenter de concilier les parties puis, en cas d'échec, connaître de nouveau de l'affaire aux fins de jugement ¹⁷² .

Ce cumul de fonctions entre les mains d'une seule et même personne n'est pas sans soulever de questions au regard du respect du principe d'impartialité du juge, point sur lequel nous reviendrons ultérieurement ¹⁷³.

- 20 En droit interne, le Centre de médiation et d'arbitrage de Paris ¹⁷⁴ - C.M.A.P. ¹⁷⁵, rattaché à la C.C.I. de Paris - l'Institut d'expertise, d'arbitrage et de médiation de Paris - I.E.A.M. - ainsi que la Cour d'arbitrage européen : - rattachée à la C.C.I. de Versailles - proposent également dans leurs règlements une procédure de médiation aux particuliers et aux entreprises, à côté d'une procédure d'arbitrage, distincte et autonome.
- 21 **35. Institutions extrajudiciaires spécialisées dans la conciliation** A côté des organismes compétents à la fois pour concilier les parties et trancher leurs différends, d'autres sont exclusivement spécialisés dans la conciliation ou la médiation. Extrajudiciaires, ces institutions n'ont, par hypothèse, aucun lien avec le monde judiciaire si bien qu'un échec de la tentative de conciliation devant elles ne saurait, en principe, conduire à une procédure contentieuse. Ce type d'institution prolifère à un rythme saisissant : pratiquement tous les domaines socio-économiques sont concernés. Rapidement, on citera à titre d'exemple et sans ordre spécifique : le médiateur du cinéma ¹⁷⁶, le médiateur de la République ¹⁷⁷, les nombreux médiateurs des compagnies d'assurances ¹⁷⁸, le médiateur bancaire ¹⁷⁹, le défenseur des enfants ¹⁸⁰, le médiateur en droit communautaire ¹⁸¹, le médiateur de l'Education nationale ¹⁸², l'Autorité de régulation des télécommunications ¹⁸³, le médiateur de l'édition publique ¹⁸⁴, le médiateur du service universel postal ¹⁸⁵ etc. La conciliation institutionnelle peut également être le fait d'institutions collégiales - comités ou commissions - chargées de régler à l'amiable certaines catégories de différends ¹⁸⁶. D'aucuns parlent alors de

« *modes de conciliation collective* » ¹⁸⁷ . Ainsi, le contentieux du travail ¹⁸⁸ , celui de la consommation ¹⁸⁹ ou bien encore celui des rapports locatifs ¹⁹⁰ sont les domaines d'élection de ces formes de conciliation collective en raison du déséquilibre existant entre les « *catégories sociales traditionnellement antagonistes* » ¹⁹¹ . Le domaine de la santé est un autre domaine où prolifèrent les commissions de conciliation. Ainsi, deux catégories de commissions de conciliation viennent tout récemment d'être institutionnalisées dans le Code de la santé publique : la première, chargée d'assister et d'orienter les personnes victimes de préjudice du fait de l'activité des établissements de santé ¹⁹² ; la seconde, chargée de régler les contentieux résultant d'accidents médicaux, d'affections iatrogènes ou autres infections nosocomiales ¹⁹³ .

- 22 La décision de recourir à l'une de ces formes de conciliation extrajudiciaire peut être prise d'un commun accord par les parties une fois le litige né. La pratique montre cependant que des parties antagonistes parviennent difficilement à s'entendre, même s'agissant du mode de traitement de leur litige. Aussi, le plus souvent, la décision de se concilier résultera d'une clause que les parties auront insérée dans leur convention en vue d'éviter ou de neutraliser ¹⁹⁴ la résolution judiciaire de leur litige ¹⁹⁵ .

3°. Les clauses de conciliation ou de médiation ¹⁹⁶

- 23 Une présentation générale de ces clauses (a) permettra de mieux en appréhender les effets (b) ainsi que la sanction qui en est faite par la jurisprudence (c).

a) Présentation générale

- 24 **36.Définition** - Les clauses de conciliation ou de médiation figurent le plus souvent dans les contrats d'une certaine importance ou d'une

certaine durée ¹⁹⁷ . Elles visent à traiter à l'amiable toute difficulté qui pourrait s'élever lors de l'exécution du contrat ¹⁹⁸ . Ces clauses peuvent être rangées dans une catégorie plus vaste : les clauses d'arrangement amiable, définies comme obligeant « *les parties à rechercher une solution négociée de leur désaccord quand la difficulté d'exécution n'a pas été surmontée et que le différend se cristallise en véritable litige* » ¹⁹⁹ . L'effet de telles clauses est de « *retarder la saisine du juge [ou de l'arbitre] lorsque celle-ci est souhaitée par une partie ; [elles] constituent un premier exemple de l'obligation de ne pas agir en justice. Elles n'en illustrent, cependant, qu'une variété particulière : celle qui n'oblige que temporairement son débiteur à ne pas agir devant la juridiction étatique ou arbitrale* » ²⁰⁰ . Cependant, nous verrons que l'attribution d'un tel effet aux clauses de conciliation et de médiation est longtemps resté controversé, en doctrine comme en jurisprudence et que ce n'est que depuis un arrêt rendu en chambre mixte par la Cour de cassation, le 14 février 2003, qu'il a enfin été mis fin à ces incertitudes ²⁰¹ .

- 25 **37.Nature conventionnelle** - « *Issues d'une convention, destinées à permettre la conclusion d'une autre convention, les clauses de conciliation ou de médiation [...] ne devraient guère susciter d'interrogations sur leur nature juridique* » commente un auteur ²⁰² , pour ajouter que « *en ce qu'elles veulent faire de la volonté la cause première et dernière des rapports entre les parties, leur nature exclusivement conventionnelle ne fait aucun doute* ». Il s'ensuit qu'en tant que conventions, les clauses de conciliation ou de médiation relèvent du régime juridique de ces dernières. Cependant, parce que leur objet est de mettre fin à un litige, certains de leurs effets s'inspirent aussi du droit processuel : « *parce que le contrat qui met un terme à un litige ne constitue pas un contrat comme les autres, qu'il est selon l'expression de Bigot-Préameneu « le jugement que les parties ont prononcé entre elles »* ²⁰³ » ²⁰⁴ , alors

ses effets se font également « *ressentir au dehors de la seule sphère du contrat* » ²⁰⁵ . Un auteur qui s'est intéressé aux interférences existant entre le droit processuel et les modes alternatifs de règlement des litiges, analyse ces derniers – et par conséquent les clauses de conciliation ou de médiation – comme des contrats processuels ²⁰⁶ . Il fonde sa qualification sur trois considérations : la première est que leur objet est processuel ²⁰⁷ – par ces contrats, les parties s'accordent sur la *procédure* à suivre pour mettre un terme à leur différend – ; la seconde est que leur nature est processuelle ²⁰⁸ – elle est créatrice d'une situation juridique spécifique entre les parties, qui met à leur charge un certain nombre d'obligations en vue de parvenir au règlement amiable de leur litige : une « *situation de médiation* » – ; la troisième est que leur efficacité est également processuelle ²⁰⁹ – elles constituent des fins de non-recevoir conventionnelles de l'action en justice.

26 **38.Clauses sujettes à contentieux** - Généralement, les clauses de conciliation ou de médiation sont envisagées de manière préalable à d'autres modes de solution des litiges, « *en amont des clauses qui organisent le contentieux* » ²¹⁰ , comme les clauses attributives de juridiction ou les clauses compromissoires ²¹¹ . Mode de règlement amiable et mode de règlement juridictionnel se trouvent alors juxtaposés ²¹² . Cet emplacement préliminaire, exigü, « *premier alinéa rédigé sous la forme d'une clause de style préluant aux choses sérieuses* » ²¹³ , a pu être considéré comme susceptible d'empêcher leur développement et de participer à leur « *crise d'identité* » ²¹⁴ .

27 En effet, la proximité entre les clauses de conciliation ou de médiation et les clauses organisant le contentieux en cas d'échec du règlement amiable, favorise le risque de confusion entre elles ²¹⁵ . Lorsque les parties envisagent l'intervention d'un tiers dans les clauses de règlement amiable, il n'est pas rare qu'elles le désignent

et déterminent sa mission selon des termes ambigus, parfois impropres, voire contradictoires, traduisant mal leur intention. On parle alors de « *clauses pathologiques* » ²¹⁶. Ainsi, le tiers peut indifféremment être dénommé conciliateur, médiateur, expert ou arbitre ; il peut se voir confier pour mission de procéder à un « *arbitrage* » qui débouchera sur un « *avis arbitral de conciliation* » ²¹⁷ ; à une « *expertise* » censée promouvoir une « *solution de conciliation* » ²¹⁸ ; ou encore à un « *arbitrage amiable* » ²¹⁹. Nombreuses sont également les confusions portant sur la nature de l'acte que le tiers a pour mission d'élaborer et ses effets juridiques : on rencontre fréquemment des « *avis* » devant avoir « *force obligatoire* » ou encore des « *sentences* » qui doivent être « *soumises à l'approbation préalable* » des parties ²²⁰.

- 28 Cette confusion des notions est régulièrement dénoncée par la doctrine ²²¹, en ce qu'elle est génératrice d'une insécurité juridique et qu'elle débouche sur ce que les parties cherchaient précisément à éviter : un contentieux devant le juge étatique. « *A vouloir cumuler les avantages offerts par plusieurs modes de résolution des litiges* », les parties « *mélangent les qualifications et accumulent les inconvénients* » ²²². Dans chacun de ces contentieux, le juge est alors tenu de procéder à une requalification ²²³ de la clause ambiguë en considération de la commune volonté des parties ²²⁴. C'est en se fondant sur la notion de pouvoir juridictionnel ²²⁵ qu'il tente de déterminer si la mission dont le tiers est investi consiste en une mission d'arbitrage ou de conciliation, cette dernière ne conférant pas le pouvoir de trancher les litiges ni de rendre une décision s'imposant aux parties.

b) Effets des clauses de conciliation ou de médiation

- 29 **39. Création d'obligations contractuelles** - S'interroger sur les effets des clauses de conciliation ou de médiation nécessite que l'on

revienne sur leur nature juridique. De nature « *exclusivement conventionnelle* » ²²⁶, ces clauses devraient en principe, comme toute convention, être source d'obligations contractuelles et, de ce fait, être génératrices d'une certaine « *efficacité contractuelle* » ²²⁷. « *Une clause de médiation ou de conciliation est constitutive d'un engagement contractuel qui doit être respecté, conformément à l'article 1134 C. civ.* » ²²⁸, rappelle un auteur. Afin de tester cette affirmation, nous proposons de dégager les diverses obligations contractuelles susceptibles de naître de telles clauses. La doctrine, dans son ensemble, distingue entre plusieurs catégories d'obligations : obligations de résultat et obligations de moyens ²²⁹ ou encore, obligations de faire et obligations de ne pas faire ²³⁰. Nous retiendrons la première catégorie.

30 **40. Exclusion de l'obligation d'aboutir à un accord** – Préalablement, il convient de souligner que la doctrine est unanime pour considérer que les clauses de conciliation ou de médiation ne sauraient emporter obligation, pour les parties, d'aboutir à un accord ²³¹ : « *ces différentes clauses se bornent à faciliter l'ouverture d'une discussion entre les parties [...] elles ne sont pas par elles-mêmes porteuses d'un règlement amiable du litige* » ²³². En revanche, les avis sont longtemps restés partagés sur la création, par ces clauses, d'une obligation de ne pas porter le différend devant un juge ²³³.

31 **41. Obligation de ne pas porter le différend devant un juge** – L'obligation de ne pas porter le différend devant un juge, obligation de ne pas faire, appartient à la catégorie des obligations de résultat. En application de cette obligation, tant que les parties n'ont pas étreigné la voie amiable, elles ne peuvent pas s'engager dans la voie juridictionnelle pour faire trancher leur différend. En d'autres termes, il s'agit d'une obligation provisoire de ne pas agir en justice, relativement à l'objet litigieux d'obligation provisoire de ne pas agir

en justice ²³⁴. Celle-ci s'impose aux parties tant qu'elles n'ont pas mis en œuvre de manière effective la procédure préalable de conciliation ou bien tant qu'elles n'y ont pas renoncé expressément et d'un commun accord, par *mutuus dissensus* ²³⁵. Cette obligation de ne pas faire s'accompagne corrélativement d'obligations de faire : celle d'engager les négociations ²³⁶, d'en organiser le cadre concrètement ²³⁷ par la désignation d'un tiers ou bien par la détermination d'un lieu et d'une date de rencontre avec la partie adverse ; celle de se présenter en personne le jour de la tentative de conciliation ou de médiation ²³⁸.

- 32 On précisera cependant que pour un auteur ²³⁹ la reconnaissance de l'existence d'une obligation de ne pas saisir le juge a pu susciter d'importantes réserves au regard du droit commun des renonciations. Selon cet auteur, prise à la lettre, l'obligation de résultat qui consisterait pour des parties à ne pas pouvoir saisir le juge des contestations qui pourraient naître à l'occasion de l'exécution de leur contrat serait proche d'une « *renonciation de portée générale à élever un litige éventuel et d'une consistance inconnue devant une juridiction* » ²⁴⁰. Une telle renonciation serait donc dépourvue de valeur juridique ²⁴¹ en raison de sa généralité ²⁴² et de son objet : l'action en justice. Certes, si l'action en justice est bien un « *droit subjectif processuel disponible dans les conditions du droit subjectif substantiel dont il a pour objet de permettre la sanction* » ²⁴³, elle est également « *la traduction technique du pouvoir général d'ester en justice qui est considéré comme une liberté publique et qui, à ce titre, constitue une chose hors du commerce des particuliers* » ²⁴⁴. Ceci explique que la validité de telles clauses soit doublement conditionnée : non seulement par l'existence éventuelle de dispositions d'ordre public qui pourraient interdire de disposer des droits subjectifs en cause ²⁴⁵ ; mais encore, par la nécessité que la

renonciation à l'action en justice porte sur des droits particuliers prédéterminés, sinon acquis ²⁴⁶. Or, c'est précisément sur ce dernier point que des difficultés peuvent apparaître : peut-on réellement considérer que des parties qui décident *par avance* de renoncer à porter devant le juge les contestations qui pourraient naître de l'exécution de leur contrat, procèdent à une détermination de ces contestations ? N'est-ce pas « *nécessairement renoncer sans savoir que de renoncer par avance* » ²⁴⁷ ?

- 33 En vérité, les contestations en cause sont, sinon déterminées, à tout le moins déterminables, ce qui rend selon nous la renonciation valable. Sont en effet le plus souvent visées « *les contestations relatives au présent contrat* » ²⁴⁸ ou bien encore « *tout différend résultant de l'interprétation ou de l'exécution du présent contrat* » ²⁴⁹. De telles dispositions, tout en étant très générales, n'en sont pour autant pas obscures. Aussi, les risques d'interprétation abusive de la part de professionnels à l'encontre de non-professionnels ne sont pas si grands ²⁵⁰. Mais surtout, il faut bien rappeler qu'il ne s'agit pas, encore une fois, *via* ces clauses, de contraindre les parties à trouver une solution négociée à leur différend ²⁵¹ voire, de renoncer définitivement à leur droit d'agir en justice, mais simplement de tenter de maintenir, aussi longtemps que possible, « *leur relation sous le signe de la bonne entente* » ²⁵² et à cette fin, de privilégier la voie amiable sur la voie juridictionnelle. La renonciation à l'action n'est donc que temporaire. On pourrait d'ailleurs y voir plus une *mise sous condition* de l'exercice de l'action, qui serait en quelque sorte déplacé dans le temps ²⁵³, qu'une renonciation : tant que les parties n'auront pas tenté, loyalement, de se rapprocher à l'amiable, elles ne pourront pas saisir le juge ou l'arbitre. En revanche, une fois la condition exécutée - et si elle aboutit bien évidemment à une non-conciliation ou à une conciliation partielle ²⁵⁴ - les parties

recouvrent intégralement leur liberté d'action, sans plus de restriction ²⁵⁵ .

- 34 **42.Obligation de négociateur de bonne foi** – Reste alors à s'interroger sur une ultime obligation : celle qui consiste, pour les parties, à devoir « *déployer les efforts nécessaires en vue de parvenir, en toute loyauté, à une issue négociée du litige qui naîtrait du contrat principal* » ²⁵⁶ et qualifiée par la doctrine d'obligation de moyens ²⁵⁷ . La reconnaissance de l'existence d'une telle obligation est une manière de mettre en exergue le devoir de loyauté dont toute partie doit faire preuve lors de l'exécution d'une clause de conciliation ou de médiation. En effet, mettre en œuvre, de manière effective, la procédure de conciliation ou de médiation préalable ²⁵⁸ n'aurait aucun sens si cela ne s'accompagnait pas, dans un deuxième temps, au sein de la structure ainsi mise en place, d'une recherche loyale et sincère par les parties d'une solution amiable à leur différend ²⁵⁹ . Cependant, parce que l'on ne saurait contraindre les parties à aboutir à une solution conventionnelle, cette obligation ne saurait être que de moyens ²⁶⁰ . Concrètement, cela signifie que l'échec de la tentative de rapprochement ne peut être assimilé à une inexécution de l'obligation ; seule la preuve de l'existence d'un comportement fautif peut être considérée comme telle. Mais parler de la sanction de cette obligation nous amène à envisager plus largement la question de la sanction des clauses de conciliation ou de médiation.

c) Sanction des clauses de conciliation ou de médiation

- 35 **43.Dualité de sanction** - En présence d'obligations de nature contractuelle, on est enclin à penser qu'en cas d'inexécution de ces obligations, ce sont nécessairement les règles du droit commun des obligations qui s'appliquent et plus précisément, « *les mécanismes ordinaires de la responsabilité civile* » ²⁶¹ . Il existe en effet des

mécanismes de sanction purement contractuels transposables aux clauses de conciliation et de médiation. Cependant, leur étude montre qu'ils ne sont pas suffisants dans la mesure où leur application exclusive revient à conférer aux dites clauses une portée extrêmement faible. Aussi, doctrine et jurisprudence ont convenu qu'il importait d'ajouter aux sanctions purement contractuelles d'autres sanctions, mais de nature cette fois-ci procédurale, seules à même d'assurer leur pleine efficacité aux clauses de conciliation ou de médiation.

- 36 **44. I. Sanctions contractuelles** – Les sanctions contractuelles des clauses de conciliation ou de médiation sont diverses. Elles varient selon que l'inexécution qu'elles visent à sanctionner porte sur une obligation de résultat ou de moyens.
- 37 **45. Inexécution d'une obligation de résultat** – Il y a inexécution d'obligations de résultat chaque fois que les parties ne sont pas parvenues au but recherché. Par exemple, pour ce qui nous concerne : le juge aura été saisi ; les procédures de conciliation ou de médiation préalables n'auront pas été mises en œuvre ; le tiers n'aura pas été désigné etc.... En présence d'obligations de faire ou de ne pas faire, ce sont les dispositions de l'article 1142 du code civil qui s'appliquent, lesquelles prohibent le recours à l'exécution forcée "en nature" et autorisent exclusivement la condamnation au paiement de dommages et intérêts. Le fondement de cette règle est que l'on ne saurait porter atteinte à l'intégrité physique ou bien à la liberté des personnes en les contraignant à accomplir un fait ²⁶². Mais la liberté de la personne du débiteur est-elle réellement en cause avec les clauses de conciliation et de médiation ? Il ne semble pas, si bien que l'on peut affirmer, avec un auteur, que « ces considérations paraissent largement inopérantes à propos des clauses de conciliation et l'on

ne voit donc pas qu'elles justifieraient une mise à l'écart de l'exécution en nature » 263 .

38 Dans le même temps, n'est-il pas illusoire de vouloir contraindre une partie, récalcitrante à toute forme de négociation, à s'engager en conciliation, procédure où le consentement est primordial et, surtout, indispensable pour permettre un rapprochement ? Car si effectivement, procéder à la désignation d'un tiers ou participer à des réunions de conciliation sont des obligations qui peuvent parfaitement être exécutées en nature, sous contrainte judiciaire 264 , en revanche, tel n'est pas le cas – ou très difficilement – de l'obligation de moyens qui en découle, à savoir, faire des propositions en vue de parvenir à un règlement amiable du conflit. Aussi, il semble sans intérêt de vouloir contraindre une partie à effectuer les premières étapes d'une procédure de conciliation lorsque les chances de succès, au final, sont réduites et que toute l'opération risque de n'aboutir qu'à un ralentissement du traitement du litige.

39 **46. Insatisfaction des sanctions contractuelles** - On comprendra alors que, d'un point de vue purement contractuel, la sanction la plus raisonnable de l'inexécution d'obligations de résultat naissant de clauses de conciliation ou de médiation, reste la condamnation au paiement de dommages et intérêts, car toute condamnation à l'exécution forcée est illusoire. Mais si cette sanction est peut-être raisonnable, elle n'en est pas moins décevante car c'est reconnaître une portée très relative et plutôt symbolique aux clauses de conciliation et de médiation. Aussi, devant le constat de l'insuffisance d'une telle sanction, la jurisprudence, confortée par la doctrine, en a échaudé une autre sur le plan procédural, destinée à renforcer l'efficacité de ces clauses. Mais avant de nous y intéresser, il convient d'achever notre étude des sanctions contractuelles des

clauses de conciliation ou de médiation, en envisageant la sanction de l'inexécution d'obligations de moyens.

40 **47. Inexécution d'obligations de moyens** - L'inexécution des obligations de moyens ne sera établie que par la preuve que l'une des parties a commis une faute dans l'accomplissement de cette obligation et non pas par le simple constat que le résultat souhaité n'a pas été atteint. Preuve devra donc être faite que l'une des parties ne s'est pas comportée comme l'aurait fait tout « *bon père de famille* » : soit en rejetant toutes les propositions de son adversaire, soit en n'en formulant aucune, soit encore en faisant des propositions excessives ou bien dérisoires ²⁶⁵ ... etc. La preuve de l'existence d'une faute sera relativement difficile à rapporter. Aussi, ce sera bien souvent aux juges de rechercher, en considération des faits de l'espèce, si l'échec de la conciliation ou de la médiation dissimule un refus de négocier ²⁶⁶, autrement dit, un comportement fautif ou non. Le cas échéant, la partie fautive pourra être condamnée au paiement de dommages et intérêts, toujours sur le fondement de l'article 1142 du Code civil.

41 **48. Risque de partialité consécutif à la recherche de la faute** - Mais alors, ne doit-on pas craindre qu'une telle recherche de la faute contrevienne au devoir de confidentialité qui doit en principe couvrir toute procédure de conciliation ou médiation ²⁶⁷, ainsi qu'au devoir d'impartialité du juge ? « *En examinant les conditions dans lesquelles s'est déroulée la tentative de conciliation ou de médiation [...], le risque existe que le litige ne soit tranché qu'en considération de ce qui s'est dit ou fait au cours de cette tentative* », fait remarquer à juste titre un auteur ²⁶⁸, pour ajouter que « *quelles qu'aient été les circonstances de la négociation, leur dévoilement aurait inévitablement pour effet de perturber les conditions d'exercice de la jurisdictio* ». Il est vrai que si le juge amené à se prononcer sur les modalités d'exécution de la clause

de conciliation ou de médiation, et donc sur l'existence d'un éventuel comportement répréhensible – que l'on pourrait appeler, avec un auteur, le juge de la conciliation ²⁶⁹ – est celui-là même qui doit également se prononcer sur le fond et trancher le litige qui n'a pas pu être réglé à l'amiable – le juge du litige ²⁷⁰ – on peut craindre que le regard qu'il portera sur l'affaire ne sera pas aussi neuf que celui que requiert l'exigence d'impartialité ²⁷¹ .

42 Aussi, la seule manière d'offrir aux parties toutes les garanties nécessaires sur ce plan serait qu'il y ait séparation des fonctions de *juge de la conciliation* et de *juge du litige*, ce qu'actuellement seule une autodiscipline des magistrats permet d'assurer ²⁷² . Cette autodiscipline est celle de l'article 339 du nouveau code de procédure civile et qui consiste, pour le « *juge qui suppose en sa personne une cause de récusation ou estime en sa conscience devoir s'abstenir* », de se faire remplacer par un autre juge. Une autre solution serait que le juge de la conciliation, après avoir constaté que l'une des parties n'a pas respecté ses engagements en ce qui concerne la clause de conciliation ou de médiation, refuse de statuer au fond. Mais c'est alors aborder la question de la sanction des clauses de conciliation ou de médiation sur le plan procédural.

43 **49.II. Sanctions procédurales** – La recherche d'une autre voie que la voie strictement contractuelle pour sanctionner l'inexécution des clauses de conciliation ou de médiation a résulté du sentiment d'insatisfaction procuré par cette dernière. Se contenter, à titre de sanction, d'une condamnation au paiement de dommages et intérêts revenait à donner à ces clauses une portée extrêmement limitée car insuffisamment dissuasive. A chaque fois, il fallait, mais il suffisait au débiteur de payer le prix pour échapper à ses obligations contractuelles. De fait, dans le but de redonner aux clauses de conciliation ou de médiation toute l'efficacité qu'elles méritent – ne

serait-ce que sur le fondement de l'article 1134 du Code civil - doctrine et jurisprudence se sont orientées vers la recherche d'une nouvelle voie : celle de l'*efficacité procédurale* des clauses de conciliation ou de médiation ²⁷³ .

44 **50. Variété des sanctions procédurales** - Cette nouvelle voie a consisté à rechercher une sanction de l'inexécution de ces clauses non plus en application des règles du droit commun des obligations mais en application des règles du droit judiciaire privé, par analogie avec les sanctions prévues en cas de non-respect des procédures préalables de conciliation judiciaire prévues par la loi. L'idée était alors d'empêcher le juge de statuer tant que les parties n'apportaient pas la preuve qu'elles avaient exécuté les obligations découlant de leur clause de conciliation ou de médiation. Diverses méthodes ont été étrennées par la jurisprudence, qui n'ont pas toutes fait l'unanimité en doctrine. Parmi elles, on peut citer le *sursis à statuer* ²⁷⁴ ou plus catégoriquement encore, *l'irrecevabilité de la demande en justice* ²⁷⁵ . Un auteur ²⁷⁶ a proposé encore une troisième solution qui consisterait pour le juge à pouvoir *ordonner d'office une procédure de médiation ou de conciliation judiciaire* sur le fondement respectif des articles 131-1 et suivants ou 830 et suivants du nouveau code de procédure civile, malgré la disparition de l'accord des parties sur ce point.

45 **51. Unicité d'objectif des sanctions procédurales** - Indépendamment de la méthode choisie, l'objectif poursuivi est le même : faire que la mise en œuvre effective de la procédure préalable de conciliation ou de médiation prévue conventionnellement par les parties ne soit plus exclusivement à la charge de ces dernières, mais également à la charge du juge chaque fois que l'une d'elles l'aurait saisi en méconnaissance de la clause de règlement amiable. La participation

du juge peut être plus ou moins active, mais tend toujours à faire prévaloir la voie amiable sur la voie juridictionnelle.

46 **52. Divergence de la jurisprudence** - La jurisprudence rendue sur cette question est longtemps restée inégale ²⁷⁷, ce qui n'était pas sans poser problème. Si la majorité des juridictions acceptait de prononcer l'irrecevabilité de la demande en justice formée en violation d'une clause de conciliation ou de médiation au motif que cette dernière constituait une fin de non-recevoir conventionnelle, cela n'a pas toujours été le cas : certains tribunaux s'y opposaient catégoriquement et rejetaient cette solution ²⁷⁸ ; d'autres, de manière plus mesurée, adoptaient des solutions intermédiaires. La jurisprudence rendue sur la question est longtemps restée inégale, ce qui n'était pas sans poser problème. Si la majorité des juridictions acceptait de prononcer l'irrecevabilité de la demande... au motif que cette dernière constituait une fin de non-recevoir conventionnelle, cela n'a pas toujours été le cas : certains tribunaux s'y opposaient catégoriquement et rejetaient cette solution ; d'autres, de manière beaucoup plus mesurée, adoptaient des solutions intermédiaires. Heureusement, la Cour de cassation, dans un arrêt rendu en chambre mixte le 14 février 2003, a mis un terme à ces divergences en qualifiant les clauses de conciliation préalable de fins de non-recevoir. Un bref rappel de la jurisprudence antérieure permettra de mieux comprendre l'immense portée de cet arrêt de principe

47 **53. Décisions rejetant la qualification de fin de non-recevoir** - Les juridictions qui admettaient la recevabilité de la demande en justice ²⁷⁹ formée en dépit de l'existence d'une clause de conciliation ou de médiation invoquaient souvent, au soutien de leur décision, que la saisine du juge par l'une des parties valait renonciation implicite à la procédure de conciliation préalable. C'était considérer, de façon défaitiste, que « dès lors qu'un grain de sable vient gripper la fragile

machine à concilier, point n'est besoin de s'acharner : la conciliation échouera » ²⁸⁰. Cette position était notamment celle adoptée par la première chambre civile de la Cour de cassation, dans deux récents arrêts des 23 janvier ²⁸¹ et 6 mars 2001 ²⁸². Dans chacune de ces deux affaires, la Cour déclarait de manière péremptoire que les clauses « *subordonnant une action judiciaire à une conciliation des parties* » ²⁸³ ou « *prévoyant une conciliation préalable avant toute procédure* » ²⁸⁴ ne constituaient pas des fins de non-recevoir ²⁸⁵. Elle en déduisait alors que ces préalables n'étaient pas obligatoires ²⁸⁶ et qu'en conséquence, ils ne devaient être assortis d'aucune sanction ²⁸⁷.

48 **54. Critique de ces décisions** - En rejetant ainsi la qualification de fin de non-recevoir, la première chambre refusait d'admettre que celle-ci puisse avoir un fondement conventionnel ²⁸⁸. C'était donc refuser que des parties puissent décider d'aménager conventionnellement l'exercice de leur droit d'agir en justice en le faisant dépendre d'une condition suspensive - ici, une tentative de conciliation - ou bien en le déplaçant dans le temps. C'était encore donner à une inexécution unilatérale de l'obligation de ne pas agir en justice les mêmes effets qu'un *mutuus dissensus*, ce qui n'était pas admissible au vu de l'article 1134 du Code civil. C'était enfin admettre que des parties puissent s'engager de manière purement potestative, en pure violation des dispositions de l'article 1174 du Code civil ²⁸⁹.

49 **55.** Ces décisions, vivement critiquées par la doctrine, revenaient à nier purement et simplement la portée des clauses de conciliation et de médiation ²⁹⁰ en les exonérant de toute forme de sanction. Elles remettaient en cause leur nature contractuelle et la force obligatoire qui leur est attachée sur le fondement de l'article 1134 du Code civil. La mise en place du cadre des négociations en vue d'une tentative de

conciliation ainsi que la recherche de bonne foi d'une solution amiable sont des obligations *contractuelles* découlant de la clause de conciliation, qui s'imposent aux cocontractants. Elles doivent à ce titre être exécutées spontanément ou leur inexécution sanctionnée, à moins qu'elles n'aient été révoquées par les parties, de leur consentement mutuel ²⁹¹ .

50 **56.Décisions retenant la qualification de fin de non-recevoir –**

Heureusement, la première chambre civile de la Cour de cassation restait isolée dans sa position de refus. On observe, en effet, que la fin de non-recevoir était majoritairement retenue par les autres chambres de la haute juridiction. Ainsi, la troisième chambre civile de la Cour de cassation dans un premier temps ²⁹² , puis la chambre commerciale ²⁹³ dans un second temps, récemment suivie par la deuxième chambre civile ²⁹⁴ affirmaient très nettement que toute action en justice intentée en méconnaissance d'une clause de conciliation était irrecevable.

- 51 Ce faisant, ces différentes chambres donnaient aux clauses de conciliation leur véritable portée : considérées comme des stipulations contractuelles à part entière et non pas comme de simples « *clauses de styles dont on pourrait s'affranchir sans dommage* » ²⁹⁵ , elles devaient être exécutées de bonne foi ou bien faire l'objet d'une renonciation mutuelle. Plus encore, en cas de renonciation, celle-ci ne pouvait être équivoque : si elle pouvait être implicite, elle devait néanmoins résulter « *d'actes manifestant sans équivoque la volonté de renoncer au droit considéré* », a pu rappeler la chambre commerciale ²⁹⁶ . Aussi, à défaut de renonciation bilatérale, claire et manifeste, l'inexécution des clauses de conciliation ou de médiation devait être sanctionnée et la seule sanction concevable et appropriée sur le plan procédural consistait en l'irrecevabilité de l'action en justice ²⁹⁷ .

- 52 Affirmer cela, c'était confirmer et valider l'existence des fins de non-recevoir d'origine conventionnelle ; c'était reconnaître, nous dit un auteur, que les parties pouvaient, « *du moment qu'elles ne suppriment pas totalement l'accès au juge, « neutraliser l'action en justice »* ²⁹⁸ *temporairement, jusqu'à ce qu'elles aient mis à exécution la clause de conciliation ou de médiation, voire d'expertise, dont elles étaient convenues »* ²⁹⁹ . En prenant une telle position, ces décisions procédaient à une transposition, sinon une imitation ³⁰⁰ , de la solution traditionnellement retenue par les juges lorsque le préalable de conciliation est imposé par un texte. ³⁰¹
- 53 **57.Décisions retenant le sursis à statuer** – En marge de cette solution, mais dans le même esprit, certaines juridictions ³⁰² préféreraient recourir à la technique du sursis à statuer, autre variété de sanction procédurale ³⁰³ . « *Le sursis à statuer, commente un auteur, apparaît comme une sanction tout à la fois souple et efficace »* ³⁰⁴ . Le souci des juges de vouloir contraindre les parties à respecter leurs engagements en les renvoyant « *à la procédure amiable* » ne pouvait qu'être approuvé. Mais le fait que le sursis soit laissé à la discrétion des juges lui donnait un caractère aléatoire et l'empêchait d'être pleinement satisfaisant. Plus encore, il supposait que le juge avait préalablement déclaré l'action en justice recevable, ce qui revenait, selon nous, à sacrifier la force obligatoire des clauses conventionnelles.
- 54 **58.La fin des incertitudes** – C'était donc bien l'irrecevabilité qui s'imposait « *comme la sanction de l'inexécution d'une clause de conciliation préalable, comme l'instrument de la volonté des parties »* ³⁰⁵ . Et c'est ce qu'a affirmé haut et fort la haute juridiction dans son arrêt du 14 février 2003 en déclarant que « *la clause d'un contrat instituant une procédure de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge, dont la mise en œuvre suspend jusqu'à son issue le cours de la*

prescription, constitue une fin de non-recevoir qui s'impose au juge si les parties l'invoquent ». Disant cela, la Cour confère une véritable – et redoutable – efficacité processuelle à ladite clause.

- 55 L'efficacité des clauses de conciliation préalable n'est donc plus à rechercher dans le droit des obligations mais parmi les dispositions du droit judiciaire. En rangeant ces clauses dans la famille des fins de non-recevoir, la haute juridiction leur donne une efficacité maximale puisqu'elle prive les parties à la convention de leur droit d'agir en justice tant que ces dernières n'auront pas étreigné la voie amiable. Par ce truchement, la Cour est parvenue au résultat souhaité depuis le début, mais jusque là rendu impossible par l'article 1142 du Code civil : aboutir à l'exécution en nature de l'obligation de conciliation, mais indirectement, puisque les parties ne sont à aucun moment véritablement contraintes de le faire ; elles se voient plus subtilement privées d'un droit – leur droit d'action relativement à l'objet litigieux – qui ne leur sera restitué qu'une fois l'obligation de conciliation préalable convenablement exécutée. Finalement, en faisant appel au droit judiciaire, en donnant aux clauses de conciliation une pleine efficacité procédurale, la Cour de cassation est parvenue à leur restituer leur force obligatoire, autrement dit à leur restituer, indirectement, leur pleine efficacité contractuelle ³⁰⁶ .
- 56 On l'aura compris, l'esprit de la conciliation extrajudiciaire est donc, autant que faire se peut, d'éviter la voie juridictionnelle – que celle-ci soit judiciaire ou privée – ou à tout le moins, de la reporter dans le temps. Avec la conciliation judiciaire en revanche, ce n'est plus en amont du traitement juridictionnel que les parties se rencontrent, mais à l'occasion de celui-ci. L'objectif n'est alors plus d'éviter le contentieux, mais plutôt d'y mettre un terme prématurément. Il

s'agit moins de dissuader les parties de s'engager dans un rapport contentieux que de les persuader d'en sortir.

B. La conciliation judiciaire

- 57 Un examen des propriétés qui caractérisent la conciliation judiciaire (1°) est nécessaire avant de pouvoir proposer une définition de cette procédure (2°).

1°. Propriétés

- 58 **59. Deux propriétés cumulatives** - Deux éléments caractérisent la conciliation judiciaire : la première est que la conciliation est mise en œuvre dans le cadre d'une instance judiciaire (a) ; la seconde, qu'elle se déroule sous l'égide du juge (b). Nous montrerons que ces deux particularités doivent être réunies cumulativement (c).

a) Nécessité d'une instance judiciaire

- 59 **60. Position du problème** - Comme l'indique l'épithète, pour pouvoir être judiciaire, une conciliation doit être mise en œuvre dans le cadre ou à l'occasion d'une instance judiciaire. Indépendamment du moment où intervient la conciliation, de l'introduction de l'instance au prononcé du jugement, il importe que la procédure amiable soit *effectivement* menée à l'occasion d'une instance *introduite et non encore éteinte*. Cette exigence nous amène alors à nous interroger sur la notion même d'instance ou, plus exactement, sur les critères qui permettent de s'assurer de son existence. Car en effet, si la détermination de l'existence d'une instance judiciaire ne pose *a priori* pas de difficulté lorsque la conciliation intervient alors que le juge est déjà – et valablement – « *saisi d'un litige* » ³⁰⁷ aux fins de jugement, en revanche, toute autre est la situation lorsque la

conciliation est menée de manière *préalable* à l'introduction de l'instance contentieuse, comme le prévoient les dispositions des articles 830 et suivants du nouveau code de procédure civile ³⁰⁸ ou bien encore lorsque la conciliation est menée à l'occasion d'une *suspension de l'instance principale par décision de retrait du rôle* ³⁰⁹.

60 Dans ces deux hypothèses, où la conciliation est menée soit *préalablement* à l'instance, soit *en marge* de celle-ci, se pose la question de savoir si la conciliation est néanmoins constitutive d'une conciliation *judiciaire*. Répondre à cette question nécessite que l'on dégage les critères qui permettent de déterminer l'existence ou la persistance d'une instance.

61 **61.I. Les critères de l'instance** ³¹⁰ – Si l'on s'en tient aux définitions de l'instance proposées par la doctrine ³¹¹, on remarque que la détermination de l'existence d'une instance judiciaire repose tout d'abord sur la recherche de l'existence d'une demande en justice, dont la formulation est indispensable pour pouvoir donner naissance à une instance, puis sur la recherche des effets de cette demande, notamment, la création d'un lien juridique d'instance.

62 Aussi, pour apprécier si la conciliation qui a lieu *préalablement* à l'instance contentieuse devant le tribunal d'instance ou bien si celle que les parties mènent *en marge* d'une instance contentieuse, après en avoir suspendu le cours par une mesure de retrait du rôle, sont effectivement des conciliations *judiciaires*, il y a lieu de rechercher si ces procédures sont effectuées postérieurement à la formulation d'une demande en justice et si cette dernière est bien à l'origine de la création d'un lien juridique d'instance entre les parties et entre ces dernières et le juge ³¹².

63 **62. Demande en justice** – Le point de départ de l'instance judiciaire, l'événement susceptible de lui donner naissance est la formulation d'une *demande en justice*. L'article 53 du nouveau code de procédure

civile, qui définit la demande en justice comme « *celle par laquelle un plaideur prend l'initiative d'un procès en soumettant au juge ses prétentions* », précise effectivement dans son second alinéa qu'elle « *introduit l'instance* ». La nécessité d'une demande en justice pour pouvoir donner naissance à une instance est donc clairement affirmée et a même longtemps été considérée comme une condition suffisante ³¹³.

64 La demande en justice est celle en vertu de laquelle une personne soumet au juge une prétention, « *la « chose demandée » de l'article 1351 du Code civil, c'est-à-dire la reconnaissance d'un droit subjectif substantiel* » ³¹⁴. Sans prétention, il n'y a point de demande en justice ³¹⁵. Ainsi, il a été jugé que constituaient bien une demande en justice, susceptible de produire les effets qui lui sont attachés par la loi – et donc, entre autre, d'introduire une instance : une demande d'arbitrage ³¹⁶, une demande d'expertise ³¹⁷ ou encore des conclusions ³¹⁸ même reconventionnelles ³¹⁹. En revanche, ne sont pas considérées comme constitutives d'une demande en justice : une requête en conciliation dans le cadre d'une procédure de saisie-arrêt ³²⁰ ou encore la saisine de la commission de conciliation en matière de baux commerciaux ³²¹. D'après ces dernières décisions, la question de savoir si la demande aux fins de tentative préalable de conciliation devant le tribunal d'instance constitue une demande en justice se pose avec encore plus d'intérêt.

65 **63.Saisine du tribunal, en sus** – Précisons cependant que depuis quelques années, la jurisprudence ³²² s'est montrée plus exigeante et a fait dépendre l'introduction, et donc l'existence même de l'instance, de la saisine effective de la juridiction par les parties ³²³. Si la demande en justice constitue donc toujours un élément indispensable et caractéristique de l'instance, en revanche, elle n'en est plus un élément suffisant ; elle doit s'accompagner

impérativement de la saisine du tribunal, faute de quoi elle devient caduque ³²⁴ ou à tout le moins, peut être privée d'effet ³²⁵ .

66 **64.Lien juridique d'instance** – La règle de principe est donc désormais que pour pouvoir produire pleinement ses effets, la demande en justice doit être impérativement suivie de la saisine de la juridiction ³²⁶ . Spécialement, c'est l'enrôlement de l'affaire qui emportera création du *lien juridique d'instance* ³²⁷ entre les parties elles-mêmes mais également entre les parties et le juge. Les effets de la demande en justice sont multiples ³²⁸ . Parmi les principaux, on peut citer : l'interruption des délais de prescription de l'action ³²⁹ ainsi que des délais pour agir, la transmissibilité de l'action ³³⁰ , l'obligation faite au juge de trancher le litige ³³¹ , le fait que la demande opère mise en demeure du débiteur et fait courir les intérêts moratoires ³³² etc.

67 Les critères de l'instance judiciaire ayant été sommairement dégagés, il nous appartient de vérifier s'ils sont effectivement réunis à l'occasion de la « tentative préalable de conciliation » menée devant le tribunal d'instance en application des dispositions des articles 830 et suivants du nouveau code de procédure civile, et s'ils persistent lorsque la conciliation est menée alors que l'instance a été suspendue en application d'une décision de retrait du rôle.

68 **65.II. La « tentative préalable de conciliation » devant le tribunal d'instance** – Afin d'apprécier si la procédure dite de « tentative préalable de conciliation », organisée de manière autonome et préalable devant le tribunal d'instance ³³³ , entre dans la catégorie des conciliations *judiciaires*, il convient de rechercher si la demande aux fins de tentative préalable de conciliation est constitutive d'une demande en justice et, à ce titre, susceptible d'introduire une *instance*.

- 69 **66.La demande aux fins de tentative préalable de conciliation** – Selon les termes de l'article 830 du nouveau code de procédure civile, la demande aux fins de tentative préalable de conciliation, qui doit être adressée directement au greffe du tribunal d'instance, doit comporter un certain nombre de mentions obligatoires, dont en particulier, « *l'objet de la prétention* » du demandeur. La demande aux fins de tentative préalable de conciliation répond donc à l'exigence de l'existence d'une prétention de l'article 53 du nouveau code de procédure civile.
- 70 Plus encore, la réception de la demande par le greffe du tribunal d'instance emporte immédiatement saisine de la juridiction – même si ce n'est pas aux fins de jugement mais aux seules fins de conciliation puisqu'elle met à la charge du greffe diverses obligations, telles que celle d'organiser l'audience de conciliation – lieu, jour et heure – d'en aviser le demandeur, d'y convoquer le défendeur, d'informer ce dernier de l'identité du demandeur ainsi que de l'objet de sa demande, de préciser aux parties qu'elles peuvent se faire assister à l'audience de conciliation par une des personnes énumérées à l'article 828 du nouveau code de procédure civile ³³⁴ etc.
- 71 De là à en déduire que la demande aux fins de tentative préalable de conciliation est créatrice d'un lien juridique spécifique entre les parties ainsi qu'entre ces dernières et le juge, il n'y a qu'un pas.
- 72 **67.Création d'un rapport processuel particulier** – On observe effectivement que la demande aux fins de tentative préalable de conciliation emporte diverses obligations tant à la charge du juge qu'à la charge des parties. Ainsi, à l'égard du juge, la demande a pour principal effet de l'obliger à remplir sa mission de conciliation selon la procédure qui lui semble la plus adaptée. Depuis la loi du 8 février 1995, le juge dispose d'une option quant à la procédure à mettre en

œuvre ³³⁵ : soit mener personnellement la conciliation, soit en confier la mission à un tiers qu'il désigne à cette fin, si les parties y consentent ³³⁶. Selon que le juge opte pour l'une ou l'autre hypothèse, son office au cours de la procédure amiable variera. A l'égard des parties enfin, la demande aux fins de tentative préalable de conciliation a pour principal effet de les obliger à comparaître en personne le jour de l'audience de conciliation, le cas échéant assistées de la personne de leur choix.

73 On constate donc que la demande aux fins de tentative préalable de conciliation est créatrice d'une situation juridique nouvelle, non seulement entre les parties, mais également à l'égard du juge qu'elle saisit et auquel elle impartit une mission spécifique : tenter de concilier les parties relativement à une *prétention* ³³⁷ déterminée, selon la procédure la plus appropriée. Elle est donc créatrice d'un rapport processuel particulier.

74 Cependant, pour pouvoir affirmer sans crainte que l'on est bien en présence d'une demande en justice introductive d'instance, il importe encore que l'on s'assure que ses effets substantiels sont les mêmes que ceux de toute demande en justice et spécialement, qu'elle emporte interruption des délais de prescription ³³⁸.

75 **68.Effets de la demande à l'égard des délais de prescription** – L'exigence que toute demande en justice interrompe les délais de prescription est celle de l'article 2244 du Code civil ³³⁹.

76 Les effets de la demande aux fins de tentative préalable de conciliation au regard des délais de prescription sont quant à eux envisagés par deux textes : les articles 2245 du code civil et 835 du nouveau code de procédure civile. Aux termes de l'article 2245 du code civil, on apprend que : « *La citation en conciliation devant le bureau de paix interrompt la prescription du jour de sa date, lorsqu'elle est suivie d'une assignation en justice donnée dans les délais de droit* ». En

application de cette règle, l'article 835 du nouveau code de procédure civile ³⁴⁰ précise que « *La demande aux fins de tentative préalable de conciliation n'interrompt la prescription que si l'assignation est délivrée dans les deux mois à compter, selon le cas, du jour de la tentative de conciliation menée par le juge, de la notification prévue au quatrième alinéa de l'article 832-6, de celle prévue au quatrième alinéa de l'article 832-7 ou de l'expiration du délai accordé par le demandeur au débiteur pour exécuter son obligation* ». A la lecture de ces deux articles, il ne fait pas de doute que la demande aux fins de tentative préalable de conciliation « *joue un rôle [...] en matière de prescription* » ³⁴¹. Cependant, l'interprétation qu'en fait la doctrine n'est pas uniforme. Deux courants s'opposent quant à la cause véritable de l'effet interruptif.

77 **69.Divergences doctrinales** - Pour certains auteurs ³⁴², la demande aux fins de tentative préalable de conciliation « *n'emporte pas interruption de prescription par elle-même* » ³⁴³ car « *il n'y a interruption que par l'assignation (ou autre mode équivalent)* » ³⁴⁴. A l'appui de cette thèse, ces auteurs interprètent l'article 835 comme n'apportant « *qu'un élément de rétroactivité à l'interruption de la prescription qui demeure un effet exclusif de l'assignation* » ³⁴⁵ ; la demande aux fins de conciliation ne jouant alors plus qu'un rôle « *subsidaire et indirect* » ³⁴⁶ en matière de prescription.

78 Pour d'autres auteurs, en revanche, c'est bien la demande aux fins de tentative préalable de conciliation qui produit l'effet interruptif de prescription « *comme une demande en justice* » ³⁴⁷, mais sous la condition – suspensive – qu'une assignation soit effectivement délivrée dans les délais requis ³⁴⁸ : « *il convient de souligner qu'à défaut d'être une véritable demande en justice* ³⁴⁹, la demande aux fins de tentative préalable de conciliation peut produire l'effet interruptif de prescription » ³⁵⁰. Selon cette thèse, que nous approuvons, la demande aux fins de conciliation est donc la seule cause de

l'interruption et l'assignation qui la suit n'en est qu'une condition d'effectivité. A ce propos et de manière incontestable, il y a lieu de souligner que les termes mêmes de l'article 835 vont dans ce sens : le sujet du verbe interrompre n'est pas « *l'assignation* » mais bien « *la demande aux fins de tentative préalable de conciliation* ».

79 **70.Conclusion** : Au vu de ces éléments, il nous semble donc possible d'affirmer que la demande aux fins de tentative préalable de conciliation est bien constitutive d'une demande en justice, introductive d'instance. Cependant, contrairement aux demandes introductives d'instance traditionnelles, elle ne tend pas à obtenir du juge un jugement mais un *accord amiable*, obtenu par conciliation, relativement à une prétention déterminée. La recherche de cet accord devant se faire dans le cadre d'une procédure réglementée par la loi, qui met à la charge des parties comme du juge un certain nombre d'obligations, nous pouvons également affirmer que la demande aux fins de tentative préalable de conciliation *crée un lien juridique d'instance* entre les parties et qui concerne également le juge.

80 Il y a donc bien existence d'une *instance judiciaire*, mais d'une instance *particulière* : un « *lever de rideau* » nous disent certains ³⁵¹, « *une instance antécédente et accessoire à l'instance principale* » précisent-ils ³⁵², mais une *instance* ³⁵³ malgré tout – que l'on qualifiera pour notre part d'*instance conciliatoire* - qui se *poursuivra* sous la forme d'une instance contentieuse si la conciliation échoue et que les parties décident de saisir la juridiction compétente aux fins de jugement. Dans ce dernier cas, il y aura alors *poursuite de la même instance* et non pas reprise d'une instance nouvelle puisque le point de départ du délai interruptif de prescription est bien placé au jour de la demande aux fins de tentative préalable de conciliation ³⁵⁴ et

non pas au jour de l'assignation. L'instance conciliatoire se transformera alors en instance contentieuse.

81 **71.III. La conciliation menée à l'occasion d'un retrait du rôle** - Reste désormais à résoudre la question de la nature de la conciliation menée à l'occasion d'une décision de retrait du rôle sollicitée par les parties. La question de l'existence d'une demande en justice introductive d'instance ne se posera pas dans la mesure où, par hypothèse, les parties se trouvaient initialement dans le cadre d'une instance judiciaire introduite en vertu d'une demande en justice valablement formée. En revanche, la question qui se pose plutôt est celle de la persistance de l'existence de l'instance après retrait du rôle et, le cas échéant, des effets qu'une conciliation menée en marge de cette instance sont susceptibles d'emporter sur cette dernière.

82 **72.Présentation rapide du retrait du rôle** - Le retrait du rôle ³⁵⁵ est une mesure d'administration judiciaire (NCPC, art. 383) qui emporte, comme son homologue la radiation, « *suppression de l'affaire du rang des affaires en cours* » (NCPC, art. 381). Elle est une nouvelle cause de suspension de l'instance (NCPC, art. 377). Cette mesure est ordonnée chaque fois que les parties en font la demande « *écrite et motivée* » au juge ³⁵⁶ (NCPC, art. 382). Elle présente l'avantage de leur permettre de suspendre le cours du procès chaque fois qu'elles estiment « *de leur intérêt d'éviter ou de différer une solution judiciaire* » ³⁵⁷ afin, par exemple, de rechercher une solution amiable à leur différend sans être pressées par le calendrier de procédure ³⁵⁸ .

83 Le retrait du rôle a été consacré dans le nouveau code de procédure civile par le décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 dans l'espoir de favoriser le recours aux modes amiables de règlement des litiges en cours d'instance ³⁵⁹ « *sans encombrer inutilement la juridiction saisie d'affaires en cours de pourparlers* » ³⁶⁰ . Cette mesure remplace l'ancienne *radiation conventionnelle*, pratique judiciaire validée par la

Cour de cassation dans un arrêt rendu en Assemblée plénière le 24 novembre 1989 ³⁶¹, dont l'inconvénient était d'ajouter, à côté de la radiation « *mesure de sanction* » ³⁶², une nouvelle forme de radiation qui, tout en emportant les mêmes effets que la précédente, s'en distinguait néanmoins sensiblement puisqu'elle était fondée sur un accord des parties et s'imposait au juge ³⁶³. C'est donc pour mettre un terme à cette dénaturation et ainsi redonner à la mesure de radiation son caractère exclusivement « *sanctionnateur* » ³⁶⁴ qu'a été institutionnalisée cette pratique sous le nom plus évocateur de retrait du rôle.

84 La demande de retrait du rôle lie en principe le juge. Cependant, pour éviter que des retraits de complaisance ne soient sollicités au profit des auxiliaires de justice et s'assurer que ne seront effectivement évacuées du rôle des affaires en cours que celles qui font l'objet de véritables pourparlers en vue d'une solution amiable, il a été décidé que les parties devraient motiver leur demande ³⁶⁵ (NCPC, art. 382).

85 **73.Rapports entre l'instance suspendue et la conciliation menée en parallèle** – La question qui se pose est donc de savoir si après suspension de l'instance consécutivement à un retrait du rôle, la conciliation menée à cette occasion l'est encore *dans le cadre d'une instance judiciaire* ? Une jurisprudence constante, propre à la radiation mais parfaitement transposable au retrait du rôle, affirme qu'une telle mesure laisse persister l'instance ³⁶⁶ : « *Le lien d'instance est maintenu, comme pour le sursis à statuer, puisque l'instance n'est que suspendue* » ³⁶⁷. La doctrine va d'ailleurs en ce sens ³⁶⁸. Il s'ensuit que les actes de procédure réalisés par le juge ³⁶⁹ ou les parties pendant la période de suspension restent valables. C'est ainsi que la démission d'un avocat réalisée pendant une période de radiation a été considérée comme produisant son effet normal

d'interruption de l'instance ³⁷⁰ ou encore, que les actes interruptifs de péremption – dont le délai, rappelons-le, n'est pas interrompu par la suspension de l'instance – accomplis par les parties produisent également leur plein effet ³⁷¹ .

86 On en déduit que si les actes des parties accomplis ou non pendant une période de suspension de l'instance peuvent avoir des répercussions directes sur le cours de celle-ci - en entraînant son extinction, son interruption ou bien au contraire en assurant son maintien – alors, une conciliation menée pendant la même période doit pouvoir être assimilée à une conciliation menée à l'occasion d'une instance judiciaire. Du succès ou de l'échec de la conciliation dépendra en effet le sort de l'instance suspendue : soit son extinction dans le premier cas ³⁷² , soit son rétablissement dans le second cas. Une telle conciliation peut également avoir des répercussions sur l'étendue de la saisine du juge en cas de conciliation partielle, si les parties, au moment du rétablissement de l'instance, décident de soumettre leurs points d'accord à l'homologation du juge et de limiter en conséquence la teneur de leurs prétentions aux seuls points de désaccord persistants ³⁷³ .

87 **74.Conclusion** – Une conciliation menée *en marge* de l'instance contentieuse en raison d'une suspension de cette dernière par retrait du rôle reste néanmoins une conciliation menée à l'occasion d'une instance judiciaire et de ce fait, devrait pouvoir bénéficier de la qualification de conciliation *judiciaire*.

88 Cet élément – l'existence d'une instance – bien que nécessaire pour pouvoir emporter qualification de la procédure de conciliation de *conciliation judiciaire*, n'est cependant pas à lui seul suffisant. En effet, si l'on prend l'exemple de parties qui, en cours d'instance, parviennent à se concilier d'elles-mêmes (NCPC, art. 127), mais à l'insu du juge qu'elles décident de ne pas informer de leur accord

mais seulement de leur volonté de se désister ou d'acquiescer (NCPC, art. 384) : peut-on considérer que leur conciliation est *judiciaire* du seul fait qu'elle est intervenue en cours d'instance ? Dans cet exemple, l'initiative de la procédure amiable a résulté de la seule volonté des parties, tout comme la détermination de ses modalités de mise en œuvre, de déroulement ainsi que la consécration de l'accord en résultant. Tous ces éléments, caractéristiques de la conciliation extrajudiciaire consensuelle ³⁷⁴, ont échappé à la connaissance du juge et, par-là, à son contrôle. Ce dernier n'a eu connaissance que de l'intention des parties de mettre fin à l'instance, en a pris acte et a prononcé son dessaisissement (NCPC, art. 385), sans en connaître la véritable cause.

- 89 Aussi, le simple fait que la conciliation soit intervenue dans le cadre d'une instance judiciaire n'a, à lui seul, pas d'incidence véritable sur la nature de la conciliation ³⁷⁵. Il importe en effet que s'y ajoute *un autre élément*, déterminant, indispensable pour caractériser tout mode de conciliation *judiciaire* et étroitement lié au critère précédent : il s'agit de *l'intervention du juge* à un moment ou à un autre du déroulement de la conciliation, qui rende compte de son *égide* sur la procédure amiable.

b) L'égide du juge

- 90 **75. Manifestations de l'égide du juge** - La conciliation judiciaire ne saurait être réduite à une conciliation mise en œuvre dans le cadre d'une instance judiciaire : encore faut-il que son déroulement s'effectue *sous l'égide du juge*. Cette égide ne doit pas être purement théorique mais se manifester par l'accomplissement d'actes judiciaires positifs - ordonnances, jugements, mesures d'administration judiciaire etc. - destinés à promouvoir, ordonner, contrôler la conciliation, voire simplement à la constater.

Schématiquement, on observe que l'égide du juge peut consister, soit en *l'exercice d'une tutelle* ³⁷⁶ sur la procédure de conciliation, soit en *le constat de l'accord* des parties résultant de la conciliation, afin d'en tirer les conséquences sur le plan judiciaire.

91 **76.I. Tutelle du juge** - L'égide du juge peut tout d'abord prendre la forme de l'exercice d'une tutelle sur la procédure de conciliation. Cette tutelle est une manifestation du pouvoir général d'appréciation ³⁷⁷ conféré au juge par le législateur. En effet, la volonté du législateur d'encadrer le déroulement de la conciliation par des dispositions réglementaires détaillées, en vue de protéger les intérêts des parties comme d'assurer le bon fonctionnement du service public de la justice, ne lui a pas fait perdre de vue la nécessité de laisser au juge « *toute latitude quant à décider de la meilleure manière de parvenir à concilier les parties* » ³⁷⁸ . Ainsi, de nombreuses libertés lui sont offertes qui supposent nécessairement que le juge prenne part personnellement à la procédure de conciliation, à un moment ou à un autre de son déroulement.

92 **77.Modalités d'exercice de la tutelle du juge** – Ainsi, il y aura bien évidemment tutelle du juge sur la procédure de conciliation si ce dernier est directement à l'origine de la procédure amiable parce qu'il en a pris l'initiative, mais également si, au cours d'une procédure de conciliation engagée spontanément par les parties en cours d'instance, celles-ci lui demandent d'intervenir. Dans ces deux cas de figure, le juge participe activement aux procédures de conciliation ; il en est en quelque sorte le « maître d'œuvre » ³⁷⁹ ; il y joue le rôle de *juge-conciliateur*. Mais le juge peut également être amené à exercer sa tutelle alors même que ce n'est pas lui qui mène la procédure de conciliation, mais un tiers qu'il a désigné à cette fin sur accord des parties. Dans ce cas, le juge est moins un acteur à part entière de la conciliation que son superviseur, garant de sa

conformité avec les exigences du service public de la justice et plus largement encore, avec les principes fondamentaux d'une bonne justice. Parce que le juge confie l'exercice de *sa propre* mission de conciliation à un tiers, il lui appartient d'exercer un regard aigu sur la manière dont ce dernier s'acquitte de sa tâche ³⁸⁰. Il joue alors le rôle de « *juge-contrôleur* » ³⁸¹ ou bien de *juge-superviseur*.

93 **78.Fondements de la tutelle du juge** - Cet interventionnisme du juge, indépendamment de la forme qu'il prend – participation active à la recherche d'une solution amiable ou bien contrôle étroit de l'activité du tiers qu'il s'est substitué pour accomplir cette tâche – apparaît alors tout à la fois comme une application de l'article 21 du nouveau code de procédure civile qui donne pour mission générale au juge de tenter de concilier les parties, que comme une application du principe directeur inscrit à l'article 3 du même code en vertu duquel « *Le juge veille au bon déroulement de l'instance* ». Si le procès est la chose des parties, il est aussi un service public dont il appartient au juge d'assurer le bon fonctionnement en vue de parvenir à une solution la plus juste possible.

94 A cette fin, les pouvoirs du juge ont été régulièrement renforcés de manière à faire de lui un « *élément objectif régulateur* » nous dit Motulsky ³⁸², en d'autres termes, un personnage « *destiné à contrôler et non pas à se substituer à l'initiative privée dans le déroulement de l'instance* » ³⁸³. Ainsi, s'il est autorisé, de manière abstraite et générale, à « *impartir les délais et ordonner les mesures nécessaires* » (NCPC, art. 3), on observe que dans le cadre particulier des procédures de conciliation et de médiation judiciaires, ce sont des champs d'intervention beaucoup plus précis qui lui sont reconnus, qui font état de sa tutelle et caractérisent ainsi la nature *judiciaire* des procédures envisagées.

- 95 Voyons concrètement en quoi consiste l'exercice de cette tutelle. Pour ce faire, nous distinguerons selon que le juge intervient de sa propre initiative – *tutelle spontanée* ; à la demande des parties – *tutelle provoquée* ; ou bien encore en application de dispositions législatives ou réglementaires impératives qui prévoient la mise en œuvre de procédures de conciliation – *tutelle imposée*.
- 96 **79.Tutelle spontanée** - Tout juge, saisi d'un litige, peut proposer d'office aux parties la mise en œuvre d'une procédure de conciliation ou de médiation judiciaire, à tout moment, dès qu'il l'estime opportun ³⁸⁴ (NCPC, art. 21, 127 s. et 131-1 s.). A cette fin, il peut leur proposer soit son concours personnel – et dans ce cas il s'agira d'une conciliation ³⁸⁵ ; soit celui d'un tiers ³⁸⁶ – et dans ce cas il s'agira d'une médiation ³⁸⁷ . En fonction du choix des parties, le juge sera alors amené à se convertir respectivement soit en juge-conciliateur, soit en juge-superviseur. Dans l'un ou l'autre cas, sa tutelle sur la procédure de conciliation ne se manifesterait pas de la même manière.
- 97 **80.Tutelle du juge-conciliateur** - Lorsque c'est le juge en personne qui procède à la conciliation, l'existence d'une tutelle de ce dernier sur la procédure de conciliation ne fait aucun doute puisque ce dernier en est véritablement le maître d'œuvre, du début à la fin. Maître de l'opportunité ³⁸⁸ de la conciliation, de sa faisabilité ³⁸⁹ , maître du lieu et du moment auxquels il y a lieu de la proposer ³⁹⁰ , maître de ses modalités de mise en œuvre ³⁹¹ ainsi que de sa durée ³⁹² , le juge occupe une place à ce point centrale dans la procédure que sa tutelle est omniprésente.
- 98 Cette liberté de choix a été voulue par le législateur qui s'est montré discret dans la réglementation des procédures de conciliation judiciaires confiées au juge. Du point de vue de l'office du juge, cette liberté se traduit par une diminution de ses devoirs traditionnels,

notamment en ce qui concerne le respect des règles de forme comme de fond ³⁹³. Néanmoins, cet affranchissement reste circonscrit : ainsi, le juge est-il toujours tenu de respecter et de faire respecter la plupart des principes fondamentaux d'une bonne justice, dont en particulier, les principes de loyauté, de célérité, de confidentialité, d'impartialité etc. ³⁹⁴ A cette fin, il dispose d'importants pouvoirs, dont le plus marquant est peut-être la faculté de mettre fin d'office à la procédure de conciliation s'il estime son bon déroulement compromis du fait, précisément, de la violation par une partie de l'un de ces principes. De ce point de vue, on peut considérer que la tutelle du juge sur la procédure de conciliation consiste alors en l'exercice d'un contrôle, si ce n'est d'une censure ³⁹⁵. Cette activité de contrôle, voire de censure, que l'on trouve chez le juge-conciliateur, est peut-être celle qui caractérise plus encore la tutelle du juge-superviseur.

99 **81.Tutelle du juge-superviseur** - Lorsque le juge décide de confier sa propre mission de conciliation à un tiers ³⁹⁶, peut se poser la question de la persistance de l'existence d'une tutelle judiciaire sur la procédure, puisqu'il y a, en quelque sorte, *délégation*. Pour tenter d'éclaircir ce point, précisons au préalable l'ampleur et l'objet d'une telle délégation.

100 **82.Portée de la délégation de la mission de conciliation à un tiers** – Depuis la loi du 8 février 1995, le juge saisi d'un litige est autorisé à désigner un tiers, si les parties l'acceptent ³⁹⁷, afin que ce dernier, se substituant au juge, tente de les amener à un accord. La conciliation se change alors en médiation judiciaire. Cette faculté donnée au juge peut s'analyser en une autorisation législative de déléguer l'exercice de sa mission générale de conciliation ³⁹⁸ à un tiers. De fait, il ne faut pas y voir une autorisation faite au juge de déléguer une partie de son office ³⁹⁹ : « *La médiation judiciaire n'est*

pas une désertion du juge masquant une délégation de son office » 400 . En réalité, la médiation judiciaire doit plutôt être perçue comme une modalité particulière d'exercice ou d'application de la mission de conciliation que l'article 21 du nouveau code de procédure civile met à la charge du juge et que la loi du 8 février 1995 n'entend aucunement remettre en cause. Preuve en est que dès avant la loi de 1995, certains magistrats avaient déjà recours à l'article 21 pour désigner des médiateurs 401 .

101 **83. Incidences de la délégation sur la tutelle du juge-superviseur –**

Mais surtout, toute idée de délégation de l'office du juge doit être écartée à partir du moment où l'on observe que malgré la désignation d'un tiers, le juge ne perd jamais la maîtrise de la procédure et surtout, exerce un contrôle permanent sur son déroulement. Plus encore, c'est précisément parce qu'il confie sa *propre* mission de conciliation à un auxiliaire qu'il est fondé à en conditionner l'exercice par le respect de diverses obligations, ainsi qu'à exercer un contrôle aigu sur la manière dont ce dernier s'acquitte de sa tâche. La tutelle de ce juge-superviseur se manifeste donc tout à la fois par l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire quant à la détermination d'une grande partie des modalités d'exécution de la procédure de médiation qui s'imposeront alors au tiers et aux parties, ainsi que par l'exercice d'un contrôle étroit, tant sur l'activité du tiers que sur celle des parties.

102 A lire les dispositions du nouveau code de procédure civile consacrées à la médiation 402 , on observe en effet que c'est encore le juge qui détermine les modalités de déroulement de la médiation – même si en pratique c'est souvent en concertation avec les parties – et que ses décisions ne sont pas susceptibles de recours. Ainsi, c'est le juge qui décide, seul, de l'opportunité de désigner un auxiliaire ; qui lui précise le contenu de sa mission ainsi que sa durée 403 ; qui

règle les éventuelles difficultés qui naîtraient à l'occasion de la procédure amiable ; qui peut d'office décider de mettre fin à la médiation ⁴⁰⁴ s'il en estime le bon déroulement compromis. L'existence et, dans une certaine mesure, le sort de la médiation judiciaire restent donc entre les mains du juge, malgré la délégation. Le juge a, en quelque sorte, droit de vie et de mort sur la conciliation ou la médiation judiciaire déléguée.

- ¹⁰³ C'est donc à une activité de contrôle et, le cas échéant, de censure à laquelle le juge-superviseur doit se prêter et qui porte non plus seulement sur les actes des parties mais également sur ceux du tiers. Le juge doit être en mesure d'assurer que l'auxiliaire qu'il s'est substitué est non seulement apte et compétent pour rapprocher les parties en vue d'une solution amiable, mais encore, qu'il est impartial, indépendant, expérimenté et qu'il respectera scrupuleusement le devoir de confidentialité qui couvre toute procédure de conciliation et de médiation. Ces garanties sont en effet le minimum que des parties sont autorisées à attendre du juge lorsqu'elles acceptent, d'une part de substituer au règlement juridictionnel de leur litige un mode de règlement amiable et, d'autre part, d'en confier l'exercice à un tiers, qui n'est pas le juge.
- ¹⁰⁴ On en conclut que la délégation par le juge de l'exercice de sa mission de conciliation à un tiers, loin d'empêcher le maintien d'une tutelle judiciaire sur le déroulement de la procédure de conciliation, la légitime au contraire plus que jamais.
- ¹⁰⁵ Qu'en est-il lorsque la mise en œuvre de la procédure de conciliation n'est plus le fait du juge, mais celui des parties ?
- ¹⁰⁶ **84. Tutelle provoquée** – Le fait que ce soient les parties qui demandent au juge d'intervenir aux fins de les concilier est-il susceptible de modifier l'ampleur de la tutelle que ce dernier exerce

normalement sur toute procédure de conciliation qu'il prend en charge spontanément ?

107 Les hypothèses où le juge peut être amené à intervenir aux fins de conciliation à la demande des parties, sont multiples : la demande de conciliation peut être formulée soit de manière exclusive ⁴⁰⁵, soit de manière supplétive ⁴⁰⁶. Comme précédemment, le juge a alors le choix entre procéder personnellement à la conciliation – il devient *juge-conciliateur* – ou bien en confier l'exercice à un tiers, si les parties l'acceptent – il devient *juge-superviseur* de la procédure amiable. Le fait que ce soient les parties qui ont pris l'initiative de la conciliation pourrait laisser supposer que pendant le déroulement de la procédure amiable, elles disposent d'une plus grande liberté d'initiative et que corrélativement, il y a une diminution de la tutelle judiciaire. Née du consentement et de l'initiative des parties, la conciliation en question peut sembler « *plus* » conventionnelle que celle qui résulte de l'initiative du juge ⁴⁰⁷. C'est de leur volonté spontanée qu'est née la conciliation et non pas de leur volonté provoquée ou simple assentiment ⁴⁰⁸.

108 En vérité, il n'en est rien. Le contexte judiciaire dans lequel intervient la conciliation, associé à la sollicitation du juge empêche les parties de pouvoir disposer de toute la liberté qu'elles auraient eue si la conciliation avait été menée en dehors de toute instance judiciaire. Les impératifs du service public de la justice, les règles d'ordre public processuel, les principes fondamentaux d'une bonne justice s'imposent aux parties dès lors qu'elles font appel au juge ⁴⁰⁹, même si c'est aux seules fins de conciliation. Il s'ensuit que la tutelle du juge se manifestera de la même manière et aux mêmes stades de la procédure amiable que si l'initiative de la conciliation avait été l'œuvre du juge et ce, indépendamment du fait que ce dernier a été sollicité en tant que juge-conciliateur ou bien en tant

que juge-superviseur. Pour cette raison, nous renvoyons aux développements précédents relatifs à la même question.

109 Pour terminer, envisageons l'hypothèse où l'intervention du juge aux fins de conciliation est prévue de manière impérative par les textes.

110 **85. Tutelle imposée** ⁴¹⁰ - Le juge peut enfin être chargé de tenter de rapprocher les parties parce que les textes lui en font l'obligation. C'est le cas notamment devant le tribunal d'instance, chaque fois que les parties introduisent l'instance selon la procédure de l'assignation à toutes fins, de la requête conjointe, de la présentation volontaire ou de la déclaration au greffe ⁴¹¹. C'est encore le cas pour toute demande portée devant le conseil des prud'hommes ⁴¹² ou le tribunal paritaire de baux ruraux ⁴¹³, devant le juge de proximité ⁴¹⁴, en matière de divorce pour faute ou pour rupture de la vie commune ⁴¹⁵ ou encore en matière de saisie des rémunérations ⁴¹⁶. Ces préalables de conciliation sont prévus par les textes de manière obligatoire et tous intégrés à l'instance contentieuse dont ils constituent une phase préalable, une première étape, un passage obligé ⁴¹⁷. Ils sont en principe l'œuvre directe du juge chargé personnellement – seul ou en formation collégiale – de mener la conciliation. Mais, depuis le décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 ⁴¹⁸, pour le juge d'instance et, depuis la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002, pour le juge de proximité, ceux-ci se sont vu reconnaître la possibilité de proposer aux parties qui les saisissent la désignation d'un conciliateur de justice chargé, à leur place, de tenter de les rapprocher.

111 **86. Portée de la tutelle imposée** - On pourrait penser que parce que la procédure de conciliation préalable est impérativement prévue par les textes et mise à la charge du juge, elle s'accompagne nécessairement d'une tutelle de ce dernier particulièrement

soutenue, consécutive à une intervention active du juge dans la recherche d'une solution amiable. On observe au contraire que les textes consacrés à ces divers préalables de conciliation obligatoires sont plutôt évasifs, autrement dit, qu'ils laissent une grande latitude au juge pour mener à bien sa mission de conciliation ⁴¹⁹. Cette liberté du juge est la même que celle dont nous avons fait état à propos des procédures de conciliation possibles à tout moment de l'instance, sur initiative du juge ou des parties (NCPC, art. 127 et s.). Elle fait du juge le maître d'œuvre de toute la procédure amiable, même si ses choix quant aux modalités de déroulement de la conciliation sont le plus souvent faits en concertation avec les parties. Enfin, parce que les préalables de conciliation obligatoires font partie intégrante de l'instance judiciaire, ils font également l'objet d'un contrôle du juge en application de l'article 3 du nouveau code de procédure civile, qui porte plus particulièrement sur le respect par les parties de la plupart des principes fondamentaux d'une bonne justice. La tutelle du juge est donc omniprésente, que celui-ci se transforme en juge-conciliateur, comme le lui impartit la loi, ou bien qu'il se préfère en juge-superviseur et délègue sa mission de conciliation préalable à un tiers. Mais la tutelle du juge n'est pas plus intense ni plus soutenue qu'à l'occasion des procédures de conciliation facultatives.

- ¹¹² **87. Conclusion** – En conclusion, on retiendra que chaque fois que le juge organise -de sa propre initiative, à la demande des parties ou parce que les textes lui en font l'obligation – une conciliation en cours d'instance judiciaire, il exerce une tutelle sur cette procédure, tout au long de son déroulement. Cette tutelle, qui va de soi lorsque c'est le juge en personne qui mène la conciliation, persiste lorsque, sur acceptation des parties, il délègue cette mission à un tiers. En effet, la délégation de la conciliation à un tiers n'est qu'une

délégation *d'exercice* qui ne dessaisit pas le juge mais bien au contraire, l'astreint à un contrôle poussé de l'activité de ce tiers, autrement dit à de nouveaux devoirs et de nouveaux pouvoirs. Sans aller jusqu'à dire que cette délégation est créatrice d'un *nouvel* office pour le j nous pouvons néanmoins affirmer qu'elle procède à tout le moins à un *aménagement* de son office traditionnel. Or, c'est précisément l'existence de cet office du juge sur la procédure de conciliation qui nous autorise à qualifier cette dernière de *judiciaire*.

113 Peut-on encore parler de conciliation *judiciaire* lorsque le juge n'intervient pas en tant que tuteur de la procédure de conciliation, mais seulement à l'issue de celle-ci, constater l'accord des parties en résultant et d'en tirer les conséquences sur le cours de l'instance ? Que reste-t-il de l'égide du juge lorsque la procédure de conciliation, en tant que telle, a échappé au contrôle de ce dernier et que le juge n'est informé que de l'accord qui en est issu ?

114 **88. II. Le constat judiciaire de l'accord de conciliation ou de médiation** - L'intervention du juge, à l'issue d'une conciliation menée en cours d'instance ⁴²⁰, visant à constater l'accord des parties qui en est résulté, peut-elle déterminer la nature judiciaire de la procédure ? Autrement dit, la constatation judiciaire de l'accord de conciliation peut-elle avoir une incidence sur la nature de la procédure amiable qui a précédé cet accord et dont il résulte ?

115 **89. Pouvoir ou devoir du juge de constater l'accord de conciliation ?** – Les textes relatifs à la constatation judiciaire des accords de conciliation ou de médiation par le juge ⁴²¹ donnent le sentiment que cette activité consiste moins en un *pouvoir* reconnu au juge qu'en un *devoir* mis à sa charge. Ce sentiment provient de l'emploi quasi systématique du présent de l'indicatif -assimilable à un impératif - pour indiquer que le juge « *constate* » la conciliation des parties, au lieu du recours à une expression plus souple telle que : le juge « *peut*

constater ». Cette dernière expression aurait le mérite d'octroyer clairement un pouvoir d'appréciation au juge, autrement dit, un pouvoir de contrôle sur l'acte qui lui est soumis et, le cas échéant, un droit de refus de constater l'accord des parties s'il l'estime non conforme à certaines dispositions légales impératives. Au contraire, l'emploi du présent de l'indicatif semble lui retirer toute liberté en la matière et faire de la constatation judiciaire de l'accord de conciliation un acte purement automatique, voire systématique. En vérité, trois considérations empêchent de soutenir que le juge est tenu de constater l'accord des parties ⁴²² chaque fois qu'il est informé de ce que les parties se sont conciliées en cours d'instance et *a fortiori*, chaque fois que celles-ci lui en font expressément la requête.

- 116 **90. Rejet du caractère systématique du constat judiciaire de l'accord de conciliation** - La première est qu'affirmer que toute conciliation se termine *nécessairement* par un constat de l'accord en résultant, chaque fois que le juge en a connaissance, constitue une atteinte au principe de la liberté contractuelle des parties ⁴²³. Une telle issue priverait les parties de la possibilité de choisir la forme qu'elles entendent conférer à leur accord de conciliation, en se voyant imposer la forme authentique assortie de la force exécutoire. La deuxième est que cette interprétation est en contradiction avec les termes des articles 131-12 et 832-8 du nouveau code de procédure civile qui disposent que les parties *peuvent* demander au juge d'homologuer leur accord après une procédure réussie de conciliation ou de médiation judiciaire. L'homologation de l'accord par le juge serait donc purement facultative, tandis que sa constatation judiciaire serait systématique... Une telle différence de régime entre constatation et homologation ne serait concevable que si ces deux procédures supposaient une activité et un contrôle

judiciaires distincts, ce que nous ne pensons pas ⁴²⁴ . Enfin, la troisième considération incitant au rejet de toute automaticité de la constatation judiciaire de l'accord de conciliation est que si toute demande des parties tendant à ce que le juge constate leur accord de conciliation lie ce dernier et le contraint à y apposer la formule exécutoire, cela revient à priver le juge de tout pouvoir de contrôle sur le contenu de l'acte qui lui est soumis. C'est autrement dire que le rôle du juge saisi d'une demande de constatation judiciaire d'un accord de conciliation serait réduit à celui d'un simple automate qui confère systématiquement la force exécutoire aux actes qui lui sont soumis indépendamment de leur contenu. Une telle affirmation n'est pas admissible car ce serait prendre le risque de laisser le juge conférer force exécutoire à des accords éventuellement contraires à l'ordre public ou bien manifestement inéquitable pour l'un des contractants.

- 117 **91. *Le constat judiciaire de l'accord des parties : issue normale de toute conciliation réussie*** - Nous en déduisons donc que si les textes relatifs à la constatation judiciaire des accords de conciliation sont particulièrement directifs et semblent ne laisser aucune marge de manœuvre au juge, ni quant à la décision de constater ou de ne pas constater l'accord des parties, ni quant à l'exercice d'un éventuel contrôle sur ce dernier, c'est probablement parce que le législateur a voulu ériger la constatation judiciaire des accords de conciliation en une règle de principe à laquelle le juge ne devrait pouvoir déroger que de manière exceptionnelle ⁴²⁵ . Cette volonté participe de celle plus générale qui consiste à vouloir favoriser et rendre attractive la conciliation judiciaire, notamment en assurant aux parties qu'elles pourront bénéficier, si elles parviennent à un accord, d'une solution dotée de la force exécutoire. La constatation judiciaire des accords de conciliation est donc montrée comme devant être l'issue normale

de toute conciliation réussie. Cependant, les exigences de sécurité juridique nécessitent que le juge dispose d'un certain pouvoir de contrôle sur l'acte qui lui est soumis, même s'il s'agit d'un contrôle minimum ⁴²⁶, ce pouvoir devant notamment lui permettre, dans certains cas précis, de refuser de constater l'accord des parties.

118 **92. Incidences du constat judiciaire de l'accord des parties sur le cours de l'instance** – Sans, pour l'instant, examiner en détail l'activité du juge lorsqu'il procède au constat de l'accord des parties ⁴²⁷, précisons cependant que celle-ci emporte non seulement des effets sur l'acte des parties mais encore, sur le cours de l'instance. Au regard de l'accord des parties, tout d'abord, on observe que sans modifier la nature conventionnelle de celui-ci ⁴²⁸, l'intervention du juge va néanmoins renforcer son autorité en l'authentifiant ⁴²⁹ et en lui conférant la force exécutoire ⁴³⁰ (NCPC, art. 131 et 384 al. 3) mais surtout, le transformer en contrat judiciaire. Le propre du contrat judiciaire est qu'il consiste en un acte hybride ⁴³¹ qui associe, à l'acte conventionnel des parties, un acte du juge ⁴³². Il y a juxtaposition des deux actes juridiques et non pas substitution de l'un par l'autre. Au-delà, c'est sur le cours de l'instance judiciaire que la constatation de l'accord de conciliation par ons. Ainsi, si l'accord porte sur l'entier litige, sa constatation s'accompagnera d'une décision de dessaisissement (NCPC, art. 384 al. 2) par laquelle le juge constate l'extinction de l'instance accessoirement à l'action. Si par contre, l'accord n'est que partiel, autrement dit, s'il ne porte que sur certains points litigieux, alors l'instance suivra son cours mais l'objet du litige devra être modifié en considération de ce que le juge aura constaté. Le juge devra en quelque sorte rendre une décision de dessaisissement partiel pour ne rester saisi que des points litigieux n'ayant pas fait l'objet de la conciliation et ce faisant, permettre à l'accord des parties de produire pleinement ses effets.

119 **93. Conclusion** - La constatation par le juge d'un accord de conciliation *intervenue en cours d'instance* a donc une incidence directe sur le cours de celle-ci et, par-là, sur l'office du juge à l'égard du litige qui lui était initialement soumis. Quand bien même la conciliation ne s'est pas déroulée sous la *tutelle du juge*, le fait qu'elle aboutisse à un accord qui est *constaté par le juge* suffit pour que, de manière *rétroactive*, au regard des effets que cela emporte sur le cours de l'instance et sur l'office du juge, on puisse la considérer comme véritablement « *intégrée et insérée dans le processus judiciaire* »⁴³³ et que, de ce fait, ne puisse la qualifier de conciliation *judiciaire*.

120 On parvient donc à la conclusion que *l'égide du juge*, qui peut se manifester soit par l'exercice d'une tutelle tout au long de la procédure de conciliation, soit par la constatation de l'accord des parties en résultant, est indispensable pour emporter qualification de la conciliation en *conciliation judiciaire*. Mais encore faut-il, pour cela, au risque de se répéter, que la conciliation se soit effectivement déroulée *dans le cadre d'une instance judiciaire*, autrement dit, que la première des deux propriétés caractéristiques de la conciliation judiciaire dégagée plus haut soit également présente. L'égide du juge ne doit pas être envisagée en dehors du cadre de l'instance judiciaire : ces deux caractéristiques doivent être *cumulativement réunies*.

c) Deux propriétés cumulatives

121 **94. Position du problème** - Nous avons déjà souligné que le seul fait que la conciliation intervienne dans le cadre d'une instance judiciaire n'était pas suffisant à lui seul pour permettre la qualification de la procédure en conciliation *judiciaire*⁴³⁴. Mais l'inverse est également vrai : une conciliation menée sous l'égide du

juge en dehors de toute instance judiciaire, n'est pas une conciliation judiciaire.

122 **95. Autonomie de l'égide du juge par rapport à l'existence d'une instance judiciaire : la conciliation para-judiciaire** – A priori, l'idée qu'une conciliation puisse être menée sous l'égide du juge mais en dehors d'une instance judiciaire, peut surprendre. En principe, l'exercice de son office par le juge est étroitement lié à l'introduction d'une instance judiciaire ; elle résulte de la création du lien juridique d'instance. Pourtant, les exemples de conciliations qui, tout en étant non-judiciaires, bénéficient néanmoins d'une certaine forme de contrôle judiciaire, se multiplient, au point qu'elles ont donné naissance à une nouvelle famille de conciliation ⁴³⁵ : les conciliations para-judiciaires ⁴³⁶. La conciliation organisée par le décret du 20 mars 1978 modifié ⁴³⁷ et menée par des conciliateurs de justice est un exemple parmi d'autres de conciliation qui, bien que non-judiciaire et indépendante de toute instance judiciaire ⁴³⁸ (D. 1978, art. 1^{er}), fait l'objet d'une tutelle du juge. Dans ce cas particulier, la tutelle judiciaire ne portera pas directement sur la procédure de conciliation mais, de manière plus originale, pèsera sur la personne même du conciliateur de justice. En effet, non seulement la nomination, mais plus largement encore toute la carrière des conciliateurs de justice dépendent du pouvoir judiciaire, représenté par le premier président et le procureur général de la cour d'appel dans le ressort de laquelle l'auxiliaire de justice exerce ses fonctions, ainsi que du juge d'instance du tribunal auprès duquel le conciliateur est rattaché ⁴³⁹.

123 D'autres exemples de conciliation para-judiciaire font peut-être état d'une tutelle judiciaire plus significative : on pense notamment à la conciliation menée par les commissions d'examen des situations de surendettement des particuliers ⁴⁴⁰, qui bénéficie d'un contrôle

du juge de l'exécution particulièrement étendu puisqu'il peut être mis en œuvre à divers stades de la procédure amiable, voire déboucher sur des décisions impératives.

¹²⁴ Pour autant, parce que, précisément, la conciliation est menée en dehors de toute procédure judiciaire, on ne saurait parler de conciliation *judiciaire*. On préférera, comme le proposent certains auteurs ⁴⁴¹, qualifier cette procédure de conciliation *para* ⁴⁴² - *judiciaire*, autrement dit, qui a lieu à côté du judiciaire.

¹²⁵ **96.Conclusion** - On parvient donc à la conclusion que toute conciliation ou médiation *judiciaire* suppose nécessairement qu'elle a été mise en œuvre *dans le cadre d'une instance judiciaire* et qu'elle l'a été *sous l'égide du juge*. Ces deux propriétés *cumulatives* dégagées, nous pouvons alors proposer une définition de ces procédures.

2°. Définition

¹²⁶ En nous inspirant des propriétés caractéristiques de toute forme de conciliation judiciaire ainsi que des dispositions du nouveau code de procédure civile telles que modifiées par les récents décrets des 22 juillet 1996 ⁴⁴³ et 28 décembre 1998 ⁴⁴⁴, il nous est désormais possible de proposer une définition de la conciliation judiciaire et partant, de l'une de ses expressions : la médiation judiciaire.

¹²⁷ **97.Définition de la conciliation judiciaire** -La *conciliation judiciaire* peut être définie comme un mode conventionnel ou amiable de règlement des litiges intervenant dans le cadre d'une instance judiciaire et sous l'égide du juge, par lequel les parties, avec ou non l'aide du juge ou d'un conciliateur bénévole que l'autorité judiciaire désigne à cette fin et qui a leur confiance, tentent de rapprocher leurs points de vue respectifs afin de trouver une solution amiable au litige qui les oppose. Si les parties décident ou acceptent de faire

appel à un conciliateur, celui-ci doit faciliter la recherche d'une solution amiable.

128 Lorsque la conciliation judiciaire est menée par le juge ou les parties elles-mêmes, elle peut être tentée à tout moment de l'instance et devant toutes les juridictions de l'ordre judiciaire, de droit commun comme d'exception. En revanche, la délégation de la conciliation judiciaire à un tiers, possible seulement depuis la loi du 8 février 1995, est jusqu'à présent exclusivement limitée à la procédure devant le tribunal d'instance ⁴⁴⁵. En effet, alors même que les termes de la loi de 1995 sont très généraux et prévoient que la délégation de la mission de conciliation est possible pour toutes les "*tentatives préalables de conciliation prescrites par la loi, sauf en matière de divorce et de séparation de corps*" ⁴⁴⁶, les deux décrets d'application de la loi (n° 96-652 du 22 juillet 1996 et n° 98-1231 du 28 décembre 1998) ne l'ont effectivement organisée que devant le tribunal d'instance. C'est ainsi que le décret du 22 juillet 1996 n'a d'abord mis en œuvre cette procédure que dans le seul cadre étroit de la « tentative préalable de conciliation » des articles 830 à 835 du nouveau code de procédure civile ; puisque dernièrement, le décret du 28 décembre 1998 l'a étendu aux différents modes de saisine à toutes fins du tribunal d'instance prévus aux articles 836 à 847-3 du nouveau code de procédure civile et plus particulièrement aux articles 840, 847 et 847-3. Ainsi, la compétence « judiciaire » des conciliateurs de justice reste pour l'instant strictement limitée aux seules procédures engagées devant le tribunal d'instance ⁴⁴⁷.

129 **98. Définition de la médiation judiciaire** - La *médiation judiciaire* peut se définir comme un mode conventionnel ou amiable de règlement des litiges intervenant dans le cadre d'une instance judiciaire et sous l'égide du juge, par lequel ce dernier, saisi d'un litige et après avoir recueilli le consentement des parties, désigne un tiers chargé, sous

son contrôle et contre rémunération, de confronter les points de vue respectifs des parties et de les aider à trouver une solution pacifique au litige qui les oppose.

- 130 Un haut magistrat propose une autre définition de la médiation judiciaire, qui insiste plus sur le caractère autonome et alternatif de ce mode de règlement des litiges par rapport à la voie contentieuse, ainsi que sur son imbrication avec le processus judiciaire. Il définit la médiation judiciaire comme un « *mode processuel de règlement des litiges, parmi et à côté des autres voies procédurales, qui permet à un conflit engagé dans la voie du contentieux judiciaire, d'être réorienté vers un traitement consensuel sous l'égide du juge, pour la recherche d'une solution négociée du procès, acceptable et acceptée* » ⁴⁴⁸ .
- 131 On notera, à titre de comparaison entre ces deux définitions, que l'auteur emploie l'expression de *mode processuel*, qui met en évidence les liens étroits que la procédure de médiation judiciaire a avec le procès, tandis que nous lui préférons celle de *mode conventionnel* qui insiste sur l'importance du rôle de la volonté des parties tout au long de la procédure, quel que soit le cadre dans lequel elle est mise en œuvre.
- 132 La médiation judiciaire est consacrée dans un titre spécial du nouveau code de procédure civile, aux articles 131-1 et suivants. Elle peut être tentée devant toutes les juridictions de l'ordre judiciaire ⁴⁴⁹ et à tout moment de la procédure, dès lors que le juge est déjà saisi du litige aux fins de jugement, jugement qui se poursuivra si la tentative de médiation échoue.
- 133 Traditionnellement, la conciliation judiciaire est présentée comme l'une des deux familles de conciliation qui trouve sa place aux côtés de la conciliation extrajudiciaire dont elle se distinguerait trait pour trait. Une analyse plus fine a été proposée ⁴⁵⁰ qui consiste à envisager une troisième famille de conciliation, située à mi-chemin

entre les deux précédentes du fait qu'elle emprunte à chacune d'elles : il s'agit de la conciliation para-judiciaire.

C. La conciliation para-judiciaire

134 **99.Nécessité d'un lien avec le juge** - Il n'existe pas une seule mais plusieurs formes de conciliation para-judiciaire, dont le point commun est peut-être celui d'être « confiées à un tiers » ⁴⁵¹ en dehors de toute instance judiciaire, mais néanmoins, d'entretenir « avec la Justice, donc avec le juge, des liens de plus en plus étroits selon les textes en cause » ⁴⁵². Ce lien peut être organique, résulter du mode de nomination du conciliateur ou encore des modalités d'exercice de l'activité considérée ⁴⁵³. Il peut s'agir enfin d'un lien hiérarchique de recours devant le juge ⁴⁵⁴. Quelle que soit la nature de ce lien, il existe et caractérise la conciliation para-judiciaire ⁴⁵⁵. On peut y voir une forme d'égide du juge qui se manifeste de manière indirecte. Ce rattachement avec le monde judiciaire est le plus souvent prévu par les textes qui organisent ces procédures. On constate en effet – notamment en consultant la liste des procédures entrant dans cette nouvelle catégorie de conciliation ⁴⁵⁶, telle que proposée par ses fondateurs ⁴⁵⁷ – qu'il s'agit à chaque fois de conciliations institutionnelles ⁴⁵⁸ nées de lois et décrets.

135 **100.Autonomie de la procédure de conciliation vis à vis de toute instance judiciaire** - Mais un autre élément caractéristique de la conciliation para-judiciaire doit être mentionné, qui s'ajoute au précédent et cette fois-ci la rapproche plutôt de la conciliation extrajudiciaire : il s'agit de l'autonomie de la procédure de conciliation vis à vis de toute instance judiciaire. Si lien avec le monde judiciaire il y a, celui-ci ne saurait cependant résulter de l'existence d'une instance judiciaire : la conciliation doit être menée « en dehors de toute instance judiciaire » ⁴⁵⁹ de manière à ce que

l'échec ou le succès de la procédure n'ait aucune incidence sur le sort d'une instance en cours. Certes, rien n'empêche les parties en conciliation, à l'issue et en cas d'échec de la procédure amiable, de saisir les autorités judiciaires compétentes aux fins de jugement ; mais leur saisine doit être postérieure à l'échec de la conciliation.

136 **101. *Légitimité de cette troisième famille de conciliation*** - La création de cette troisième famille de conciliation présente l'avantage de pouvoir y faire entrer des formes particulières de conciliation qui n'avaient pas véritablement leur place dans l'une ou l'autre des deux familles traditionnelles de conciliation : l'extrajudiciaire ou la judiciaire.

137 **102 *La conciliation menée par un conciliateur de justice*** - Ainsi, nous avons déjà signalé que la conciliation menée par un conciliateur de justice en application des dispositions du décret n° 78-381 du 20 mars 1978 ne pouvait pas être qualifiée de conciliation *judiciaire* dans la mesure où la procédure était mise en œuvre « *en dehors de toute instance judiciaire* » (art. 1^{er}). Mais inversement, était-il vraiment convenable de la qualifier de conciliation *extrajudiciaire* ⁴⁶⁰ dès lors que le conciliateur de justice, comme son nouveau nom l'indique, a vu son activité de plus en plus étroitement associée à celle du monde judiciaire et du juge d'instance en particulier ⁴⁶¹ ? Située véritablement à mi-chemin entre la conciliation extrajudiciaire et la conciliation judiciaire, car elle emprunte aux deux catégories, l'activité des conciliateurs de justice est l'exemple type de conciliation que l'on peut qualifier de *para-judiciaire* : autrement dit, celle qui trouve sa place « à côté » du judiciaire car en liaison avec la Justice sans pour autant en faire partie intégrante.

138 **103. *La conciliation organisée devant les commissions de surendettement des particuliers*** - Dans le même sens, on peut également prendre l'exemple de la conciliation organisée devant les

commissions départementales d'examen des situations des personnes surendettées ⁴⁶². Mises en place par la loi n° 84-1010 du 31 décembre 1984, ces commissions sont chargées de traiter les situations de surendettement des personnes physiques qui les saisissent, caractérisées par « *l'impossibilité manifeste pour le débiteur de bonne foi de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles, exigibles et à échoir* » (C. cons., art. L. 331-2). La procédure à fin de conciliation organisée devant ces commissions a été entièrement réformée par la loi n° 95-125 du 8 février 1995 ⁴⁶³ et encore récemment modifiée par la loi sur la lutte contre les exclusions n° 98-657 du 29 juillet 1998 ⁴⁶⁴. La mission dévolue aux commissions est « *de concilier les parties en vue de l'élaboration d'un plan conventionnel de redressement approuvé par le débiteur et ses principaux créanciers* » (C. cons., art. L. 331-6). A cette fin, elles disposent d'un certain nombre de pouvoirs d'investigation destinés à leur permettre de dresser l'état d'endettement du débiteur (C. cons., art. L. 331-3). Elles peuvent aussi saisir le juge de l'exécution « *aux fins de suspension des procédures d'exécution diligentées contre le débiteur et portant sur les dettes autres qu'alimentaires* » (C. cons., art. L. 331-5). A défaut de conciliation, les commissions sont autorisées à recommander des mesures destinées au rééchelonnement ou au report du paiement des dettes du débiteur (C. cons., art. L. 331-7), à suspendre l'exigibilité de ses créances, voire à procéder à des remises totales ou partielles de dettes (C. cons., art. L. 331-7-1). Toutes les décisions prises par la commission peuvent être contestées devant le juge de l'exécution (C. cons., art. L. 331-3, 331-4, 3322) et inversement, la commission peut saisir ce dernier aux fins de faire conférer force exécutoire aux mesures qu'elle a recommandées (C. cons., art. L. 331-8). La caractéristique de cette procédure de conciliation est donc de prévoir de multiples

hypothèses de *saisine du juge de l'exécution* – par les parties comme par la commission - permettant de passer du mode amiable au mode juridictionnel chaque fois qu'une difficulté se présente.

139 Cette fois-ci, les liens entre la conciliation et le monde judiciaire ne procèdent pas du statut du tiers conciliateur mais de *passerelles* mises en place entre l'autorité judiciaire et la procédure conciliatoire. A ce propos, un auteur ⁴⁶⁵ dira que « *la procédure de traitement du surendettement des particuliers constitue un exemple de justice sans juge. Mais si celui-ci s'y révèle marginalisé, il n'en est pas exclu* » et de préciser qu'effectivement le juge est amené à y jouer un rôle « *d'auxiliaire* » ⁴⁶⁶, si ce n'est de « *censeur* » ⁴⁶⁷. Le lien avec le monde judiciaire est manifeste et empêche alors d'y voir un mode de conciliation *extrajudiciaire* ; mais l'absence d'incidence de la procédure de conciliation sur une instance judiciaire en cours empêche également de qualifier la conciliation de *judiciaire*. La vraie place de cette procédure se situe à mi-chemin entre les deux précédentes : pas totalement en dehors du système judiciaire, mais pas non plus totalement intégrée à celui-ci ; en un mot, la procédure de conciliation des commissions de surendettement des particuliers se situe « à côté » du judiciaire, aussi la qualifierons-nous de *conciliation para-judiciaire*.

140 **104. Tendance générale à la judiciarisation des modes amiables de règlement des conflits** - On observe à ce titre que de nombreuses procédures de conciliation, à l'origine purement extrajudiciaires, se transforment en procédures para-judiciaires par leur soumission progressive, via des réformes législatives, à des contrôles judiciaires de plus en plus fréquents, à différents stades de leur déroulement. Le législateur a donc conscience que le rattachement au monde judiciaire, quelles que soient la forme et l'ampleur qu'il prend, est indispensable pour assurer le respect des droits fondamentaux des

personnes ⁴⁶⁸. On assiste alors à l'avènement de procédures hybrides, qui tout en étant extrajudiciaires dans leur esprit, se judiciarisent, si ce n'est se juridictionnalisent dans leurs modalités de mise en œuvre, en vue d'offrir toujours plus de garanties aux personnes qui y ont recours ⁴⁶⁹.

¹⁴¹ **105. Proposition de définition** – Cette rapide présentation de la conciliation para-judiciaire, nous permet d'en proposer une définition.

¹⁴² La conciliation para-judiciaire, forme particulière de conciliation institutionnelle qui suppose nécessairement l'intervention d'un tiers spécialisé dans le règlement amiable des conflits, peut être définie comme un mode conventionnel ou amiable de règlement des litiges mis en œuvre en dehors de toute instance judiciaire mais qui bénéficie néanmoins d'une forme indirecte de tutelle judiciaire. Le caractère indirect de cette tutelle résulte, soit du fait qu'elle ne porte pas directement sur la procédure de conciliation mais plutôt sur l'institution chargée de la mettre en œuvre, soit de son caractère purement facultatif, le juge n'intervenant qu'à la demande des parties ou de l'institution conciliatrice.

¹⁴³ **106. Conclusion** – La conciliation para-judiciaire est une catégorie de conciliation destinée à accueillir toutes les formes de conciliation n'entrant dans aucune des deux autres familles de conciliation précédentes : la judiciaire ou l'extrajudiciaire. Elle a donc vocation à accueillir toutes les figures hybrides de modes amiables de règlement de conflits et spécialement, les modes extrajudiciaires qui se judiciarisent en organisant l'intervention du juge à un stade ou à un autre de leur déroulement.

¹⁴⁴ **107. Conclusion du Chapitre préliminaire** – Par cette étude préliminaire, nous avons souhaité donner un premier aperçu de ce que pouvait recouvrir la notion de conciliation et plus

particulièrement, à travers elle, celles de conciliation et de médiation judiciaires.

¹⁴⁵ **108.** Nous avons ainsi pu mettre en évidence que *la conciliation, notion générique*, vise à elle seule une multitude de procédures distinctes dont le seul dénominateur commun est peut-être d'avoir pour finalité de permettre à des parties de se rapprocher en vue de parvenir à un accord amiable qui mette fin à leur différend. Procédure polymorphe et pluridisciplinaire, la conciliation ne fait l'objet d'aucune définition légale alors même qu'une profusion de textes lui sont consacrés et lui confèrent, sous cette même dénomination, des modalités de mise en œuvre et des régimes juridiques très différents.

¹⁴⁶ Cette multiplicité de procédures diverses et variées, toutes issues du même concept, n'empêche pas de proposer une classification qui distingue trois familles de conciliations : les conciliations extrajudiciaires, les conciliations judiciaires et les conciliation parajudiciaires.

¹⁴⁷ **109.** *Les conciliations extrajudiciaires* se caractérisent par une absence de tout lien avec le monde judiciaire. Non seulement elles sont mises en œuvre en dehors de toute instance judiciaire, mais encore, supposent que leur initiative, leur déroulement, ainsi que l'exécution de l'accord en résultant échappe à tout contrôle du juge. Selon que les procédures de conciliation extrajudiciaires sont prévues et organisées par des dispositions impératives qui prévoient l'intervention d'organes chargés de mettre en œuvre ces procédures ou bien au contraire, échappent à toute réglementation, on parle de conciliation institutionnelle dans le premier cas ou bien de conciliation consensuelle dans le second.

¹⁴⁸ **110.** *Les conciliations judiciaires* s'opposent trait pour trait aux précédentes. Leur caractéristique est non seulement d'être mises en

œuvre dans le cadre d'une instance judiciaire mais qui plus est, sous l'égide du juge. L'égide du juge peut se manifester de diverses façons : le plus souvent elle prendra la forme d'un contrôle, d'une tutelle sur le déroulement de la procédure de conciliation. Mais l'égide du juge peut aussi être beaucoup plus tardive dans le processus de conciliation et se limiter au constat de l'accord en résultant. Dans ce dernier cas, on considère qu'il y a malgré tout conciliation *judiciaire* car le juge en tire les conséquences sur l'étendue de son office ainsi que sur le sort de l'instance pendante devant lui. Traditionnellement, les conciliations judiciaires ne pouvaient qu'être l'œuvre du juge ou bien des parties elles-mêmes. Mais depuis la loi n° 95-125 du 8 février 1995, il est désormais possible au juge de confier sa propre mission de conciliation à un tiers si les parties y consentent. La délégation de sa mission de conciliation à un tiers ne prive pas le juge du pouvoir, sinon du devoir d'en contrôler le bon déroulement. Bien au contraire, elle légitime un contrôle judiciaire particulièrement aigu de la manière dont le tiers s'acquitte de sa tâche. En effet, il importe que la désignation d'un tiers par le juge en vue de concilier les parties à sa place ne s'accompagne pas d'une diminution des garanties que toute procédure judiciaire offre normalement à ces dernières.

- 149 **111.** Enfin, les *conciliations para-judiciaires* visent les procédures n'entrant dans aucune des deux catégories précédentes. Il s'agit de procédures qui, tout en étant mises en œuvre en dehors de toute instance judiciaire, entretiennent malgré tout des liens plus ou moins étroits avec le monde judiciaire. Ces liens peuvent être de nature fonctionnelle ou organique ; ils peuvent encore résulter de la mise en place de voies de recours, de passerelles entre la voie amiable et la voie contentieuse. Cette dernière famille de conciliation nous semble destinée à un avenir prometteur car elle

offre à toute personne qui souhaite se concilier avec une autre tout à la fois les avantages de la voie extrajudiciaire (rapidité, formalisme réduit, quasi gratuité, écoute et disponibilité du tiers en charge de la conciliation etc.) et les garanties de la voie judiciaire (garanties d'une bonne justice assurées par l'existence d'un contrôle judiciaire sur la personne du tiers comme sur le déroulement de la procédure de conciliation).

150 Cette présentation générale des différentes familles de conciliation nous a permis de préciser quels étaient les critères distinctifs des procédures de conciliation et de médiation judiciaires par rapport aux autres formes de conciliation.

151 **112.** Désormais, notre ambition est d'insister sur le critère commun à chacune d'elles : leur nature *conventionnelle*. La conciliation et la médiation judiciaires ne sont pas seulement *judiciaires* ; elles sont avant tout des *contrats*. Cette affirmation, presque anodine si on l'applique aux modes amiables extrajudiciaires ou para-judiciaires de règlement des litiges, est en revanche plus lourde de conséquences lorsqu'elle intéresse des procédures judiciaires. En effet, le contexte judiciaire dans lequel évoluent les contrats de conciliation et de médiation judiciaires empêche de concéder aux parties la liberté contractuelle que suppose normalement tout contrat. Cette limitation de la liberté contractuelle des parties se manifeste principalement par le caractère prédéterminé du contenu des contrats de conciliation et de médiation judiciaires. Pour cette raison, nous considérons être en présence de **contrats dirigés**.

NOTES

126. Cette expression est empruntée à Ch. JARROSSON, Les frontières de l'arbitrage, Revue de l'arbitrage, 2001. 5 et s.

127. En ce sens, V. Ch. JARROSSON qui qualifie également la conciliation de notion générique : La transaction comme modèle, *in* Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends, *op. cit.*, p. 63 et suiv.

128. Précisons cependant que si l'on considère que la transaction est une forme particulière de conciliation, le Code civil en donne une définition à l'article 2044 ; Déploie également l'absence de définition légale de la conciliation : Ch. JARROSSON, La notion d'arbitrage, *th. préc.*, p. 176, n° 346 et p. 182, n° 362.

129. H. SOLUS et R. PERROT, Droit judiciaire privé, t. 3, Procédure de première instance, Sirey, 1991, n° 1179 : les auteurs définissent la conciliation survenue *en cours d'instance* comme le fait de parties qui « *parviennent à un accord pour régler à l'amiable tout ou partie du différend qui les oppose* » ; L. CADIET, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 387 : « *La conciliation est un mode amiable ou conventionnel de solution des litiges, y compris lorsqu'elle est réalisée au cours d'une instance déjà engagée. Elle est judiciaire dans ce dernier cas et extrajudiciaire dans les autres* ».

130. Dictionnaire de la langue française, Tome premier, Hachette et Cie, 1878, V° Conciliation et V° Concilier.

131. G. CORNU, Vocabulaire juridique, *op. cit.*, V° Conciliation.

132. Nous nous sommes essentiellement inspiré des dispositions du nouveau code de procédure civile relatives à la conciliation – sous sa forme de droit commun (art. 21 et 127 et s.) comme ses formes particulières (art. 131-1 et s., 830 et s., 840, 847, 847-3, 887, 1074, 1108 ...) – de celles du Code du travail (art. R. 516-10 et s. ; L. 523-1 et s.) ainsi que de quelques textes non codifiés, pour la plupart relatifs à des formes de conciliation non-judiciaires – soit qu'elles soient extrajudiciaires (par ex. L. n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs) soit qu'elles soient para-judiciaires (par ex. D. n° 78-381 du 20 mars 1978 mod. relatif aux conciliateurs de justice ; L. n° 89-1010 du 31 décembre 1989 mod. relative au traitement des situations de surendettement des particuliers).

133. V. également, G. CORNU, Vocabulaire juridique *préc.*, V° Conciliation : « *Accord par lequel deux personnes en litige mettent fin à celui-ci (soit par transaction, soit par abandon unilatéral ou réciproque de toute prétention), la solution du différend résultant non d'une décision de justice (ni même de celle d'un arbitre) mais de l'accord des parties elles-mêmes* » ; A.-J. ARNAUD, Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, 2^e éd., LGDJ, 1993, V° Alternatif [droit], Alternative [justice], p. 13.

134. V. *infra* n° 28 et s., spéc., n° 30.

135. V. *infra* n° 99 et s., spéc. n° 105.

136. V. *infra* n° 59 et s., spéc. n° 97.

137. Mais il est des cas où le tiers dispose du pouvoir, si ce n'est du devoir, d'adresser des propositions aux parties.

138. E. LITRE, dictionnaire de la langue française, *op. cit.*, V. Catalyse : « *Phénomène qui a lieu quand un corps met en jeu, par sa seule présence et sans y participer chimiquement, certaines affinités qui sans lui, resteraient inactives* » ; J.-P. BONNAFE-SCHMIDT, La médiation, une justice douce, Syros Alternative, 1992, p. 219 ; également L. CADIET, *Clauses relatives aux litiges*, J.-Cl. Contrats distribution, fasc. 190, n° 16.

139. P. ESTOUP, Conciliation judiciaire et extrajudiciaire..., art. préc., p. 288 ; Ch. JARROSSON, La notion d'arbitrage, *th. préc.*, p. 178, n° 352 ; Médiation et conciliation : définition et statut juridique, art. préc., p. 951 ; G. BOLARD, De la déception à l'espoir : la conciliation, mélanges P. HEBRAUD, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 47 et s. ; M. DARMON, La médiation conventionnelle, mode alternatif de règlement des litiges, JCP 1996. I. 3976 ; L. CADIET, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, n° 927 et suiv.

140. J. VINCENT, S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER et A. VARINARD, *Institutions judiciaires*, *op. cit.*, n° 35.

141. Ch. JARROSSON, La notion d'arbitrage, *th. préc.*, p. 182, n° 362.

142. J. VINCENT, S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER et A. VARINARD, *Institutions judiciaires*, *op. et loc cit.* : selon ces auteurs, la conciliation est extrajudiciaire lorsqu'elle ne présente pas « *d'autre lien avec le juge qu'un échec de la conciliation [...] qui conduira peut-être les parties à agir en justice* » ; V. également la définition « négative » donnée par Ch. JARROSSON, *th. préc.*, p. 182, n° 362 : la conciliation extrajudiciaire est celle « *qui se réalise en l'absence d'un juge ou en dehors de toute instance pendante devant un juge* ».

143. Cette distinction – et surtout l'emploi du qualificatif *ad hoc* – est directement inspirée de celle proposée par Ch. JARROSSON dans sa thèse, *préc.*, p. 182, n° 363 et s. Cette distinction se recoupe avec celle traditionnellement retenue en droit des obligations et qui oppose les contrats formels ou solennels aux contrats consensuels. V. par exemple sur cette question F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 7^e éd., Précis Dalloz, 1999, n° 121.

144. Par exemple, L. CADIET, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, n° 887 et s.

145. N. CAYROL, Les actes ayant pour objet l'action en justice, *th. préc.*, n° 327 et suiv.

146. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *préc.*, V° Consensuel, elle : « *En parlant d'un acte juridique, d'un contrat ou d'une convention, qui peut être conclu, au gré des intéressés, sous une forme quelconque (par opposition à solennel) et dont on dit qu'il résulte du seul échange des consentements (solo consensu), dès lors que les volontés se sont accordées d'une manière ou d'une autre, soit par écrit (acte sous seing privé, acte authentique), soit oralement, soit même tacitement* ».

147. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *préc.*, V° Ad hoc : « *Locution adjectivale ou adverbiale perpétuant l'expression latine ad hoc signifiant « pour cela », « à cet effet » [utilisée] pour caractériser une mission limitée dans son objet et liée à des circonstances particulières* » ; Expression empruntée à Ch. JARROSSON, La notion d'arbitrage, *th. préc.*, p. 182, n° 363 et s.

148. L. CADIET, Solution judiciaire et règlement amiable des litiges : de la contradiction à la conciliation, *in* Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du xx^e siècle, Mélanges Cl. CHAMPAUD, Dalloz, 1997, p. 123 et s., spéc. p. 134, n° 19.
149. Sur la multiplicité des règles de forme en droit des obligations et une proposition de classification, V. Ph. MALAURIE et L. AYNES, Droit civil, t.VI, Les obligations, 10^e éd°, 1999/2000, n° 440 et s. ; égal. F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, Les obligations, *op. cit.*, p. 127, n° 121.
150. L. CADIET, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 927.
151. F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, Les obligations, *op. cit.*, p. 127, n° 121.
152. Ch. JARROSSON, Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation, *in* Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels, PUAM, 1990, p. 141 et s., spéc. p. 143, n° 7 ; La notion d'arbitrage, th. préc., p. 176 et s., n° 347 et suiv., et spéc., p. 177, n° 348 ; G. CORNU, Vocabulaire juridique préc., V° Médiation : « *Mode de solution des conflits consistant, pour la personne choisie par les antagonistes (en raison le plus souvent de son autorité personnelle), à proposer à ceux-ci un projet de solution, sans se borner à s'efforcer de les rapprocher, à la différence de la conciliation, mais sans être investi du pouvoir de le leur imposer comme une décision juridictionnelle, à la différence de l'arbitrage et de la juridiction étatique. Plus vaguement, mission polymorphe (purement extrajudiciaire ou par côté judiciaire) et polyvalente qui interfère avec la conciliation dans l'exploration des voies d'apaisement des situations conflictuelles et la « quête d'une justice alternative » (CARBONNIER) »* ; V. également le numéro spécial des Petites affiches consacré à la médiation : La médiation en débat, réalisé par le Centre de recherche juridique POTHIER d'Orléans, sous la dir. de F. MONEGER, LPA 26 août 2002, n° 170.
153. A.-J. ARNAUD, Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, préc., p. 13.
154. Ch. JARROSSON, La notion d'arbitrage, th. préc., p. 177, n° 348 ; Les MARC : présentation générale, art. préc., p. 330, n° 16.
155. Un exemple concret illustre cette différence de degré dans l'implication du tiers : en matière de conflits collectifs du travail, où les deux institutions - commissions de conciliation et médiateur -peuvent intervenir, les textes confèrent expressément plus de pouvoirs au médiateur (C. trav., art. L. 524-1 et s.) qu'aux commissions de conciliation (C. trav., art. L. 5231 et s.) ; Ch. JARROSSON, Médiation et conciliation : définition et statut juridique, Gaz. Pal. 1996, doct. 951 ; V. égal. du même auteur, note s./ Paris, 28 mars 1991, Rev. arb.1991. 475 ; P. ESTOUP, le projet de réforme de la procédure civile, art. préc., p. 176 ; G. CORNU et J. FOYER, Procédure civile, *op. cit.*, p. 51 ; L. CADIET, Droit judiciaire privé, 1^{ère} éd., 1992, p. 404, n° 778 ; Pour une conception inversée des pouvoirs respectifs du médiateur et du conciliateur, V. B. OPPETIT, Théorie de l'arbitrage, Droit Ethique et Société, PUF, 1998, p. 35.

156. H. TOUZARD, Propositions visant à améliorer l'efficacité de la médiation dans les conflits du travail, *Dr. social*, 1977, p. 87, n° 4 ; V. également, A. LORIEUX, Place de la médiation dans le procès civil, *Gaz. Pal.* 1991, doct. 66 ; Ch. JARROSSON, Médiation et conciliation : définition et statut juridique, art. préc., p. 951 ; Ch. JARROSSON, note s./ Paris, 28 mars 1991, préc. ; G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, *op. et loc. cit.*
157. Ch. JARROSSON, Médiation et conciliation..., art. préc., p. 951 ; du même auteur, note s./ CA Paris, 28 mars 1991, préc. ; G. CORNU et J. FOYER, *op. cit.*
158. L. CADIET, Solution judiciaire et règlement amiable des litiges..., art. préc., p. 137, n° 24 et suiv.
159. Ch. JARROSSON, La notion d'arbitrage, th. préc., p. 183, n° 364.
160. Par exemple, le décret n° 78-381 du 20 mars 1978 relatif aux conciliateurs de justice.
161. Conciliation et médiation judiciaires, organisées par la loi n° 95-125 du 8 février 1995 sont ainsi des formes de conciliation *institutionnelle*, mais *judiciaires* ... si bien que nous nous y consacrerons ultérieurement, n° 59 et s., spéc. n° 97 et 98.
162. L'intervention systématique d'un tiers permet de s'interroger sur la pertinence de la dénomination de cette catégorie de conciliation, en *conciliation* institutionnelle. L'emploi de mot *médiation* eut été plus approprié...
163. Sauf bien évidemment à ce que ceux-ci soient supplétifs et autorisent expressément les parties à y déroger par convention.
164. Qui se substitue à l'ancienne procédure de conciliation facultative. Sur cette dernière : J. ROBERT, *L'arbitrage*, Dalloz, 6^e éd., 1993, p. 424, annexe 14 ; Sur le nouveau règlement entré en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2001 : E. JOLIVET, *Chronique de jurisprudence arbitrale de la chambre de commerce internationale (CCI) : arbitrage CCI et procédure A.D.R.*, *Gaz. Pal.* 2001, doct. 1783 et suiv. , spéc. 1789 ; JCP. G. 2002. I. 114, n° 20, obs. R. BEROUR.
165. Commission des Nations Unies pour le développement du commerce international.
166. J. ROBERT, *op. cit.*, p. 405, annexe 12.
167. J. ROBERT, *op. cit.*, p. 410, annexe 13.
168. Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements.
169. J. ROBERT, *op. cit.*, p. 373, annexe 10.
170. Chapitre 3, De la conciliation.
171. Par exemple : Règlement C.C.I., art. 10 : cumul de fonction prohibé sauf accord des parties ; Règlement C.N.U.D.C.I., art. 19, prohibition catégorique.
172. NCPC, art. 21, 833 et 834, 888.
173. V. *infra* n° 642 et s.
174. Le CMAP propose même un service de médiation « en ligne », sur internet. V. *Journal Les échos*, 21 janvier 2002, p. 14.
175. Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris.

176. Dont l'activité et le statut sont réglementés par la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 et le décret n° 83-86 du 9 février 1983 ; V. *infra* n° 311 et s.

177. Institué par le loi n° 73-6 du 3 janvier 1973 (JCP. 1973. III. 40037) et le décret du 9 mars 1973, modifiés par la loi n° 76-1211 du 24 décembre 1976 ; V. *infra* n° 304 et s.

178. Médiateurs institués par le Comité de liaison des assurances, depuis la loi du 1^{er} octobre 1993, Comité qui regroupe la Fédération française des sociétés d'assurance, Groupama et le Gema. V. J. LANDEL, L'efficacité des systèmes de médiation en assurance au regard de la recommandation européenne de 1998, RGDA 2001. 658.

179. La médiation bancaire a été institutionnalisée par la loi MURCEF, loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier. Spécialement, l'article 13 de la loi du 11 décembre 2001 insère dans le Code monétaire et financier un article L. 312-1-3 qui fait obligation aux établissements de crédit de désigner en leur sein un ou plusieurs médiateurs. Autorités indépendantes, les médiateurs bancaires sont tenus aux devoirs d'impartialité et de confidentialité. Leur saisine, simplement facultative, emporte suspension des délais de prescription. Compétents pour tenter de régler les petits litiges bancaires, ils doivent exécuter leur mission dans un délai de deux mois. Leurs services sont gratuits pour les particuliers. Leur activité est supervisée par le Comité de la médiation bancaire, autorité indépendante à laquelle ils doivent rendre compte de leur activité dans un rapport annuel. Sur les aspects bancaires de la loi MURCEF : V. par ex. Th. BONNEAU, Des nouveautés bancaires et financières issues de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, JCP. E. 2002. 120 ; J.-J. DAIGRE, Loi MURCEF et droit bancaire, JCP. G. 2002. I. 117 ; F.-J. PANSIER et C. CHARBONNEAU, Présentation de la loi MURCEF du 11 décembre 2001 (2^e partie), LPA 17 déc. 2001, n° 250, p. 5 et suiv.

180. Créé par la loi n° 2000-196 du 6 mars 2000 (JO 7 mars, p. 3536), chargé de défendre et de promouvoir les droits de l'enfant consacrés par la loi ou par un engagement international ratifié et approuvé. Fonction actuellement occupée par Mme Cl. BRISSET. V. le rapport annuel, Défenseur des enfants, année 2001, La documentation française, 2001 ; F. GRANET, D. 2000. 343 ; J. VIGNON-ROCHFELD, RTDCiv. 2000. 414 ; L. CADIET, JCP. G. 2000. I. 221, n° 24.

181. Décision CE n° 94-262 du Parlement européen du 9 mars 1994. JOCE, n° L. 113, 4 avril 1994, p. 15 ; D. 1994. L. 267 ; Sur le profil et les compétences du médiateur européen, V. Ian HARDEN, A l'écoute des griefs des citoyens de l'Union européenne : la mission du médiateur européen, Rev. du Droit de l'Union européenne, éd. Clément JUGLAR, 2001, p. 573 et s.

182. Créé par le décret n° 98-1082 du 1^{er} décembre 1998.

183. C. postes et télécommunications, art. L. 36-9. On peut également citer les médiateurs chargés de la résolution des différends relatifs à l'octroi de l'autorisation de retransmission par câble : C. propriété intellectuelle, Titre II du Livre III.

184. Créé par la circulaire du 9 décembre 1999 ; JCP. G. 2000, actualités, p. 59.

185. Créé par le décret n° 2001-1335 du 28 décembre 2001, chargé de traiter des réclamations des usagers du service universel postal ; L. CADIET, JCP. G. 2002. I. 132, n° 6.

186. Centres de médiation, Chambres de commerce et d'industrie, commissions départementales de surendettement des particuliers ... V. Marco DARMON, La médiation conventionnelle, art., préc., JCP. 1996. I. 3976 ; L. CADIET, Solution judiciaire et règlement amiable des litiges..., art. préc., n° 27 et s., p. 139 et s. ; Ch. JARROSSON, Les clauses de renégociation, de conciliation..., art. préc., p. 158, n° 56.

187. L. CADIET, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 937.

188. Avec les commissions nationales et régionales de conciliation en matière de conflits collectifs du travail (C. trav., art. L. 523-1 à L. 524-8) ; la commission paritaire de conciliation compétente en matière de litige sur l'indemnisation d'une invention de salarié (C. de la propriété intellectuelle, art. L. 615-21 et s.) ; V. également la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale qui met en place une procédure de médiation en cas de harcèlement moral ou sexuel du salarié : C. trav., art. L. 122-54, réd. L. n° 2002-73 du 17 janvier 2002, art. 171-V. Sur cette procédure, V. L. CADIET, JCP. G. 2002. I. 132, spéc. n° 23 et 31.

189. V. Les boîtes postales 5000 ; la Commission de conciliation des litiges pouvant survenir entre les acheteurs de lait et l'office national interprofessionnel du lait et des produits laitiers (C. rural, art. L. 632-2).

190. Avec les commissions départementales de conciliation en matière de baux.

191. L. CADIET, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 937.

192. C. santé pub., art. L. 1112-3 al. 2, recodifié par l'ordonnance n° 2000-548 du 15 juin 2000 ; également, sur les conciliateurs médicaux : D. 98-1001 du 2 novembre 1998 créant les articles R. 710-1-1 à R. 710-1-10 du Code de la santé publique.

193. Ces commissions, dites commissions régionales de conciliation et d'indemnisation, ont été instituées par la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé (JO 5 mars 2002, p. 4118 ; JCP. G. 2002. Actu. 143 ; D. 2002. lég. 1022 ; V. également le décret d'application : D. n° 2002-886 du 3 mai 2002, JO 7 mai). Sur la loi du 4 mars 2002, V. les trois chroniques d'Y. LAMBERT-FAIVRE : I. La solidarité envers les personnes handicapées, D. 2002. Chron. 1217 et s. ; II. Les droits des malades, usagers du système de santé, D. 2002. Chron. 1291 et s. ; III. L'indemnisation des accidents médicaux, D. 2002. Chron. 1367 et s. V. également L. CADIET, JCP. G. 2002. I. 132, spéc. n° 32. Les commissions régionales de conciliation et d'indemnisation sont créées par l'article L. 1142-5 du Code de la santé publique. Elles ont pour mission de « *faciliter le règlement amiable des litiges relatifs aux accidents médicaux... ainsi que des autres litiges entre usagers et professionnels de santé* ». La mission de conciliation de ces commissions peut être déléguée à des médiateurs indépendants. La saisine des commissions est simplement facultative ; elle suspend les délais de prescription et de recours contentieux. A compter de leur saisine, les commissions doivent rendre leur avis dans un délai de six mois, après avoir fait procéder à une procédure

d'expertise (C. sant. pub., art. 1142-12). L'expertise est en principe réalisée par un collège d'experts indépendants, selon une procédure contradictoire. Tout au long de la procédure d'expertise, la victime de l'accident médical peut se faire assister par la personne de son choix : médecin-conseil ou avocat. A l'issue de l'expertise, la commission de conciliation et d'indemnisation rend un avis sur « *les circonstances, la nature et l'étendue* » du dommage (C. sant. pub., art. 1142-8). Selon les cas, une offre d'indemnisation sera proposée à la victime soit par l'assureur de la personne estimée responsable du dommage, soit par l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux. Cette procédure d'offre d'indemnisation est directement inspirée de la procédure « *Badinter* » prévue en matière d'accidents de la circulation. Dans tous les cas, l'acceptation de l'offre par la victime vaut transaction.

194. N. CAYROL, Les actes ayant pour objet l'action en justice, th. préc., n° 290 et suiv. : l'auteur qualifie ces clauses d'actes ayant pour objet la neutralisation de l'action en justice.

195. L. CADIET, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 887 ; Les clauses relatives aux litiges, J.-Cl. Contrats et distribution, préc.

196. Ph. GRIGNON, L'obligation de ne pas agir en justice, Mélanges Christian MOULY, Litec, 1998, p. 115 et s., spéc. pp. 120-121, n° 7 et s. ; L. CADIET, Solution judiciaire et règlement amiable des litiges..., art. préc., p. 134, n° 20 ; Les clauses relatives aux litiges, J.-Cl. Contrats et distribution, fasc. 190 ; Liberté des conventions et clauses relatives au règlement des litiges, Les petites affiches, 5 mai 2000, n° spécial. *Le contrat : questions d'actualité*, Actes du colloque du 1^{er} février 2000, p. 30 et suiv. ; J.-M. MOUSSERON, Technique contractuelle, Editions Francis Lefebvre, 2^e éd. 1999, n° 1863 et s. et spéc. n° 1874 et 1883 et s. ; Ch. JARROSSON, Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation, art. préc., p. 141 et s. ; Les frontières de l'arbitrage, Rev. arb. 2001. 5 et s. ; note s./ Cass. civ. 2^e, 6 juillet 2000 et Cass. civ. 1^e, 23 janv. et 6 mars 2001, Rev. arb. 2001, p. 749 et suiv. ; F. Le FICHANT, L'obligation de négocier en droit privé, th. Rennes, 1992, p. 100 et s., n° 110 et s. et spéc. p. 103, n° 115 ; X. LAGARDE, in Droit processuel/Droit commun du procès, *op. cit.*, n° 589 ; du même auteur, L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation, Rev. Arb. 2000. 377 et suiv. ; N. CAYROL, Les actes ayant pour objet l'action en justice, th. préc., n° 327 et suiv. ; F. MEGERLIN, Médiation-arbitrage..., art. préc., LPA 26 août 2002, n° 170, p. 11.

197. Ch. JARROSSON, Les clauses de renégociation..., art. préc., p. 141, n° 2.

198. Ch. JARROSSON, Les clauses de renégociation..., art. préc., p. 143, n° 8.

199. L. CADIET, Solution judiciaire et règlement amiable des litiges..., art. préc., p. 135, n° 20. Cependant, cet auteur propose une distinction entre les clauses de règlement amiable et les clauses de conciliation ou de médiation, les premières « *imposant aux parties de rechercher entre elles les voies d'une solution conventionnelle du différend qui les oppose* » et les secondes supposant l'intervention d'un « *tiers dont le rôle est d'aider les parties à surmonter leur incapacité à s'entendre seules* » : in Liberté des conventions et clauses relatives au règlement des litiges, art. préc., n° 14.

200. Ph. GRIGNON, L'obligation de ne pas agir en justice, art. préc., p. 120, n° 7.
201. Pour une étude de l'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation, V. l'article de X. LAGARDE, Rev. Arb. 2000, p. 377 et suiv. Sur l'arrêt C. Cass., Ch. mixte, du 14 février 2003, V. les références bibliographiques citées *supra* note n° 125.
202. X. LAGARDE, L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation, art. préc., spéc. p. 384.
203. Travaux préparatoires du Code civil, Fenet, t. XV, p. 108.
204. X. LAGARDE, Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges, Rev. Arb. 2001, p. 423 et suiv., spéc. p. 433, n° 15.
205. X. LAGARDE, Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges, *op. et loc. cit.*
206. Nous reviendrons sur cette qualification à propos des procédures de conciliation et de médiation judiciaires, V. *infra* n° 203 et s.
207. X. LAGARDE, Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges, art. préc., n° 12.
208. X. LAGARDE, Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges, art. préc., n° 13.
209. X. LAGARDE, Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges, art. préc., n° 14 et s.
210. Ch. JARROSSON, Les clauses de renégociation..., art. préc., p. 144, n° 8.
211. L. CADIET, Solution judiciaire et règlement amiable des litiges... , art. préc., p. 135, n° 20 ; Ch. JARROSSON, Les clauses de renégociation... , art. préc., p. 143, n° 8 ; F. LE FICHANT, L'obligation de négocier en droit privé, th. préc., p. 101, n° 112.
212. Ch. JARROSSON, La notion d'arbitrage, th. préc., p. 188, n° 376.
213. Ch. JARROSSON, Les clauses de renégociation... , art. préc., p. 155, n° 46.
214. Ch. JARROSSON, *op. et loc. cit.*
215. Ch. JARROSSON, Les clauses de renégociation, de conciliation..., art. préc., p. 155 n° 49 et s. ; Les frontières de l'arbitrage, Rev. arb. 2001, p. 5 et s. ; B. OPPETIT, Théorie de l'arbitrage, *op. cit.*, p. 64 et s.
216. Ch. JARROSSON, La notion d'arbitrage, th. préc., p. 191, n° 380.
217. CA Paris, 23 mars 1989, 1^{re} ch. Suppl., Rev. Arb. 1990. 731 et s., obs. JARROSSON.
218. TGI Paris, 14 mars 1984, Rev. Arb. 1984. 376.
219. Paris, 29 avril 1998, D. aff. 1998. 1091.
220. Pour de nombreux exemples illustrant ces confusions de notions : B. OPPETIT, Arbitrage, médiation et conciliation, art. préc., p. 307 et s. ; Ch. JARROSSON, La notion d'arbitrage, th. préc., p. 191 et s., n° 380 et s. ; Les clauses de renégociation, de conciliation..., art. préc., p. 156, n° 50 et s. ; Les frontières de l'arbitrage, art. préc., p. 9, n° 9 ainsi que p. 11, n° 11 et s. ; F. LE FICHANT, L'obligation de négocier en droit privé, th. préc., p. 103, n° 114.

221. B. OPPETIT, Arbitrage, médiation et conciliation, art. préc., p. 307, 320 et 322 ; Théorie de l'arbitrage, *op. cit.*, p. 70 et suiv. ; Ch. JARROSSON, La notion d'arbitrage, th. préc., n° 380 et s.

222. Ch. JARROSSON, note. s./ CA Paris, 28 mars 1991, Rev. arb. 1991. 475.

223. Sur les critères à prendre en considération, s'agissant de la qualification d'une mission d'arbitrage, V. Ch. JARROSSON, Les frontières de l'arbitrage, art. préc., n° 26 et s.

224. NCPC, art. 12 al. 2.

225. B. OPPETIT, Arbitrage, médiation et conciliation, art. préc., p. 323 ; Ch. JARROSSON, La notion d'arbitrage, th. préc., p. 192 et s., n° 382 et s. ; V. par exemple, CA Paris, 28 mars 1991, Rev. Arb. 1991. 470, obs. JARROSSON ; D. 92, somm. 124, obs. JULIEN et sur le pourvoi rejeté : JCP 93. IV. 2116 et I. 3723, n° 3.

226. X. LAGARDE, L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation..., art. préc., p. 384.

227. X. LAGARDE, L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation..., art. préc., p. 385.

228. Ch. JARROSSON, note s./ Cass. com., 28 novembre 1996, Rev. Arb. 1996. 613 et suiv., spéc. p. 618 ; en ce sens également L. CADIET, Liberté des conventions et clauses relatives au règlement des litiges..., art. préc., n° 15.

229. X. LAGARDE, L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation..., art. préc., p. 385 ; L. CADIET, Liberté des conventions et clauses relatives au règlement des litiges, art. préc., p. 33 ; Ch. JARROSON, note s./ Cass. com, 28 nov. 1995, préc. ; Sur la distinction entre obligations de résultat et obligations de moyens appliquée aux obligations de négociateur, V. F. LE FICHANT, L'obligation de négociateur en droit privé, th. préc., p. 362 et suiv., n° 402 et suiv.

230. L. CADIET, Liberté des conventions et clauses relatives au règlement des litiges, art. préc., p. 33, n° 14.

231. J.-M. MOUSSERON, Technique contractuelle, *op. cit.*, n° 112 : « *Les clauses d'arrangement amiable obligent les contractants en conflit à engager, avant de saisir le juge ou l'arbitre, des négociations pouvant éventuellement déboucher sur une transaction ; les parties devront chercher le traitement amiable de tout différend survenant au cours de l'exécution du contrat. Cette clause, qui a pour effet d'obliger les parties non pas à conclure une transaction mais à la rechercher, la négociateur de bonne foi, s'apparente à l'accord de principe* ».

232. X. LAGARDE, L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation, art. préc., p. 382.

233. Juge arbitre ou juge étatique. J.-M. MOUSSERON, Technique contractuelle, *op. cit.*, n° 1875 : « *Si l'une des parties saisissait directement le juge, elle se rendrait coupable de l'inexécution d'une obligation contractuelle et déclencherait la mise en œuvre des mécanismes de sanction prévus par le contrat ou la loi, dont les voies ordinaires de la responsabilité contractuelle* » ; L. CADIET, Liberté des conventions et clauses relatives au règlement des litiges... art. préc., n° 14 et n° 15 : « *La recherche d'un règlement amiable est un préalable à la recherche d'un règlement juridictionnel du différend. Parfois même, d'ailleurs, la clause de médiation subordonne la saisine*

d'un juge ou d'un arbitre à la production d'un procès-verbal de non-conciliation » et d'ajouter plus loin que les clauses de conciliation ou de médiation sont dès lors génératrices d'obligations « de ne pas faire, ne pas porter le différend devant un juge ».

234. Ph. GRIGNON, L'obligation de ne pas agir en justice, art. préc., p. 120 et s., n° 7.

235. L. CADIET, Liberté des conventions..., art. préc., n° 15.

236. L. CADIET, Liberté des conventions..., art. préc., n° 15 ; Ch. JARROSSON, note préc., Rev. arb. 1996. 618.

237. Ch. JARROSSON, note préc., Rev. arb. 1996. 618.

238. Ce qui n'empêche *a priori* pas qu'elles viennent assistées d'une personne de leur choix.

239. A notre connaissance isolé : X. LAGARDE, L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation, art. préc., p. 377 et suiv., spéc. p. 386 et suiv.

240. X. LAGARDE, L'efficacité des clauses..., art. préc., p. 386.

241. X. LAGARDE, L'efficacité des clauses..., art. préc., p. 386.

242. L. CADIET, Clauses relatives aux litiges, J.-Cl. Contrat distribution, art. préc., n° 6 : l'auteur rappelle que l'on ne peut « valablement renoncer à tout recours judiciaire et s'obliger à ne recourir qu'à la seule voie amiable pour régler un litige qui n'est pas encore né » ; dans le même sens, P. ANCEL, L'encadrement de la juridiction par le contrat, in Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends, Economica, Coll. Etudes juridiques, 2001, *op. cit.*, p. 6 et suiv., spéc. p. 9.

243. L. CADIET, Clauses relatives aux litiges, art. préc., n° 6 ; V. également sur la distinction en droit et action, la thèse d'Y. DESDEVISES, Le contrôle de l'intérêt légitime – Essai sur les limites du droit et de l'action, thèse Nantes, 1973, spéc. p. 3 et suiv.

244. L. CADIET, Clauses relatives aux litiges, art. préc., n° 6.

245. Condition à rapprocher des dispositions des articles 2059 à 2061 qui, en matière de compromis et de clauses compromissoires, illustrent également la « réserve de la loi à l'égard des conventions qui tendent à faire échapper à l'institution judiciaire le règlement des litiges civils » : L. CADIET, Clauses relatives aux litiges, art. préc., n° 6. On précisera cependant que depuis la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 (art. 126), le principe consacré à l'article 2061 du Code civil n'est plus celui de la prohibition des clauses compromissoires mais au contraire celui de leur validité « dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle », « sous réserves des dispositions législatives particulières ». Sur cette loi, V. Ch. JARROSSON, JCP. G. 2001 I. 333 et B. MOREAU et DEGOS, Gaz. Pal., 13-14 juin 2001 ; V. enfin nos développements consacrés à la notion d'ordre public ainsi qu'à la validité des renonciations portant sur des droits gouvernés par des dispositions d'ordre public, *infra* n° 387 et s.

246. P. RAYNAUD, La renonciation à un droit, RTDCiv. 1936. 763 et suiv., spéc. n° 32 et 33 ; F. DREIFUSS-NETTER, Rép. dr. Civ., V° Renonciation, n° 68 et suiv. ; B. FAUVARQUECOSSON, Libre disponibilité des droits et conflits de lois, th. Paris II, LGDJ, 1997, préf. Y. LEQUETTE, n° 200 ; V. également nos développements *infra* n° 398.

247. X. LAGARDE, L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation, art. préc., p. 387.

248. J.-M. MOUSSERON, Technique contractuelle, *op. cit.*, n° 1884.
249. J.-M. MOUSSERON, Technique contractuelle, *op. cit.*, n° 112.
250. Car c'est bien cela qu'il faut craindre et qui explique l'adoption par la Commission des clauses abusives d'une recommandation tendant à « *déclarer telles les stipulations contractuelles ayant pour objet ou pour effet d'interdire l'exercice des actions en justice ou des voies de recours* » : recommandation portant sur les clauses relatives à l'action en justice, BOSP 13 juin 1979, Lamy, Formulaire droit économique, Ve partie, n° V-2 et V-32 ; recommandation citée par L. CADIET, Clauses relatives aux litiges, art. préc., n° 6.
251. *Contra*, X. LAGARDE, L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation, p. 386.
252. X. LAGARDE, L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation, p. 389.
253. En ce sens, P. ANCEL, L'encadrement de la juridiction par le contrat, *in* Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends, *op. cit.*, p. 6 et suiv., spéc. p. 11.
254. Car si la conciliation porte sur l'ensemble des points litigieux et consiste en une transaction, elle emporte alors renonciation définitive au droit d'agir relativement à ceux-ci (C.civ., art. 2052).
255. Sauf à ce que la convention ait soumis la saisine du juge au respect de délais ou bien à la production d'un procès-verbal de non-conciliation.
256. X. LAGARDE, L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation, art. préc., p. 389.
257. En ce sens L. CADIET, Liberté des conventions et clauses relatives au règlement des litiges..., art. préc., n° 15 ; Solution judiciaire et règlement amiable des litiges..., art. préc., p. 135, n° 20 ; Ch. JARROSSON, obs. s./ Cass. com. 28 nov. 1995 préc., p. 618 ; Les clauses de renégociation ..., art. préc., p. 159, n° 61.
258. Obligation de faire, de résultat, dont nous avons fait état plus haut.
259. Pour une tentative de détermination plus précise du contenu de cette obligation de moyen, V. X. LAGARDE, L'efficacité des clauses..., art. préc., p. 390 et suiv. : cependant, l'auteur, relativement sceptique sur la pertinence de l'existence d'une telle obligation, ou plus exactement sur sa légitimité, semble la limiter en dernière analyse à une obligation de non-dissimulation, autrement dit à une prohibition des comportements frauduleux (spéc. p. 392).
260. Parfois les parties envisagent expressément l'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi et surtout, de négocier de bonne foi si des difficultés apparaissent : « *le présent contrat est essentiellement basé sur l'entière bonne foi et la ferme volonté de compréhension des parties qui chercheront à régler par voie de négociation les difficultés d'application du présent accord* », cité par J.-M. MOUSSERON, Technique contractuelle, *op. cit.*, n° 110.
261. J.-M. MOUSSERON, Technique contractuelle, *op. cit.*, n° 130.
262. F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, Les obligations, *op. cit.*, n° 1015 et suiv.
263. X. LAGARDE, L'efficacité des clauses..., art. préc., p. 397 : l'auteur écarte même l'éventualité d'une atteinte au droit potentiel d'agir en justice puisque la voie de l'action en

justice n'est pas fermée mais son exercice simplement mis sous condition ; Pour une synthèse de la tendance générale de la doctrine et de la jurisprudence à faire du droit à l'exécution forcée le principe en matière d'obligations de faire et de ne pas faire : F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, Les obligations, *op. cit.*, n° 1017 ; W. JEANDIDIER, L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire, *RTD Civ.* 1976. 700 ; J. MESTRE, Le juge face aux difficultés d'exécution du contrat, *in* Le juge et l'exécution du contrat, PUAM, 1993, p. 91 et suiv. ; Dans le sens contraire, cependant, V. les arrêts de la Cour de cassation relatifs aux effets de la rétractation d'une promesse unilatérale de vente avant échéance du délai d'option, lorsqu'elle est suivie d'une levée d'option dans les délais impartis, qui refusent que le contrat puisse être considéré comme formé : Cass. civ. 3^e, 15 déc. 1993, Bull. civ. III, n° 174 ; D. 1994. 507, note F. BENAC-SCHMIDT ; D. 1995. Som. 87, note L. AYNES ; JCP. G. 1995. II. 22366, obs. D. MAZEAUD ; ainsi que les arrêts relatifs à la violation de pactes de préférence : Cass. civ. 3^e, 30 avril 1997, Bull. civ. III, n° 96 ; D. 1997. 475, note D. MAZEAUD ; JCP. G. 1997. II. 33963, note THULLIER ; *RTD Civ.* 1997. 673, obs. JOURDAIN et p. 685, obs. P.-Y. GAUTIER ; Cass. civ. 3^e, 10 fév. 1999, JCP. 1999. IV. 1631 : arrêts qui refusent d'autoriser que le bénéficiaire évincé soit substitué au tiers acquéreur frauduleux.

264. Voir notamment le nouveau pouvoir d'injonction conféré au juge en matière de conciliation judiciaire par l'article 8 de la loi du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice, et qui l'autorise désormais à enjoindre aux parties, malgré leur refus, de rencontrer un conciliateur de justice en vue d'être informées sur l'objet et les modalités de cette mesure. Sur ce pouvoir, J. JOLY-HURARD, Le nouveau pouvoir d'injonction du juge en matière de conciliation judiciaire, *D.* 2003, doctr. 928 et s.

265. J.-M. MOUSSERON, Technique contractuelle, *op. cit.*, n° 128 et suiv.

266. J.-M. MOUSSERON, Technique contractuelle, *op. cit.*, n° 129.

267. En ce sens, X. LAGARDE, L'efficacité..., art. préc., p. 393. Sur l'étendue du devoir de confidentialité, V. TGI Paris, 18 janvier 1999, *D.* 1999. IR. 102, ainsi que nos développements *infra* n° 512 et s., spéc. n° 516.

268. X. LAGARDE, L'efficacité..., art. préc., p. 393.

269. X. LAGARDE, L'efficacité..., art. préc., p. 394.

270. X. LAGARDE, L'efficacité..., art. préc., p. 394.

271. X. LAGARDE, L'efficacité..., art. préc., p. 394.

272. Nous reviendrons sur cette question plus loin, V. *infra* n° 648 et s. : sur les garanties d'impartialité du juge.

273. X. LAGARDE, L'efficacité des clauses..., art. préc., p. 395 ; Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges, art. préc., n° 14 et s. ; dès avant, Ch. JARROSSON, note s./ Cass. com., 28 nov. 1995, préc., *Rev. arb.* 1996, p. 616. Du même auteur, note s./ Cass. civ. 2^e, 6 juillet 2000 et Cass. civ. 1^e, 23 janv. 2001 et 6 mars 2001, *Rev. arb.* 2001 p. 749 et suiv.

- 274.** CA Fort-de-France, 20 déc. 1996, Juris-Data n° 046551 cité par Ch. JARROSSON, RGDP 1998. 167 et s. et par L. CADIET, *Clauses relatives aux litiges*, art. préc., n° 19 à 22.
- 275.** Ch. JARROSSON, note préc., Rev. arb. 1996. 618 ; L. CADIET, *Clauses relatives aux litiges*, art. préc., n° 21 ; *Liberté des conventions et clauses relatives au règlement des litiges*, art. préc., n° 14 et suiv. et spéc., p. 34, n° 15.
- 276.** X. LAGARDE, *L'efficacité des clauses...*, art. préc., p. 395.
- 277.** En ce sens, Ch. JARROSSON, note s./ Cass. civ. 2^e, 6 juillet 2000 et Cass. civ. 1^e, 23 janv. 2001 et 6 mars 2001, préc.
- 278.** N. CAYROL, *Les actes ayant pour objet l'action en justice*, th. préc., n° 328 et 329.
- 279.** L'arrêt de la Cour de cassation du 15 janvier 1992, rendu par sa deuxième chambre (Rev. Arb. 1992. 646 et s., obs. D. COHEN) est souvent cité comme un exemple de rejet de la qualification de fin de non-recevoir. Il semble pourtant que ce soit par erreur car en l'espèce il ne s'agissait pas d'une clause de conciliation mais plutôt d'une clause prévoyant une négociation en vue de l'adoption éventuelle d'un compromis d'arbitrage. Le recours à l'arbitrage n'était donc qu'une éventualité pour les parties et non pas une obligation. En ce sens, Ch. JARROSSON, Rev. Arb. 2001, n° 4, p. 758 ; N. CAYROL, *Les actes ayant trait à l'action en justice*, th. préc., n° 296, spéc. note n° 82. En revanche, rejettent nettement la qualification de fin de non-recevoir : CA Paris, 23^e ch., 24 septembre 1997, Maury c./ Chaplet, RJDA 1998. 169, n° 240 et Gaz. Pal. 9-11 janvier 2000, p. 48 ; Paris, 1^{ère} ch., 29 avril 1998, D. aff. 1998. 1091 et Gaz. Pal. 9-11 janvier 2000, p. 57 ; Cass. civ. 1^e, 23 janvier 2001, Bull. civ. I, n° 11, RTDCiv. 2001. 359, obs. J. MESTRE et B. FAGES, D. 2001, somm. 3088, obs. J. PENNEAU ; *ibid.* 6 mars 2001, Bull. civ. I, n° 58, Rev. Arb. 2001, p. 758, n° 14.
- 280.** Ch. JARROSSON, note s./ Cass. civ. 2^e, 6 juillet 2000, Cass. civ. 1^e, 23 janv. 2001 et 6 mars 2001, Rev. Arb. 2001, p. 749 et suiv., spéc. p. 753.
- 281.** Clinique du MORVAN c./ Vermuseau et autres, Bull. civ. I, n° 11, p. 7 et Rev. Arb. 2001, n° 4, p. 749 et suiv. : « *La clause du contrat d'exercice professionnel subordonnant une action judiciaire à une conciliation des parties par l'autorité ordinale, qui ne constitue pas une fin de non-recevoir au sens de l'article 122 du nouveau code de procédure civile, n'est pas d'ordre public* ».
- 282.** Syndicat national de l'édition phonographique et autres c./ Syndicat national des artistes musiciens de France, Bull. civ. I, n° 58, p. 37 et Rev. Arb. 2001, n° 4, p. 749 et suiv. : « *C'est dans l'exercice souverain d'appréciation de la volonté des contractants qu'une cour d'appel décide que l'inobservation d'une clause d'un accord conclu entre les artistes-interprètes et les producteurs de phonogrammes, instituant un préalable de conciliation, ne constituait pas une fin de non-recevoir à l'action en justice des artistes-interprètes, admettant ainsi que ce préalable n'était pas obligatoire* ».
- 283.** Cass. civ. 1^e, 23 janvier 2001, préc.
- 284.** Cass. civ. 1^e, 6 mars 2001, préc.

285. Cass. civ. 1^e, 23 janvier 2001 et 6 mars 2001, préc.

286. Cass. civ. 1^e, 6 mars 2001, préc.

287. Cass. civ. 1^e, 23 janvier 2001, préc.

288. L. CADIET, Liberté des conventions..., art. préc., n° 15 ; N. CAYROL, Les actes ayant pour objet l'action en justice, th. préc., n° 280 et suiv. : l'auteur propose une théorie des fins de non-recevoir conventionnelles. Ils les définit ainsi : « *Les fins de non-recevoir conventionnelles sont des contrats qui imitent les fins de non-recevoir. Précisément, ce sont des obligations créées par ces contrats qui empêchent la recevabilité de certaines prétentions litigieuses déterminées dans la convention. En somme, l'imitation des fins de non-recevoir par une convention repose apparemment simplement sur une obligation de ne pas agir en justice* ».

289. En ce sens, Ch. JARROSSON, note s./ Cass. civ. 1^e, 23 janv. 2001, Rev. Arb. 2001, p. 757.

290. Ch. BOILLOT, La transaction et le juge, th. Paris I, 2001, n° 48, note 89.

291. C. civ., art. 1134 al. 2 ; en ce sens : Ch. JARROSSON, note s./ Cass. com. 28 nov. 1995, Rev. Arb. 1996. 613 et s.

292. Cass. civ. 3^e, 5 juillet 1989, Bull. civ. III, n° 158, commenté par G. VIRASSAMY, Les collèges et commissions dans le règlement des litiges contractuels, in Etudes offertes à J. GHESTIN, LGDJ, 2001, p. 949 et s., spéc. p. 956 : cassation de la décision qui juge recevable l'action portée directement devant le juge en violation d'une clause portant engagement de saisir un tiers pour avis avant toute action judiciaire : « *Constitue une fin de non-recevoir susceptible d'être proposée en tout état de cause le moyen soutenant que l'avis d'un fonctionnaire qu'il avait été contractuellement prévu de solliciter avant toute action judiciaire, n'avait pas été demandé* ». Il s'agit donc moins d'une clause de conciliation, que d'une clause de « consultation pour avis ». Mais, en raison de la fermeté de l'engagement des parties de l'exécuter, elle constitue, au même titre qu'une clause de conciliation, une fin de non-recevoir conventionnelle.

293. Cass. com., 28 nov. 1995, préc.

294. Cass. civ. 2^e, 6 juillet 2000, Sté Polyclinique des Fleurs c./ Peyrin, Rev. Arb. 2001, p. 749 et suiv., obs. Ch. JARROSSON : « *Ayant relevé que les conventions contenaient une clause de conciliation par laquelle les parties s'étaient engagées à soumettre leur différend à deux conciliateurs avant toute action contentieuse, un arrêt d'appel retient à bon droit que l'action en justice introduite par une partie sans observation de la procédure prévue par cette clause, est irrecevable* ». Cet arrêt est rendu à propos de la même affaire que celle qui est à l'origine de l'arrêt de la chambre commerciale du 28 novembre 1995 précité. Comme le fait remarquer un des commentateurs de l'arrêt, il aura fallu au demandeur « *dix ans, deux arrêts de cours d'appel et deux arrêts de la Cour de cassation pour comprendre (?) que s'il veut un jour qu'un juge statue sur sa demande, il va lui falloir participer à un processus de conciliation...* » : Ch. JARROSSON, Rev. Arb. 2001, p. 759, n° 16.

295. Ch. JARROSSON, note préc., Rev. Arb. 1996. 618, n° 5.

296. Cass. com., 28 nov. 1995 préc., p. 618, n° 7 ; L'appréciation par la Cour des conditions de la renonciation résulte d'un arrêt du 26 avril 1974 rendu en chambres mixtes, D. 1975. 249, obs. J. BORE, JCP. 1975. II. 18157, concl. 1^{er} Av. Gén. GEGOUT.
297. V. en ce sens, CA Versailles, 11 septembre 1998, préc. : « *La clause qui organise une conciliation préalable est valable, même à l'égard du non-commerçant, et s'impose aux parties. Dès lors que les parties n'ont pas renoncé, même implicitement, à se prévaloir de cette clause, il appartient à la partie qui veut engager une action en justice de mettre en œuvre la procédure de tentative de conciliation avant de saisir le tribunal, sous peine d'irrecevabilité de son action* », RJDA 1999, préc. ; V. également L. CADIET, Liberté des conventions..., art. préc., p. 34 : « *l'action en justice exercée par l'une des parties au mépris de la clause de médiation doit se heurter à une fin de non-recevoir pour défaut d'intérêt, que le juge est autorisé à soulever d'office par application de l'article 125 du nouveau code de procédure civile* ».
298. L'expression est de N. Cayrol, qui l'emploie pour intituler la deuxième partie de sa th. préc., n° 264 et suiv.
299. Ch. JARROSSON, Rev. arb., 2001, p. 760, n° 18.
300. N. CAYROL, th. préc., n° 295.
301. Par exemple, Cass. civ. 3^e, 15 février 1978, Bull. civ. III, n° 83 ; en ce sens, Ch. JARROSSON, Rev. arb., 2001, p. 760, n° 19.
302. Fort-de-France, 20 déc. 1996, Juris-Data n° 046551 ; RGDP 1998. 167, obs. Ch. JARROSSON ; L. CADIET, Clauses relatives aux litiges, J.-Cl. Contrats Distribution, art. préc., n° 19 à 22.
303. V. Ch. JARROSSON, Rev. arb. 2001, p. 761, n° 22 et suiv., qui envisage les autres sanctions procédurales applicables : exception de procédure et sursis à statuer.
304. Ch. JARROSSON, Rev. arb. 2001, p. 762, n° 24.
305. Ch. JARROSSON, Rev. arb. 2001, p. 763, n° 25.
306. En ce sens, Ch. JARROSSON, Rev. arb. 2001. 755, n° 7 ; M.-A. FRISON-ROCHE, La progression de l'efficacité des contrats ou l'obligation de se concilier, art. préc. ; J. JOLY-HURARD, L'efficacité des clauses de conciliation préalable enfin assurée, art. préc., p. 5
307. NCPC, art. 131-1.
308. Il s'agit de la procédure de « *tentative préalable de conciliation* » organisée devant le tribunal d'instance. Sur cette procédure, V. *infra* n° 65 et s., nos développements.
309. NCPC, art. 382.
310. M.-P. DALMAIS, La notion d'instance, th. Paris II, 2000.
311. La doctrine présente traditionnellement l'instance de deux manières : soit d'une manière relativement technique, soit d'une manière plus théorique. Pour des définitions techniques de l'instance : J. VINCENT et S. GUINCHARD, Procédure civile, 25^e éd., 1999, Dalloz, n° 475 : l'instance est présentée comme « *une série d'actes de procédure allant de la demande en justice jusqu'au jugement ou à l'abandon de la prétention par un désistement* » ; G.

COUCHEZ, Procédure civile, 11^e éd., Armand Colin, coll. U, 2000, n° 218 : « L'instance s'entend d'une période pendant laquelle les personnes concernées par le procès accomplissent les actes de procédure que celui-ci suppose, cette période commençant avec la demande en justice et s'étendant normalement jusqu'au jugement ». G. CORNU, Vocabulaire juridique, *op. cit.*, V°. Instance : 1° « Procédure engagée devant une juridiction. Phase d'un procès. » ; 2° « Suite des actes et délais de cette procédure à partir de la demande introductive d'instance jusqu'au jugement ou autres modes d'extinction de l'instance » ; 3° « Par. ext. situation juridique des parties en cause ; l'instance est en ce sens un lien juridique source de droits et d'obligations pour les parties à l'instance » ; L. CADIET, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 1026 : l'auteur définit l'instance comme « la phase judiciaire du procès au cours de laquelle les parties au litige accomplissent un certain nombre d'actes de procédure ». Pour des définitions plus théoriques de l'instance : V. J. VINCENT et S. GUINCHARD, Procédure civile, *op. cit.*, n° 474 pour qui l'instance est « une situation juridique bien particulière qui naît entre les plaideurs et concerne le juge, situation que l'on a coutume d'appeler « lien d'instance » ou encore « lien juridique d'instance » » ; L. CADIET, Droit judiciaire privé, *op. et loc. cit.* qui y voit « un dialogue rituel à trois personnages : le demandeur, le défendeur et le juge, d'où doit résulter la consécration, par l'ordre juridique, d'un droit subjectif contesté. L'instance permet la réalisation juridique d'un droit » ; G. COUCHEZ, J.-P. LANGLADE, D. LEBEAU, Procédure civile, *op. cit.*, n° 256 : « Ce qui caractérise aussi la notion examinée, c'est qu'elle implique l'existence, entre les protagonistes du procès, d'un rapport (ou lien) que l'on qualifie précisément de rapport (ou lien) juridique d'instance ».

312. Pour ce qui est des autres procédures de conciliation – celles menées par le juge ou un tiers qu'il désigne, après avoir été correctement saisi d'une demande en justice aux fins de jugement – nous considérerons qu'elles sont effectivement menées dans le cadre d'une instance judiciaire.

313. J. VINCENT et S. GUINCHARD, Procédure civile, *op. cit.*, n° 834.

314. L. CADIET, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 1066 ; G. COUCHEZ, J.-P. LANGLADE, D. LEBEAU, Procédure civile, *op. cit.*, n° 267 ; J. VINCENT et S. GUINCHARD, Procédure civile, *op. cit.*, n° 515.

315. V. par exemple : Cass. civ. 3^e, 14 juin 1989, Bull. civ. III, n° 137 ; soc. 10 juillet 1996, RTDCiv. 1996. 981, obs. PERROT.

316. Cass. civ. 2^e, 11 déc. 1985, JCP. 1986. II. 20677, obs. TAISNE et RTDCiv. 1987. 142, obs. PERROT.

317. En l'espèce, une demande incidente formée devant le juge des référés : Cass. com., 2 avril 1996, Bull. civ. IV, n° 112.

318. Cass. civ. 1^e, 1^{er} oct. 1996, Bull. civ. I, n° 334.

319. Cass. civ. 2^e, 26 nov. 1998, Bull. civ. II, n° 283, D. aff. 1999. 199, obs. A.-L. M.-D.

320. Cass. civ. 2^e, 8 juin 1988, JCP. 1989. II. 21199 obs. TAISNE, RTDCiv. 1989. 751, obs. MESTRE.

321. Cass. civ. 3^e, 18 fév. 1998, Bull. civ. III, n° 38, Defr. 1998. 1192, obs. DUPLAN-MIELLET (1^e esp.).

322. V. Méga nouveau code de procédure civile, 1999, Dalloz, commenté par S. GUINCHARD, art. 1^{er}, note 010 et suiv., et la jurisprudence citée dont en particulier : Cass. civ. 3^e, 6 mai 1987, Bull. civ. III, n° 95 ; 25 janvier 1989, Bull. III, n° 20 ; 13 mars 1996, Bull. III, n° 67 et 8 octobre 1997, Procédures déc. 1997, n° 287, obs. PERROT.

323. Sur cette question, V. par exemple J. VINCENT et S. GUINCHARD, Procédure civile, *op. cit.*, n° 140 s., 743 s. et 834 ; L. CADIET, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 1149 et s.

324. La caducité de la demande est une sanction qui n'est prévue par le nouveau code de procédure civile que pour la procédure devant le TGI : art. 757, si l'assignation n'est pas placée dans les quatre mois qui suivent sa notification ; L. CADIET, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 1158.

325. Jugé qu'une assignation non enrôlée ne peut pas faire courir le délai de péremption : Civ. 2^e, 29 février 1984, Bull. civ. II, n° 43, RTDciv. 1984. 559, obs. R. PERROT ; ... ni la prescription : Cass. com. 18 déc. 1984, RTDciv. 1985. 445, obs. PERROT ; ... ni faire jouer la litispendance : Cass. com. 4 oct. 1994, JCP. G. 1995. I. 3846, obs. L. CADIET.

326. Cependant, précisons toutefois que dès sa formulation par le demandeur et après qu'elle a été portée à la connaissance du défendeur, la demande emporte à elle seule certains effets entre les parties : sur ce point V. L. CADIET, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 996 et s. En tant que telle, la demande est créatrice d'une situation juridique spécifique qui confère aux parties une nouvelle qualité – celle de demandeur et de défendeur – qui se superpose, pour le temps du procès, à leur qualité antérieure. Sur ce point, V. G. CORNU et J. FOYER, Procédure civile, *op. cit.*, n° 95, p. 431. Plus encore, cette situation juridique particulière met à la charge des parties diverses obligations : comme enrôler la juridiction dans les délais impartis ou encore constituer avocat etc. Sur ce point enfin, V. L. CADIET, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 998.

327. J. VINCENT et S. GUINCHARD, Procédure civile, *op. cit.*, n° 475 et s. et 834 ; L. CADIET, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 1028 et s. ; G. CORNU et J. FOYER, Procédure civile, *op. cit.*, n° 95, p. 431.

328. J. VINCENT et S. GUINCHARD, Procédure civile, *op. cit.*, n° 140 ; G. CORNU et J. FOYER, Procédure civile, *op. cit.*, n° 136, p. 583 ; L. CADIET, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 995 et s. ; G. COUCHEZ, J.-P. LANGLADE, D. LEBEAU, Procédure civile, *op. cit.*, n° 247.

329. L. CADIET, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 1000 ; J. VINCENT et S. GUINCHARD, Procédure civile, *op. et loc. cit.* ; G. COUCHEZ, J.-P. LANGLADE, D. LEBEAU, Procédure civile, *op. et loc. cit.*

330. L. CADIET, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 1001 ; J. VINCENT et S. GUINCHARD, Procédure civile, *op. cit.*, n° 136.

331. J. VINCENT et S. GUINCHARD, Procédure civile, *op. cit.*, n° 140.

332. L. CADIET, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 1002 et 1003 ; J. VINCENT et S. GUINCHARD, Procédure civile, *op. et loc. cit.* ; G. COUCHEZ, J.-P. LANGLADE, D. LEBEAU, Procédure civile, *op. et loc. cit.*
333. NCPC, art. 830 et suiv.
334. NCPC, art. 833.
335. G. COUCHEZ, J.-P. LANGLADE, D. LEBEAU, Procédure civile, *op. cit.*, n° 545 et s.
336. NCPC, art. 832-1 et s.
337. Le terme « *prétention* » est expressément employé par l'article 830 NCPC ; G. COUCHEZ, J.-P. LANGLADE, D. LEBEAU, Procédure civile, *op. cit.*, n° 545 et 546.
338. Sur cette question : G. COUCHEZ, J.-P. LANGLADE, D. LEBEAU, Procédure civile, *op. cit.*, n° 550. On regrettera cependant que ces auteurs, qui s'interrogent pourtant sur les effets de la demande aux fins de tentative préalable de conciliation au regard de l'interruption de la prescription, n'en tirent pas clairement de conclusion quant à l'appartenance d'une telle demande à la catégorie des demandes en justice.
339. Spécialement, une citation en justice.
340. Dans sa rédaction issue du D. n° 96-652 du 22 juillet 1996, art. 1^{er}.
341. J. BARRERE, J.-Cl. Procédure civile, fasc. 330, 1995, V° Tribunal d'instance, n° 99.
342. J. BARRERE, Tribunal d'instance, art. préc., n° 98 ; V. également A.-M. SOHMBOURGEOIS, Rép. proc. civ., Dalloz, mars 1999, V° Procédure devant le tribunal d'instance, n° 40.
343. J. BARRERE, Tribunal d'instance, art. préc., n° 98 et s.
344. J. BARRERE, Tribunal d'instance, art. préc., n° 100.
345. J. BARRERE, Tribunal d'instance, art. préc., n° 100.
346. J. BARRERE, Tribunal d'instance, art. préc., n° 99.
347. G. CORNU et J. FOYER, Procédure civile, *op. cit.*, n° 183, p. 723 ; V. en ce sens également H. CROZE et C. MOREL, procédure civile, 1988, PUF, n° 368 ; H. CROZE, C. MOREL et O. FRADIN, Procédure civile, Litec, coll. Objectif droit, 2001, n° 955 : « *il s'agit d'une véritable demande en justice...* ».
348. L. CADIET, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 1758 ; G. CORNU et J. FOYER, Procédure civile, *op. cit.*, n° 183, p. 723 ; J. VINCENT et S. GUINCHARD, Procédure civile, *op. cit.*, n° 919.
349. En précisant cela, il nous semble que l'auteur a simplement voulu rappeler que, contrairement aux « véritables » demandes en justice, la demande aux fins de tentative préalable de conciliation n'introduit pas une instance contentieuse car elle n'a pas pour objet d'obtenir du juge qu'il tranche la prétention qui lui est soumise et rende un jugement.
350. L. CADIET, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 1758.
351. G. CORNU et J. FOYER, Procédure civile, *op. cit.*, n° 136, p. 581.
352. G. CORNU et J. FOYER, Procédure civile, *op. et loc. cit.*
353. J. VINCENT et S. GUINCHARD, procédure civile, *op. cit.*, n° 919 : ces auteurs ne l'affirment-ils pas lorsqu'ils écrivent « *Commencer l'instance par une simple tentative de*

conciliation n'est plus qu'une faculté, abandonnée à la volonté du demandeur » ?

354. C. civ., art. 2245.

355. G. COUCHEZ, Procédure civile, *op. cit.*, n° 385 bis.

356. Une telle demande lie le juge parce que par cette convention, les parties modifient l'office du juge relativement au traitement judiciaire de leur litige : L. CADIET, Les accords sur la juridiction dans le procès, *in* Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends, *op. cit.*, p. 51. L'auteur range le retrait du rôle parmi les conventions de disposition processuelle. Sur cette catégorie d'actes processuels, V. *infra* n° 211 et s.

357. Cass. Ass. Plén., 24 novembre 1989, Gaz. Pal. 1989. 970, note J.-M. G. ; D. 1990. 25 concl. CABANNES ; *ibid.* 429, note JULIEN ; JCP. 1990. II. 21407, obs. CADIET ; RTDCiv. 1990. 145, obs. PERROT ; Gaz. Pal. 1990. Somm. 358, obs. GUINCHARD et MOUSSA ; Rapport Cour cass. 1989, La documentation française, 1990, p. 179.

358. On regrettera cependant, avec L. CADIET, que le retrait du rôle ne suspende pas également le délai de péremption : Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 1358 ; obs. au JCP. G. 1990. II. 21407 préc.

359. V. Rapport J.-M. COULON, *op. cit.*, p. 51 et s.

360. Megacode procédure civile 1999, Dalloz, Commenté par S. GUINCHARD, note 020 s./art. 383.

361. V. les références citées *supra* note n° 351.

362. NCPC, art. 381.

363. Y. MULLER, Le contrat judiciaire en droit privé, th. préc., n° 175.

364. J.-M. COULON, Réflexions et propositions sur la procédure civile, rapport préc., p. 60 ; G. COUCHEZ, Procédure civile, *op. cit.*, n° 385 bis.

365. Cette exigence peut sembler en contradiction avec l'intention affichée de lier le juge par la demande des parties : la motivation n'est-elle pas précisément destinée à permettre un contrôle judiciaire du fondement de la demande et le cas échéant à justifier un refus du juge d'accorder la mesure sollicitée ? Sur cette contradiction : V. S. GUINCHARD, L'ambition d'une justice civile renouvelée..., art. préc., n° 16.

366. V. par exemple, Cass. civ. 1^e, 20 février 1979, Bull. civ. I, n° 69 ; Cass. civ. 2^e, 21 janvier 1981, Bull. civ. II, n° 14, RTDCiv. 1982. 469, obs. PERROT ; Civ. 2^e, 8 juillet 1987, Gaz. Pal. 1988. Somm. 150, obs. CROZE et MOREL : « la radiation, même d'un commun accord des parties, ne fait que suspendre l'instance ; elle n'anéantit pas l'effet interruptif de la prescription par l'assignation et ne vaut pas désistement ».

367. Megacode procédure civile, *op. cit.*, note 017 s./art. 383 : Versailles, 28 avril 1994, D. 1995, somm. 110 ; note FRICERO ; *contra* : Paris, 28 septembre 1988, Gaz. Pal. 1989, somm. 85.

368. L. CADIET, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 1358 : l'auteur dispose que l'instance étant « simplement suspendue », le retrait du rôle « n'anéantit pas l'effet interruptif de prescription résultant de la demande en justice ».

369. Le juge n'est pas dessaisi de l'affaire : J. VINCENT et S. GUINCHARD, Procédure civile, *op. cit.*, n° 1172.
370. Cass. civ. 2^e, 21 juin 1989, Bull. civ. II, n° 132, JCP. 1990. II. 21474, obs. CADIET.
371. Cass. civ. 2^e, 29 janv. 1986, D. 1986. IR. 227 ; RTDCiv. 1986. 642 obs. PERROT.
372. Si toutefois la conciliation est *totale*, autrement dit porte sur l'entier litige.
373. Mais les parties peuvent aussi décider de ne pas modifier leurs prétentions initiales aux fins d'obtenir, sur les points sur lesquels elles se sont conciliées, un jugement d'expédient.
374. V. *supra* n° 29 et s.
375. *Contra* : L. CADIET, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 930.
376. Nous employons ce terme dans le même sens que celui proposé par monsieur Charles JARROSSON et qui découle du pouvoir d'appréciation du juge : La notion d'arbitrage, th. préc. n° 149 et suiv. et spéc. n° 154 et s. ; V. aussi Y. MULLER, le contrat judiciaire en droit privé, thèse préc., p. 17 et s., n° 44 et s. et surtout p. 201 et s., n° 186 et s. qui évoque l'idée d'une *supervision* de la procédure par le juge.
377. Ce pouvoir consiste à attribuer « à une donnée légale abstraite, un contenu concret et variable selon les espèces qui lui sont soumises », précise Ch. JARROSSON dans sa thèse, La notion d'arbitrage, préc., n° 149.
378. J. BARRERRE, art. préc., n° 109.
379. J. NORMAND, Conclusions *in* Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends, *op. cit.*, p. 142.
380. J. NORMAND, Conclusions, art. préc., p. 147.
381. J. NORMAND, Conclusions, art. préc., p. 147.
382. Prolégomènes pour un futur code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971, D. 1972. 91.
383. Y. MULLER, Le contrat judiciaire en droit privé, th. préc., p. 188, n° 173.
384. L. CADIET, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 931 et 933. Sur le pouvoir discrétionnaire d'appréciation du juge quant à l'opportunité de lancer une procédure de conciliation ou de médiation, V. *infra* n° 83.
385. Ainsi l'intitule le nouveau code de procédure civile dans son Livre I, Titre I, Section VIII « La conciliation » (art. 21) et *ibid.* Titre VI « La conciliation » (art. 127 et s.).
386. Faculté qui lui a été reconnue depuis la loi n° 95-125 du 8 février 1995, art. 21 et s.
387. Ainsi l'intitule le nouveau code de procédure civile dans son Livre I, Titre VI bis « La médiation » (art. 131-1 et s.).
388. V. *infra* n° 524.
389. V. *infra* n° 522 et s.
390. V. *infra* n° 443 et s.

391. A titre d'exemples : choix du nombre de réunions et de leur fréquence, confrontation des parties ou réunions séparées, confrontation avec des tiers, intervention active dans la recherche de la solution ou au contraire refus de procéder à la moindre proposition ...

392. V. *infra* n° 474 et s.

393. V. *infra* n° 532 et s.

394. Sur toutes ces questions, V. *infra* n° 499 et s.

395. Sur la qualification du juge de « juge censeur », V. G. PAISANT, Les activités de règlement sans le juge : le cas du surendettement des particuliers, *in* Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends, *op. cit.*, p. 70 et suiv., spéc. p. 80.

396. Ce qui n'est possible, rappelons-le, que si les parties y consentent expressément.

397. Toutefois, rappelons que depuis la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002, art. 8, le juge a le pouvoir d'enjoindre aux parties, indépendamment de leur accord, de rencontrer un conciliateur de justice, ce qui fragilise sensiblement la place et le rôle du consentement des parties dans ces procédures.

398. Mission qui lui est impartie par l'article 21 NCPC.

399. Dans ce sens : V. Rapport du Sénat, n° 30, 1^{ère} session ordinaire de 1994-1995, dans lequel M. F. TERRE précise (p. 5) que « la faculté ouverte au juge de désigner une personne choisie dans des conditions définies par décret en Conseil d'Etat ne constituait pas une délégation de l'imperium du juge ».

400. Ch. JARROSSON, Chronique consacrée aux MARC, Justices, n° 6, avril – juin 1997, p. 279.

401. Sur l'historique de la loi du 8 février 1995 et les circonstances qui ont conduit à son adoption, V. *infra* n° 273 et s.

402. Art. 131-1 et suiv.

403. NCPC, art. 131-6.

404. NCPC, art. 131-10 ; Ch. JARROSSON, *chron. préc.*, Justices, n° 6, p. 279 ; Les dispositions sur la conciliation et la médiation judiciaires de la loi du 8 février 1995, *Rev. arb.* 1995. 219 ; G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, *op. cit.*, p. 50, n° 9.

405. NCPC, art. 830 et s. : les parties saisissent le juge aux seules fins de conciliation.

406. NCPC, art. 127 et 131-1 : les parties demandent au juge de tenter de les concilier alors qu'elles l'avaient initialement saisi aux fins de jugement.

407. Sur la nature conventionnelle de la conciliation judiciaire, V. *infra* n° 150 et s.

408. Sur cette distinction entre consentement et assentiment, V. L. CADIET, Les accords sur la juridiction dans le procès, *in* Le juridictionnel et le conventionnel dans le règlement des différends, *op. cit.*, p. 34 et s., spéc. p. 36.

409. Sur les incidences que le contexte judiciaire emporte sur toute procédure de conciliation judiciaire, V. *infra* n° 138 et s.

410. On observera que seules des procédures de conciliation *préalables* sont encore obligatoires. Dans ce cas, ce n'est pas le juge à proprement parler qui est instigateur de la conciliation, mais la loi ou le règlement puisque la procédure s'impose non seulement aux

parties mais également au juge lui-même, qui ne peut connaître de l'affaire au fond, à fin de jugement, sans avoir tenté de concilier les parties.

411. NCPC, art. 840, 847 et 847-3, Aj. D. n° 98-1231 du 28 décembre 1998.

412. C. trav., art R. 516-13.

413. NCPC, art. 887.

414. V. COJ, art. L. 331-3 mod. L. 2002-1138 du 9 septembre 2002, art. 7 : « *En matière civile, la juridiction de proximité [...] se prononce après avoir cherché à concilier les parties...*

415. NCPC, art. 1110 et C. civ., art. 251 à 252-2.

416. C. trav., art. R. 145-9.

417. P. COUV RAT et G. GIUDICELLI-DELAGE, Conciliation et médiation, J.-Cl. proc. civ., fasc. 160, n° 124.

418. L. CADIET, Premières vues sur le décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 modifiant le code de l'organisation judiciaire et le nouveau code de procédure civile, JCP. G. 1999, Actualités, Aperçu rapide, p. 397 et s. ; du même auteur : Chronique de droit judiciaire privé à la JCP. G. 1999. I. 130, spéc. p. 729 et s., n° 12 ; M. DOUCHY, Le décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 modifiant le code de l'organisation judiciaire et le nouveau code de procédure civile : l'adoption partielle des propositions du rapport de J.-M. COULON, Gaz. Pal. 1999, doct. p. 831 et s., spéc. p. 835, n° 12 ; B. DAILLE-DUCLOS, Le décret du 28 décembre 1998 : la véritable réforme de la procédure civile, Gaz. Pal. 1999, doct. 822 et s., spéc. 825 ; J. HERON, Réflexions sur le décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 modifiant le code de l'organisation judiciaire et le nouveau code de procédure civile, RGDP. 1999, n° 1, p. 65 et s., spéc. p. 75 ; R. PERROT, Le décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 modifiant le code de l'organisation judiciaire et le nouveau code de procédure civile, Rev. Procédures, mars 1999, p. 3 et s., spéc. p. 6 et s.

419. Pour une atténuation de cette affirmation, V. *infra* n° 509 et s.

420. Il s'agira alors le plus souvent d'une conciliation informelle décidée spontanément par les parties en cours d'instance. Nous insistons sur le fait que la conciliation doit avoir été menée *en cours d'instance* pour que sa constatation et son authentification par le juge puissent éventuellement lui conférer une nature judiciaire. En effet, si l'on prend l'exemple d'une transaction conclue en dehors de toute instance judiciaire et soumise ultérieurement à l'*exequatur* du président du tribunal de grande instance afin que ce dernier lui donne force exécutoire (comme le permet désormais l'art. 1441-4 nouveau du NCPC, Aj. D. n° 98-1231 du 28 décembre 1998, art. 30) : l'authentification par le juge n'en fera pas pour autant une transaction *judiciaire*. Nous reviendrons sur cette question dans notre seconde partie lorsque nous nous intéresserons aux effets de la constatation judiciaire des accords de conciliation.

421. Par exemple : NCPC, art. 130, 384, 768, 863, 131-12, 832-8 et C. trav., art. R. 516-14, R. 516-24 et R. 516-27.

422. En ce sens, H. SOLUS et R. PERROT, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 1184.

423. Y. DESDEVISES, Remarques sur la place de la conciliation dans les textes récents de procédure civile, D. 1981. 241 et s., spéc. n° 37 et suiv.
424. V. *infra* n° 659 et s., spéc. n° 672 et s. et 683.
425. Non conformité manifeste de l'accord à des dispositions d'ordre public ; inexistence de l'accord etc...
426. V. *infra* n° 605 et s., et 678 et s..
427. Nous y reviendrons ultérieurement dans notre seconde parties, lorsque nous nous consacrerons au rôle du juge à l'issue de toute procédure de conciliation ou de médiation judiciaire.
428. Par exemple, E. SERVERIN, P. LASCOUMES, T. LAMBERT, Transactions et pratiques transactionnelles, Economica, 1987, p. 90 ; F. KERNALEGUEN, La solution conventionnelle des litiges civils, in Le droit contemporain des contrats, dir. L. CADIET, 1987, Economica, p. 65 et s., spéc. p. 83 ; Ch. JARROSSON, Le nouvel article 1441-4, la transaction revêtue de la formule exécutoire, RGDP 1999, p. 138.
429. Y. MULLER, Rép. proc. civ., V° Contrat judiciaire, Dalloz, n° 79.
430. Y. MULLER, Contrat judiciaire, art. préc., n° 80.
431. Y. MULLER, Contrat judiciaire, art. préc., n° 3.
432. Y. MULLER, Le contrat judiciaire en droit privé, th. préc., p. 145, n° 134. Pour un exemple récent, V. Cass. civ. 2^e, 7 mars 2002, LPA, 8 janvier 2003, n° 6, p. 15.
433. G. PLUYETTE, La médiation judiciaire, art. préc., Gaz. Pal. 1998, p. 704.
434. V. *supra* n° 74.
435. J. VINCENT, S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER et A. VARINARD, Institutions judiciaires, *op. cit.*, p. 625, n° 607-1.
436. V. notre définition *infra* n° 105.
437. D. n° 78-381 du 20 mars 1978.
438. La conciliation est tentée « *en dehors de tout procédure judiciaire* », D. 1978, art. 1^{er}.
439. Le conciliateur de justice est un « *véritable auxiliaire de justice* » (J. VINCENT, S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER et A. VARINARD, Institutions judiciaires, *op. cit.*, n° 611) qui prête serment (D. 1978, art. 8 al. 2) en jurant loyalement de remplir ses fonctions avec exactitude et probité et d'observer en tout les devoirs qu'elles lui imposent. En cas de manquement à l'honneur, à la délicatesse ou à la probité, le conciliateur de justice peut être déchu de ses fonctions (D. 1978, art. 3 al. 2 et 4). Chaque année, il est tenu de présenter aux autorités qui l'ont nommé un rapport d'activité qui peut être rendu public (D. 1978, art. 9 bis). Enfin, chaque fois que la conciliation aboutira à un accord qui aura pour effet la renonciation à un droit, le conciliateur de justice devra en dresser procès-verbal et en déposer un exemplaire au secrétariat-greffe du tribunal d'instance auprès duquel il est rattaché (D. 1978, art. 9 al. 1 et 2). Toutes ces dispositions, tirées du décret n° 78-381 du 20 mars 1978, sont autant d'illustrations du lien existant entre les conciliateurs de justice et le

monde judiciaire, autrement dit, d'une forme de tutelle judiciaire destinée à offrir des garanties aux personnes qui auraient recours aux services des conciliateurs de justice. Sur les modalités de nomination des conciliateurs de justice, V. *infra* n° 561 et s., spéc. n° 565.

440. V. *infra* n° 103.

441. J. VINCENT, S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER et A. VARINARD, Institutions judiciaires, *op. cit.*, p. 625, n° 607-1.

442. Elément, du grec *para* : à côté de.

443. D. n° 96-652.

444. D. n° 98-1231.

445. Sur le champ d'application de cette forme de conciliation déléguée, V. *infra* n° 371 et s.

446. V. *infra* n° 377 et s. ; L. 8 fév. 1995, art. 21, al. 1^{er}, 1°.

447. J. VINCENT et S. GUINCHARD, Procédure civile, *op. cit.*, p. 607, n° 762-1. Cependant, lire J. VINCENT, S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER et A. VARINARD, Institutions judiciaires, *op. cit.*, n° 611.

448. G. PLUYETTE, La médiation judiciaire, art. préc., p. 704.

449. Sur le champ matériel d'application de la médiation judiciaire, V. *infra* n° 383 et s.

450. J. VINCENT, S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER et A. VARINARD, Institutions judiciaires, *op. cit.*, n° 35 et 607-1 et s.

451. J. VINCENT, S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER et A. VARINARD, Institutions judiciaires, *op. cit.*, n° 607-1.

452. *Ibid.*

453. J. VINCENT, S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER et A. VARINARD, Institutions judiciaires, *op. cit.*, n° 35 b).

454. *Ibid.*

455. Dès avant que la qualification de conciliation para-judiciaire ne soit proposée, un auteur soulignait que « *le trait principal qui caractérise [ces conciliations] est leur forte articulation à la procédure judiciaire* » : L. CADIET, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 937 ; du même auteur, Solution judiciaire et règlement amiable des litiges : de la contradiction à la conciliation, Mélanges C. CHAMPAUD, préc., n° 27 à 29.

456. Cette liste fait par exemple référence à la conciliation mise en œuvre par les conciliateurs de justice en vertu du décret n° 78-381 et 20 mars 1978 mod. (*op. cit.*, n° 608) ; à la procédure de conciliation des commissions départementales d'examen des situations des personnes surendettées organisée par la loi n° 89-1010 du 31 décembre 1990 mod. (*op. cit.*, n° 613) ; ou encore à la procédure de règlement amiable des difficultés des entreprises de la loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984 mod. (*op. cit.*, n° 614).

457. V. *supra* n° 27.

458. V. notre définition *supra* n° 33.

459. D. 20 mars 1978, art. 1^{er}.

460. Beaucoup d'auteurs retiennent néanmoins cette qualification, faute de pouvoir faire entrer cette forme de conciliation dans la catégorie des conciliations judiciaires : Ch. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, th. préc., n° 364 et s. ; L. CADIET, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, n° 928 ; G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, *op. cit.*, n° 8, p. 49.
461. J. VINCENT, S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER et A. VARINARD, *Institutions judiciaires*, *op. cit.*, n° 611.
462. V. par ex., G. PAISANT, *Les activités de règlement sans le juge : le cas du surendettement des particuliers*, in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, *op. cit.*, p. 70 et suiv.
463. G. PAISANT, JCP. 1995. I. 3844.
464. H. CROZE, *Revue Procédures*, oct. 1998, n° 222 ; PAISANT, *RIDCom*. 1998. 743 ; A. SINAY-CITERMANN, JCP. 1999. I. 106 ; Sur le décret d'application du 2 février 1999 : CROZE, *Procédures*, mars 1999, n° 70.
465. G. PAISANT, *Les activités de règlement sans le juge...*, art. préc., p. 82.
466. G. PAISANT, *Les activités de règlement sans le juge...*, art. préc., p. 79.
467. G. PAISANT, *Les activités de règlement sans le juge...*, art. préc., p. 80.
468. En ce sens, L. CADIET, *Une justice contractuelle, l'autre*, in *Mélanges offerts à J. GHESTIN*, art. préc., p. 177 et suiv., spéc. p. 190 ; E. GUIGOU, *Discours prononcé à l'occasion de la rentrée solennelle du barreau de Paris*, LPA, 26 nov. 1997, p. 7 et suiv., spéc. p. 10 : « *La mise en place [des] modes alternatifs de règlement des conflits doit se faire en étroite articulation avec l'institution judiciaire* ».
469. Sur cette tendance, V. *infra* n° 294 et s.

Première partie. Des contrats dirigés

Introduction à la première partie

- 1 **113.Nature contractuelle de la conciliation et de la médiation judiciaires** - Dire des procédures de conciliation et de médiation judiciaires qu'elles sont des *contrats dirigés* nécessite au préalable que l'on établisse leur nature contractuelle. S'il existe un consensus sur le fait que ces procédures appellent le consentement des parties pour permettre leur mise en œuvre et que, de ce fait, elles ont une *origine* conventionnelle ⁴⁷⁰, en revanche, l'étape suivante qui consiste à déduire de cette *origine* conventionnelle, une *nature* contractuelle, n'a, à notre connaissance, jamais été clairement franchie ⁴⁷¹.
- 2 Cette réserve surprend. Elle surprend d'autant plus que, nous l'avons souligné, la doctrine s'accorde pour reconnaître une *nature* conventionnelle aux clauses de conciliation ou de médiation ⁴⁷². Il n'empêche, le parallèle entre les clauses de conciliation ou de médiation et les procédures de conciliation et de médiation judiciaires n'a jamais été fait. Or, à y regarder de près, il ne fait pas de doute que les unes comme les autres organisent une procédure de négociation en vue de parvenir au règlement amiable d'un litige et surtout, que les unes comme les autres nécessitent le consentement des parties pour leur être opposables. La seule différence entre elles réside dans leur origine rédactionnelle : tandis que les clauses de conciliation ou de médiation sont directement rédigées par les parties contractantes, en revanche, les procédures de conciliation et

de médiation judiciaires sont l'œuvre du législateur. Faut-il voir dans ce dernier élément un obstacle à la classification des procédures de conciliation et de médiation judiciaires au sein de la famille des contrats ? Nous ne le pensons pas. Le développement des contrats-types réglementaires ou des obligations d'origine légale sont la preuve que les contrats peuvent avoir une structure légale ou réglementaire tout en continuant d'appartenir à la famille des conventions. C'est ce que nous nous proposons d'établir.

- 3 **114. Comparaison avec les pourparlers précontractuels** -A cette fin, nous aurons recours à la notion de *pourparlers* car, comme ces derniers, on observe que conciliation et médiation judiciaires consistent en des négociations ou tractations qui précèdent la conclusion d'un accord. Par ce truchement, nous pensons pouvoir établir plus aisément la nature contractuelle de ces procédures. En effet, n'est-il pas fréquent de voir les parties donner une forme contractuelle à leurs pourparlers pour plus d'efficacité et de sécurité juridique ? Aussi, si le recours à la forme contractuelle est habituel en matière de pourparlers précontractuels, pourquoi ne pas également l'envisager en matière de conciliation et de médiation judiciaires ?
- 4 Notre ambition sera donc moins de démontrer l'existence de contrats de conciliation ou de médiation judiciaires, que de démontrer celle de **contrats de pourparlers judiciaires (Titre I)**.
- 5 **115. Le dirigisme contractuel, en général** - Une fois la nature contractuelle de la conciliation et de la médiation judiciaires affirmée, il nous appartiendra alors de préciser en quoi ces contrats sont *dirigés*. Le dirigisme contractuel, nous l'avons déjà évoqué, a pour conséquence une atteinte à la liberté contractuelle des parties contractantes. Cette atteinte porte le plus souvent sur la libre détermination du contenu du contrat envisagé : les éléments

essentiels ainsi qu'éventuellement les éléments accessoires du contrat sont prédéterminés dans un modèle type. Mais parfois, ce sont moins gravement les modalités de formation du contrat qui sont visées : les parties sont tenues de respecter un certain formalisme lors de la formulation de l'offre ou de l'acceptation, ou encore de respecter des délais d'attente ou de rétractation. Enfin, ce peuvent être les modalités de négociation du contrat qui sont limitées, sinon supprimées : les parties n'ont d'autre choix que d'adhérer en bloc au modèle de contrat qui leur est soumis ou de refuser d'y adhérer, sans possibilité de modifier ni de discuter. Ce dirigisme peut être d'origine privée ou publique. Sa finalité est le plus souvent de faciliter et d'accélérer la passation des contrats concernés ; elle peut aussi viser à assurer le respect de divers intérêts privés ou publics, qu'il y a tout particulièrement lieu de sauvegarder.

- 6 **116. Les dirigisme des contrats de pourparlers judiciaires, en particulier** - L'examen des contrats de pourparlers judiciaires sous le prisme du dirigisme contractuel (**Titre II**) montrera que le dirigisme des contrats de conciliation ou de médiation n'est pas un phénomène propre aux procédures judiciaires mais plutôt l'épiphénomène d'une tendance beaucoup plus générale et qui concerne tous les modes amiables de règlement des conflits, pris dans leur globalité. A chaque fois, l'interventionnisme des pouvoirs publics est guidé par le même souci : assurer que ces modes amiables présentent suffisamment de garanties pour les parties qui y ont recours. En revanche, nous verrons que d'une procédure à l'autre, d'un contrat à l'autre, la manière dont le législateur intervient en vue de parvenir à cette fin peut varier sensiblement.
-

NOTES

470. V. *supra* n° 13.

471. Toutefois, X. LAGARDE, Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges, Rev. arb. 2001, 423 et suiv., spéc. p. 441 : l'auteur qualifie de « *contrat de médiation* » le contrat en vertu duquel les parties définissent le processus à suivre en vue de parvenir au règlement de leur différend. Cependant, c'est d'un contrat dont le contenu est librement déterminé par les parties dont il est question et non pas des procédures de conciliation ou de médiation judiciaires.

472. V. *supra* n° 37.

Première partie. Des contrats dirigés

Titre I. Des contrats de pourparlers judiciaires

Introduction au titre I

- ¹ 117. En vue d'asseoir la nature contractuelle des procédures de conciliation et de médiation judiciaires, nous proposons d'appréhender d'abord celles-ci non plus en tant que *procédures judiciaires* mais en tant que *pourparlers judiciaires* (**Chapitre I**) car les pourparlers - dont la conciliation et la médiation judiciaires ne sont, selon nous, qu'une espèce - se prêtent tout naturellement à la forme contractuelle. Ensuite, c'est en démontrant qu'aucune procédure de conciliation ou de médiation judiciaire n'est possible sans le consentement des parties, que l'on établira définitivement leur nature contractuelle, car le consentement est bien le critère exclusif du contrat (**Chapitre II**).

Chapitre I. Des pourparlers judiciaires

- ¹ **118.** Vouloir qualifier les procédures de conciliation et de médiation judiciaires de pourparlers judiciaires nécessite au préalable que l'on revienne sur la notion de *pourparlers* (**Section I**). Ce n'est alors que dans un second temps, en comparant les procédures qui nous intéressent à la notion de pourparlers ainsi dégagée, que l'on établira qu'une assimilation est possible. Cette assimilation faite, il conviendra d'apprécier dans quelle mesure, le fait que les pourparlers se déroulent dans le cadre d'une instance judiciaire a des répercussions sur leur régime juridique et justifie le recours à l'appellation de pourparlers *judiciaires* (**Section II**).

SECTION I – CONCILIATION ET MÉDIATION JUDICIAIRES, FORMES DE POURPARLERS

- 2 **119.** Afin d'établir que la conciliation et la médiation judiciaires sont des pourparlers, il convient au préalable de rappeler quelle est la notion de pourparlers **(A)** avant de passer en revue les différentes formes qu'ils peuvent revêtir **(B)**. Ce n'est qu'ensuite que l'on pourra procéder à une comparaison entre ces procédures amiables et les pourparlers pour conclure qu'une assimilation est possible **(C)**.

A. La notion de pourparlers

- 3 **120.** La conclusion d'un contrat peut résulter, selon la formule d'un auteur, de la rencontre « *coup de foudre* » ⁴⁷³ d'une offre et d'une acceptation ⁴⁷⁴. Dans ce registre, on pense par exemple aux contrats de la vie courante tels que les ventes en libre service, les ventes par correspondance, la distribution automatique ⁴⁷⁵ etc. De la même manière, les contrats d'adhésion – que l'adhésion soit unilatérale ou bilatérale ⁴⁷⁶ – excluent toute discussion préalable entre les parties, le ou les adhérent(s) n'ayant d'autre choix que d'accepter l'offre qui leur est faite telle quelle ou bien de la refuser. Si ces hypothèses sont très fréquentes, elles ne correspondent cependant pas à la totalité de la vie contractuelle ⁴⁷⁷. Lorsque les intérêts en jeu sont importants ou complexes, la conclusion du contrat est presque systématiquement précédée d'une période de négociation, plus ou moins longue, que l'on appelle indifféremment ⁴⁷⁸ pourparlers ⁴⁷⁹, période précontractuelle ⁴⁸⁰, négociation ⁴⁸¹, négociation contractuelle ⁴⁸².

- 4 **121.Définition des pourparlers** - Cette période a pu être définie comme « la période exploratoire durant laquelle les futurs contractants échangent leurs points de vue, formulent et discutent les propositions qu'ils se font mutuellement afin de déterminer le contenu du contrat, sans être pour autant assurés de le conclure » ⁴⁸³ . D'autres auteurs y voient « un ensemble d'échanges précédant la formation de l'accord, en vue d'identifier, puis de résoudre les problèmes que posera la relation économique envisagée et d'accorder, ensuite, les volontés des intéressés sur la discipline que constitue le contrat. C'est l'entonnoir dans lequel vont s'entrechoquer et se fondre les projets, les préoccupations des différents partenaires » ⁴⁸⁴ . En d'autres termes, il s'agit plus simplement de la « phase de négociation qui précède la formation du contrat » ⁴⁸⁵ .
- 5 **122.Procéduralisation de la période précontractuelle** - Le particularisme de cette période précontractuelle est qu'elle est longtemps restée ignorée du droit. A ce propos, un auteur a pu parler de « *no man's land juridique* » ⁴⁸⁶ . Effectivement, le code civil n'y fait pratiquement pas allusion ⁴⁸⁷ , probablement parce qu'au moment de sa rédaction, « les rapports d'affaire entre les particuliers restaient limités » ⁴⁸⁸ et qu'alors, le schéma simpliste en vertu duquel le contrat se forme par la rencontre d'une offre et d'une acceptation s'avérait amplement suffisant ⁴⁸⁹ . La multiplication et la complexification des relations économiques et par-là, des contrats, ont rendu nécessaire que le droit appréhende la période précédant la conclusion de ces derniers ⁴⁹⁰ : prolifération des règles d'ordre public, autorisations préalables, encadrement des négociations par un « *formalisme protecteur* » ⁴⁹¹ ... Et l'on assiste effectivement à une « *juridicisation* » croissante des négociations contractuelles voire, à une « *procéduralisation* » ⁴⁹² , lorsque ce n'est pas à la création d'obligations de négocier ⁴⁹³ , chaque fois qu'il s'agit de protéger une partie socialement ou économiquement faible

494 . On évoque, à ce propos, l'émergence d'un « *droit procédural de la négociation* » 495 .

- 6 **123.Période précontractuelle et principe de liberté contractuelle** - Une telle évolution peut surprendre lorsque l'on sait que les pourparlers sont placés sous le signe de la liberté 496 . Cette liberté signifie que « *les parties sont libres d'entamer ou non la négociation d'un contrat et si la négociation est commencée, [qu'] elles sont libres de l'abandonner ; les parties sont également libres de mener à leur gré les pourparlers* » 497 . Elle est fondée sur le principe de la liberté contractuelle « *dans son contenu le plus élémentaire* » 498 qui, selon une interprétation très libérale, peut être analysé comme signifiant que pendant les négociations, tout doit être « *librement débattu jusqu'au dernier moment pour permettre à la loi du marché de jouer pleinement : jusqu'à la conclusion, chacun reste libre de chercher mieux ailleurs* » 499 . C'est autrement dire qu'en principe, « *chaque partie à la négociation reste libre d'y mettre fin lorsqu'elle l'estime nécessaire, pratiquement lorsqu'il lui apparaît qu'aucun accord ne pourra se réaliser* » 500 .

- 7 **124.La limite de la liberté contractuelle : la responsabilité précontractuelle** - Cependant, comme toute liberté, elle ne saurait être absolue. Ainsi, tout comportement fautif ou abusif adopté au cours des pourparlers est passible de sanctions et plus spécialement est susceptible d'engager la responsabilité de son auteur. On parle alors de responsabilité précontractuelle 501 . La faute consistera en toute erreur de conduite qu'une personne avisée, placée dans les mêmes circonstances « *externes* » que l'auteur du dommage, n'aurait pas commise 502 . Puisque par hypothèse, aucun contrat n'est formé, cette responsabilité devrait en principe être de nature délictuelle et être sanctionnée sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil 503 . Ainsi, « *l'application des mécanismes de la responsabilité civile*

délictuelle, qui constitue la limite de la liberté contractuelle, en sanctionnant les comportements fautifs »⁵⁰⁴, permet alors d'assurer la déontologie des négociations⁵⁰⁵. La jurisprudence est précise sur ce point. Afin de l'illustrer, on peut citer un attendu d'un jugement du tribunal de commerce de Paris du 26 juin 1996⁵⁰⁶ : « *La liberté contractuelle implique le droit de ne pas contracter et la limite de ce droit est l'abus que l'on peut en faire, lequel s'apprécie à la lumière de la responsabilité délictuelle* ». Nous verrons cependant que la responsabilité devient de nature contractuelle chaque fois que les parties conviennent d'encadrer leurs négociations par des dispositions contractuelles. Dans ce cas, la faute consistera en l'inexécution de l'une de ces dispositions contractuelles par l'un des partenaires.

- 8 **125. Le devoir général de bonne foi** - La reconnaissance de l'existence d'une responsabilité précontractuelle de nature délictuelle a conduit à s'interroger sur les devoirs et obligations propres à la période précontractuelle dont le manquement est constitutif d'une faute. C'est ainsi que la jurisprudence et la doctrine en sont venues à dégager l'existence d'un *devoir général de bonne foi*⁵⁰⁷ qui préside alors non plus seulement à l'exécution du contrat⁵⁰⁸ mais également à sa formation⁵⁰⁹. L'exigence de bonne foi pendant les pourparlers⁵¹⁰ ou pendant la formation du contrat, ne résulte pas d'un texte particulier⁵¹¹ : alors même que le projet initial du code civil de l'an VIII prévoyait que « *les conventions doivent être contractées et exécutées de bonne foi* », pour des raisons de pure forme, la version définitive finalement retenue par l'article 1134 « *s'est cantonnée au seul terrain de l'exécution* »⁵¹². C'est la jurisprudence⁵¹³ qui est venue combler ce vide juridique, au point que désormais, la bonne foi dès le stade de formation du contrat figure parmi les « *devoir précontractuels* »⁵¹⁴ impartis aux futurs contractants. La finalité de

cette exigence est de « garantir l'efficacité et la sécurité des pourparlers » et « d'empêcher toute déloyauté qui ferait échec à l'aboutissement des négociations ou causerait un préjudice au partenaire lors de la période précontractuelle » ⁵¹⁵ .

- 9 Les négociations précontractuelles ont donc cela de singulier qu'elles sont placées « sous le double signe de la liberté et de la bonne foi » ⁵¹⁶ : « Les parties engagées dans une négociation contractuelle sont tenues, selon un principe universel, de négocier de bonne foi, précise un auteur ; Cette obligation, de type comportemental, suppose en principe l'observation de règles déontologiques caractérisées par « la loyauté, l'honnêteté et la rectitude » ⁵¹⁷ ou, si l'on préfère, une obligation de négocier « sans fraude, sans dol et sans malice » ⁵¹⁸ ». La bonne foi doit se vérifier dès l'entrée en pourparlers et jusqu'à leur fin. A fortiori, elle s'impose pendant toute leur durée. C'est essentiellement la manière dont il est mit prématurément fin aux pourparlers qui suscite le contentieux. Ainsi, depuis un célèbre arrêt du 20 mars 1972 rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation ⁵¹⁹ , il est traditionnellement admis que toute rupture sans raison légitime, brutale et unilatérale de pourparlers avancés est source de responsabilité civile délictuelle ⁵²⁰ .

- 10 **126. Devoirs particuliers rattachés au devoir général de bonne foi** – A ce devoir général de bonne foi, doctrine et jurisprudence ont rattaché divers devoirs particuliers ⁵²¹ mis à la charge des négociateurs de manière implicite. Parmi ces devoirs particuliers, on peut citer le devoir de renseigner ou d'informer son partenaire ⁵²² , le devoir de coopération entre les parties en pourparlers ⁵²³ , le devoir de sincérité ⁵²⁴ ou encore le devoir de se renseigner ⁵²⁵ . Le rattachement d'autres devoirs tels que le devoir de confidentialité ⁵²⁶ à l'obligation générale de bonne foi est selon nous plus contestable ⁵²⁷ même si certains auteurs ⁵²⁸ le soutiennent

pourtant. En revanche, aucune obligation d'exclusivité ne saurait être mise à la charge des négociateurs : « *L'exigence de bonne foi [...] ne va pas [...] jusqu'à imposer l'unicité des négociations et donc des pourparlers successifs* » ⁵²⁹ .

- 11 Le rappel de la notion de pourparlers étant fait, il nous appartient désormais d'envisager les différentes formes qu'ils peuvent revêtir, étant précisé que c'est la forme contractuelle qui retiendra principalement notre attention.

B. Variété de formes des pourparlers

- 12 **127. Le principe : l'absence de forme des pourparlers** - En vertu des principes jumelés de la liberté contractuelle et du consensualisme, la règle veut qu'en matière de négociation, tout formalisme est absent ⁵³⁰ : « *Rien donc, en principe, n'encadre les négociations, ni règle légale, ni principe coutumier, ni obligation ou devoir* » ⁵³¹ . Cependant, si tel est le principe, il connaît de nombreuses exceptions.
- 13 **128. La formalisation des pourparlers** - Ainsi, par mesure de sécurité juridique, les parties éprouvent souvent le besoin d'encadrer leurs pourparlers ⁵³² : « *Qu'il s'agisse de consigner l'engagement d'une partie à négocier, de respecter certaines règles durant la négociation, de noter les points sur lesquels les parties se sont déjà mises d'accord ou qu'il s'agisse de définir quelles seront les obligations des parties en cas d'échec des négociations (lorsqu'un savoir-faire a été dévoilé par exemple)* » ⁵³³ . La tendance est à l'immixtion du formalisme dans les contrats consensuels : les professionnels édictant de plus en plus fréquemment des « *procédures d'échange des consentements* » ⁵³⁴ .
- 14 **129. La contractualisation des pourparlers** - A cette fin, les parties ont recours à la technique contractuelle ⁵³⁵ . Ces contrats, conclus en vue de favoriser et de faciliter la négociation du contrat futur - dit

aussi contrat définitif - sont généralement qualifiés de *contrats préparatoires* ⁵³⁶ ou *contrats de négociation* ⁵³⁷ - formule qui a notre préférence - par opposition aux *avant-contrats* ⁵³⁸ ou *promesses de contrat* ⁵³⁹, qui ont directement trait à la *conclusion* du contrat définitif ⁵⁴⁰.

- 15 Parmi les contrats de négociation, une sous-distinction peut encore être réalisée qui distingue les contrats ayant pour objet le déroulement de la négociation en tant que tel – dénommés parfois *contrats temporaires* ⁵⁴¹ ou *accords de principes* ⁵⁴² – de ceux ayant pour objet d'entériner les points sur lesquels les parties se sont accordées, autrement dit de mettre par écrit certains éléments du contrat en cours de négociation sur lesquels les parties se sont définitivement entendues, cette dernière technique étant appelée « *punctuation* » ⁵⁴³ ou *accords partiels* ⁵⁴⁴.
- 16 **130. Le contrat de négociation** - Le contrat de négociation est en vérité le plus souvent limité dans son objet à l'organisation des pourparlers. Les définitions qu'en donne la doctrine confirment cette impression : ainsi, il est défini tantôt comme « *une convention par laquelle une personne s'engage envers une autre à entreprendre ou à poursuivre la négociation d'un contrat déterminé en vue de sa conclusion* » ⁵⁴⁵, tantôt comme « *un accord par lequel deux parties s'engagent, l'une envers l'autre, non point à conclure mais à négocier un second contrat dont il ne précise ni les clauses accessoires, ni les clauses essentielles* » ⁵⁴⁶. Pour notre part, nous préférons la définition proposée par un autre auteur ⁵⁴⁷ qui présente ce contrat comme celui dont l'objet est « *d'organiser la négociation, d'en formaliser et d'en contractualiser, par voie de conséquence, les obligations* », ce qu'il résume en déclarant que « *Le contrat de négociation n'a pour finalité que d'organiser la seule négociation* ».

17 **131.Effets du contrat de négociation** - De ces définitions, il ressort que le contrat de négociation engendre deux obligations principales : tout d'abord celle de contraindre les parties à engager ou à poursuivre ⁵⁴⁸ de manière effective les négociations envisagées ⁵⁴⁹ puis, dans un second temps, celle de les contraindre à les mener dans un esprit de bonne foi, de loyauté ⁵⁵⁰ . La première relèverait, selon la doctrine, de la catégorie des obligations de résultat ⁵⁵¹ tandis que la seconde relèverait de la catégorie des obligations de moyens ⁵⁵² . En revanche, le contrat de négociation ne saurait contraindre les parties à conclure le contrat projeté ⁵⁵³ : si les parties se sont fermement engagées à faire leur possible pour parvenir à la conclusion du contrat définitif, elles ne se sont pas engagées à le conclure effectivement ⁵⁵⁴ . « On peut dès lors affirmer que si [la négociation] n'aboutit pas à la conclusion d'un contrat mais se déroule d'une manière convenable pour chaque partie, certes elle aura échoué mais le contrat de négociation, lui, aura pleinement rempli son rôle » ⁵⁵⁵ . Cette dualité d'obligations engendrées par le contrat de négociation autorise le rapprochement avec l'accord de principe. Un tel rapprochement a déjà été opéré par la doctrine ⁵⁵⁶ et par la jurisprudence ⁵⁵⁷ , lorsque ce n'est pas une assimilation pure et simple ⁵⁵⁸ en donnant des définitions identiques de chacune des deux notions. Mais un autre rapprochement vient également à l'esprit : celui avec les clauses de conciliation et de médiation. Comme le contrat de négociation, ces dernières obligent à engager et à poursuivre des négociations de bonne foi ⁵⁵⁹ . Elles ne s'en distinguent que par leur objet particulier : le contrat projeté, à négocier, qui est par définition un contrat ayant trait à la solution d'un litige.

18 **132.Contract de négociation et autres formes contractuelles de pourparlers** - Par comparaison avec les autres formes contractuelles

de pourparlers, on peut dire du contrat de négociation ⁵⁶⁰ qu'il « *se situe au-delà des simples négociations et des pourparlers* » informels puisque par sa conclusion, les parties ont « *engendré un accord sur le principe* » du contrat définitif à conclure. Qualifié par un auteur de contrat temporaire ⁵⁶¹, il constitue un « *accord à confirmer* » ⁵⁶² car « *l'accord définitif n'est pas déjà acquis* » ⁵⁶³ ; ce qu'un autre auteur illustre en déclarant qu'il s'agit d'un « *engagement sans le contrat définitif* » ⁵⁶⁴. Inversement, le contrat de négociation est moins qu'un avant-contrat ou qu'une promesse de contrat puisque avec ces derniers « *tous les éléments du contrat principal se trouvent déjà arrêtés avec précision* » ⁵⁶⁵, ce qui en fait des contrats autonomes. Il se distingue ainsi du contrat-cadre ⁵⁶⁶ qui porte habituellement promesse de contracter, « *bref, une obligation véritable de passer des contrats dont les éléments sont établis avec précision* » ⁵⁶⁷.

19 Le contrat de négociation aura parfois été expressément voulu par les parties qui, à cette fin, auront rédigé ou signé un contrat ⁵⁶⁸. D'autres fois, l'accord des parties sur le principe de la négociation résultera de documents que les parties se seront échangés, tels une lettre missive ou une lettre d'intention ⁵⁶⁹, un procès-verbal de réunion ou un protocole d'accord ⁵⁷⁰. La détermination de la nature contractuelle de ces derniers documents n'est pas évidente et résultera essentiellement de l'examen de l'intention des parties ou plus exactement du degré d'engagement contenu dans ces documents préparatoires ⁵⁷¹, par le juge. Mais lorsque l'engagement des parties de s'engager en pourparlers n'aura été que verbal, la preuve de ce dernier posera des difficultés ⁵⁷².

20 **133.Contenu des contrats de négociation** - Lorsque les parties auront pris le soin de rédiger un contrat de négociation, elles pourront prévoir, outre les obligations inhérentes à ce type de contrat – obligation de négocier de bonne foi selon les termes convenus ⁵⁷³ –

certaines obligations spécifiques relatives, soit à son exécution proprement dite ⁵⁷⁴, soit aux principes généraux qui devront gouverner cette dernière.

- 21 Ainsi, s'agissant de l'exécution du contrat de pourparlers, il est fréquent que les parties prévoient un calendrier des réunions de négociation ainsi que leur lieu ⁵⁷⁵. Elles peuvent également déterminer laquelle d'entre elles devra prendre l'initiative des pourparlers ⁵⁷⁶. Si les parties décident de se faire aider dans la conduite de leurs négociations par un tiers, elles peuvent prévoir les modalités de sa désignation ainsi que le contenu et la durée de la mission qu'elles souhaitent lui confier. Dans ce cas, il sera également préférable qu'elles prévoient les modalités de sa rémunération. Les parties peuvent encore préalablement décider de la manière dont elles régleront les difficultés qui pourraient survenir pendant leurs pourparlers en insérant une clause de règlement des conflits – le plus souvent une clause de règlement amiable – dans leur contrat de négociation. Enfin, les parties peuvent convenir de la forme qu'elles donneront à leur contrat définitif : contrat sous seing privé ou acte authentique.
- 22 Les parties peuvent plus largement s'astreindre mutuellement au respect de diverses obligations censées assurer la déontologie de leurs négociations. Parmi ces obligations, on rencontre fréquemment le devoir de confidentialité ⁵⁷⁷ – au contenu plus ou moins délimité ⁵⁷⁸ – le devoir d'exclusivité ⁵⁷⁹, le devoir de sincérité ⁵⁸⁰ ou encore celui de révélation de négociation concurrente ⁵⁸¹. Toutes ces obligations ont un caractère contractuel et leur inexécution est sanctionnée par l'engagement de la responsabilité contractuelle de la partie fautive ⁵⁸².
- 23 Cet aperçu des pourparlers ayant été donné, il convient désormais d'apprécier si, en les comparant aux procédures de conciliation et de

médiation judiciaires, il est possible de procéder à une assimilation des notions.

C. Comparaison et assimilation de la conciliation et de la médiation judiciaires aux pourparlers

- 24 En vue de comparer les procédures de conciliation et de médiation judiciaires aux pourparlers, nous proposons de rappeler brièvement leur définition, leurs éléments constitutifs ainsi que leur régime juridique.
- 25 **134.Comparaison sommaire des définitions** - Si l'on reprend la définition des pourparlers que nous avons retenue, il s'agit de « *la période exploratoire durant laquelle les futurs contractants échangent leurs points de vue, formulent et discutent les propositions qu'ils se font mutuellement afin de déterminer le contenu du contrat sans être pour autant assurés de le conclure* » ⁵⁸³. De leur côté, conciliation et médiation judiciaires ont été définies comme des modes conventionnels ou amiables de règlement des litiges intervenant dans le cadre d'une instance judiciaire et sous l'égide du juge, par lesquels les parties, avec ou non l'aide du juge ou d'un tiers que l'autorité judiciaire désigne à cette fin et qui a leur confiance, tentent de rapprocher leurs points de vue respectifs afin de trouver une solution négociée au litige qui les oppose.
- 26 Comme nous en avons le pressentiment ⁵⁸⁴, ces diverses définitions ne sont pas si éloignées les unes des autres. A chaque fois, il s'agit d'échanger ou de rapprocher des points de vue, de négocier, de discuter afin de trouver un terrain d'entente et d'aboutir à la conclusion d'un contrat. Cependant, par rapport aux pourparlers en général, les procédures de conciliation et de médiation judiciaires se singularisent par l'objet des contrats qu'elles visent à conclure : des

contrats ayant trait à la solution du litige. Plus encore, le cadre particulier dans lequel elles se déroulent contribue à les distinguer : l'instance judiciaire. Conciliation et médiation judiciaires se caractérisent donc par un objet et un cadre processuels ⁵⁸⁵. Mais en dehors de ces particularismes d'objet et de contexte, il ne fait aucun doute que conciliation et médiation judiciaires, par leur définition, sont parfaitement assimilables à des pourparlers. Voyons si ce sentiment se confirme lorsque l'on procède à une comparaison entre les éléments constitutifs des procédures de conciliation et de médiation judiciaires et ceux que peuvent avoir certaines procédures de pourparlers.

- 27 **135.Comparaison sommaire des éléments constitutifs** - En raison de la consécration des procédures de conciliation et de médiation judiciaires dans le nouveau code de procédure civile, celles-ci ont un caractère particulièrement formel. Le formalisme de ces procédures ne fait pas obstacle à leur assimilation avec les pourparlers dans la mesure où nous avons déjà souligné que ceux-ci pouvaient parfaitement, sur volonté de la loi ou des parties, acquérir à leur tour une forme particulière. Cependant, cet élément pris isolément ne saurait suffire à asseoir véritablement l'identité que nous entendons démontrer. Aussi, nous proposons plutôt de reprendre rapidement les caractéristiques de ces différentes procédures pour mieux les comparer.
- 28 Si l'on s'en tient, tout d'abord, aux procédures de conciliation et de médiation judiciaires, on observe que leur déroulement est souvent extrêmement détaillé par les textes. La désignation de la personne qui doit en prendre l'initiative est fréquente ⁵⁸⁶, tout comme la désignation de celle qui décidera de leur localisation ainsi que du moment où elles auront lieu ⁵⁸⁷. La durée des procédures peut être déterminée ⁵⁸⁸, voire, parfois, la manière dont doivent se dérouler

et se succéder les rencontres entre les parties aux fins de conciliation ⁵⁸⁹. Lorsque l'intervention d'un tiers est envisagée, ses modalités de désignation ⁵⁹⁰, de rémunération ⁵⁹¹ ainsi que le contenu de sa mission ⁵⁹² sont minutieusement prévues. Certaines dispositions organisent une procédure de règlement des difficultés qui surviendraient pendant la tentative de rapprochement ⁵⁹³. Une obligation de confidentialité ⁵⁹⁴ peut être mise à la charge des différents intervenants. Enfin, pour terminer, on mentionnera que certaines procédures prescrivent les formes dans lesquelles les éventuels accords des parties devront être consignés ⁵⁹⁵.

- 29 La similitude de tous ces éléments avec ceux que peuvent comprendre les contrats de négociation ⁵⁹⁶ est frappante et nous conforte dans l'idée qu'une identité entre les procédures de conciliation et de médiation judiciaires et les pourparlers doit être admise. Un aperçu des régimes juridiques respectifs de chacune de ces procédures emportera notre conviction.
- 30 **136.Comparaison sommaire des régimes juridiques** - Nous avons déjà souligné que les pourparlers étaient placés sous le signe de liberté. L'extension aux pourparlers du principe de la liberté contractuelle implique que, tant la mise en œuvre que le déroulement ou la rupture des négociations sont laissés à la libre discrétion des parties. Cependant, comme tout régime de liberté, il n'autorise pas tout. Aussi, en vue d'assurer une certaine déontologie des négociations, le régime de la responsabilité délictuelle s'applique à la période précontractuelle et permet de sanctionner tout comportement fautif ou abusif de la part des parties. Mais ces dernières, par mesure de sécurité juridique, peuvent conventionnellement décider de limiter leur liberté contractuelle en encadrant leurs pourparlers par des dispositions impératives, ce qu'elle feront en concluant un contrat

qui, en fonction de son objet, sera un contrat de négociation ou bien une promesse de contrat.

- 31 Conformément à notre démarche comparative, il nous appartient d'apprécier si les procédures de conciliation et de médiation judiciaires bénéficient à leur tour d'un régime de liberté. Certaines dispositions relatives à ces procédures incitent à répondre par l'affirmative. Ainsi, les articles 127 et 131-1 du nouveau code de procédure civile semblent bien consacrer l'existence d'un régime de liberté quant à l'entrée en conciliation ou en médiation judiciaire. Plus encore, ces textes reconnaissent aux parties la faculté de choisir entre conduire personnellement leur conciliation ou bien la confier à un tiers qui peut être le juge comme toute autre personne extérieure au procès. Cette option consacre une autre forme de liberté dans la conduite de la procédure amiable. Enfin, la possibilité reconnue aux parties de se concilier d'elles-mêmes sans autre précision est également une manière de leur laisser « carte blanche » quant à la détermination des modalités de déroulement de leur tentative de rapprochement. En vérité, il semble que tant que le juge n'est pas personnellement sollicité dans la recherche de la solution amiable, les parties ont toute liberté pour choisir la meilleure manière d'y parvenir et que cette liberté constitue une règle de principe, sous condition bien entendu du respect, par les parties, du devoir général de loyauté et de bonne foi.
- 32 Inversement, on observe que chaque fois que le juge est amené à intervenir – après sollicitation en ce sens par les parties ou bien en application de dispositions législatives ou réglementaires – la liberté des parties est sensiblement limitée. Ainsi, tantôt c'est la liberté des parties d'entrer en conciliation qui est mise en cause ⁵⁹⁷ ; tantôt c'est leur liberté dans la détermination des modalités de déroulement de la procédure amiable qui est atteinte ⁵⁹⁸ ; tantôt

c'est la décision de mettre fin à la conciliation qui échappe à leur volonté ⁵⁹⁹. La supervision par le juge de la tentative de rapprochement des parties aux fins de règlement amiable ou plus encore, l'attribution au juge en personne de la conduite de la tentative de conciliation serait donc directement à l'origine d'un régime d'exception dans lequel la liberté des parties serait encadrée, conditionnée, lorsque ce n'est pas purement et simplement empêchée.

- 33 **137.Conclusion : assimilation de la conciliation et de la médiation judiciaires aux pourparlers** – Néanmoins, malgré ces restrictions, il ne fait pas de doute que le principe, en matière de conciliation et de médiation judiciaires, reste le régime de liberté. Pour cette raison, et compte tenu des développements précédents, nous nous autorisons à affirmer que les procédures de conciliation et de médiation judiciaires sont parfaitement assimilables à des pourparlers. Cependant, en raison du contexte particulier dans lequel se déroulent ces procédures – l'instance judiciaire – les régimes d'exception qui portent atteinte à la liberté des parties se multiplient, ce qui nous incite non plus seulement à vouloir les assimiler à des pourparlers mais, plus précisément, à des **pourparlers judiciaires**, notion qui rend bien compte, selon nous, de leur contexte ainsi que des contraintes inhérentes à celui-ci. C'est ce que nous entendons désormais établir.

SECTION II – CONCILIATION ET MÉDIATION JUDICIAIRES, POURPARLERS DE NATURE JUDICIAIRE

- 34 **138.** Notre intention de qualifier les procédures aux fins de conciliation ou de médiation judiciaire de pourparlers *judiciaires* résulte de deux constats : le premier est que les pourparlers évoluent, par définition, dans un contexte judiciaire **(A)** ; le second est que ce contexte a une incidence directe sur le régime juridique des pourparlers étudiés **(B)**. Aussi, plus que des pourparlers, conciliation et médiation judiciaires constituent véritablement une forme particulière de pourparlers qu'il y a lieu, selon nous, de qualifier de pourparlers *judiciaires* : notion tout à la fois plus explicite, plus appropriée et plus précise.

A. Le contexte judiciaire des pourparlers

- 35 **139. Position du problème** - La notion de *pourparlers judiciaires* peut surprendre en elle-même, car elle associe deux mots *a priori* contradictoires : le mot *pourparlers* et le mot *judiciaire*. La contradiction apparaît en ces termes : tandis que le premier mot évoque immédiatement l'idée de liberté contractuelle, le second, en revanche, évoque plutôt l'idée de formalisme et de contrainte. Cette contradiction empêche-t-elle la cohabitation des notions ? Une réponse négative s'impose puisqu'il ne fait plus de doute aujourd'hui que la liberté contractuelle a droit de cité dans le procès, à la condition toutefois qu'elle respecte divers garde-fous ⁶⁰⁰. Ces garde-fous consistent notamment en un aménagement de la part des deux institutions en cause : spécialement, en un assouplissement des

règles du droit judiciaire privé qui doivent se montrer moins rigides pour faire place à la volonté des parties et, inversement, en une limitation de la liberté contractuelle des parties, autorisant en soi le principe de la tenue de pourparlers en cours d'instance, mais sous la stricte condition du respect de divers principes processuels prédéterminés.

- 36 C'est ce dernier aspect qui nous intéressera dans l'immédiat puisque c'est précisément l'incidence que le contexte judiciaire peut avoir sur la liberté contractuelle des parties qui justifie selon nous la consécration de la notion de pourparlers judiciaires. Aussi, afin de rendre compte de cette influence du judiciaire sur le contractuel, nous proposons de rappeler brièvement les caractéristiques de la procédure civile pour montrer combien l'instance judiciaire est un cadre par hypothèse peu hospitalier pour les manifestations de la liberté contractuelle des parties, car gouverné par de nombreuses considérations d'ordre public.
- 37 **140. Le nécessaire encadrement de la liberté des parties** - L'instance judiciaire n'est pas un cadre totalement anodin pour engager des pourparlers. Même si le principe veut que les parties y jouissent d'une très grande liberté en vertu des principes dispositif et accusatoire, leurs actes sont néanmoins encadrés, si ce n'est régit, par les dispositions du nouveau code de procédure civile. Or, la procédure civile se caractérise par son formalisme ⁶⁰¹ et son « impérativité » ⁶⁰², ce que confirme un auteur ⁶⁰³ : « *La procédure civile permet aux particuliers d'obtenir le respect de leurs droits par le recours à un juge public. Lieu d'affrontement et de coordination des règles de droit public relatives au service de la justice et aux règles de droit privé relatives à la réalisation concrète des droits, le droit judiciaire possède un caractère autoritaire et formaliste qui appelle une intervention fréquente de l'ordre public* ». En d'autres termes, en raison de considérations

d'ordre public, telles que la protection des intérêts individuels ⁶⁰⁴ mais aussi la protection des institutions fondamentales de la société ⁶⁰⁵ dont le service public de la justice est une manifestation ⁶⁰⁶, la liberté des parties dans le cadre de l'instance judiciaire se trouve strictement encadrée, autrement dit, limitée ⁶⁰⁷.

- 38 **141. Les modalités d'encadrement de la liberté des parties à l'instance : prohibitions ou injonctions** - Cet encadrement ou limitation, se traduit le plus souvent de manière *négative* ⁶⁰⁸, par un ensemble de prohibitions ⁶⁰⁹ entraînant « la nullité de toutes les clauses, de tous les actes qui ne respectent pas ces dispositions impératives » ⁶¹⁰. Mais depuis quelques années, il se traduit également de manière *positive*, par un interventionnisme étatique de plus en plus marqué. Ce *dirigisme* ⁶¹¹ est directement l'œuvre du juge, représentant de l'Etat, qui s'est vu conférer d'importants pouvoirs de commandement ⁶¹² tout au long du procès afin d'en garantir, de manière plus effective, le bon déroulement. Ainsi, le juge n'est plus seulement chargé ⁶¹³ de soulever d'office les moyens d'ordre public tirés de la violation d'une règle impérative et entraînant son incompetence, une fin de non-recevoir ou encore la nullité d'un acte de procédure ; il peut désormais également adresser des injonctions aux parties, leur impartir certains délais, les sanctionner si elles ne font pas preuve de diligences... Cette seconde manifestation de l'ordre public dans le procès se traduit bien de manière *positive* puisque le juge obtient des parties qu'elles accomplissent des actes concrets – verser une pièce aux débats, conclure dans un délai déterminé, communiquer un document à son adversaire etc.... – sous son commandement et, ce faisant, s'immisce dans la direction de l'audience ou, en d'autres termes, dans le lien juridique d'instance qui unit les deux parties. C'est en cela que la traduction du principe

accusatoire selon laquelle ce sont les parties qui dirigent l'instance, *mais sous réserve importante de l'office du juge* ⁶¹⁴ prend tout son sens.

39 Il résulte alors de ce principe que, si les parties conduisent l'instance ⁶¹⁵ et à cette fin disposent d'une très grande liberté d'action ⁶¹⁶, ce n'est pas sans limite. Si elles sont libres de prendre toutes les initiatives qui leur paraissent utiles pour défendre au mieux leurs intérêts ⁶¹⁷, c'est toujours sous réserve de respecter les formes et les délais requis ⁶¹⁸ ; si elles se voient attribuer de nouveaux pouvoirs ⁶¹⁹, ceux-ci sont systématiquement conditionnés par la nécessité de respecter certains *devoirs* ⁶²⁰ mis à leur charge ⁶²¹. A titre d'exemple, on observe en effet que la faculté octroyée aux parties de suspendre le cours normal de l'instance ⁶²² ou de tenter une médiation judiciaire ⁶²³, suppose préalablement l'accomplissement de formalités impératives, telles que la formulation d'une demande écrite et motivée ⁶²⁴ ou la consignation au greffe d'une provision à valoir sur la rémunération du médiateur... ⁶²⁵

40 Ces atteintes à la liberté des parties répondent à la nécessité de garantir le bon fonctionnement du service public de la justice, à la nécessité, dira-t-on plus généralement, d'assurer « *la protection et le bon fonctionnement des institutions indispensables à la collectivité* » ⁶²⁶. Elles contribuent directement au respect de « *l'ordre public procédural* » ⁶²⁷.

41 **142. Portée variable des règles destinées à assurer le respect de l'ordre public procédural** – Précisons cependant que les règles limitant la liberté des parties au sein de l'instance judiciaire ne le font pas toutes avec la même vigueur ⁶²⁸, leur force obligatoire pouvant varier selon leur objet. D'un article à l'autre, les dispositions du nouveau code de procédure civile peuvent être strictement impératives ou simplement supplétives ⁶²⁹. A ce titre, des auteurs

⁶³⁰ proposent une classification des dispositions du code en fonction du degré d'ordre public dont elles sont empreintes. Ils distinguent ainsi les règles relatives à l'action ⁶³¹ et à la juridiction ⁶³² - fortement marquées d'ordre public - de celles relatives à l'instance ⁶³³ - qui laissent une part beaucoup plus grande à la liberté des plaideurs. Un autre auteur ⁶³⁴ propose quant à lui de tracer une frontière entre la liberté des parties et les prérogatives du juge faisant état d'une « *gradation dans la neutralisation de la liberté contractuelle* ». Selon cet auteur, « *Plus le traitement judiciaire de l'affaire met en cause les prérogatives processuelles du juge, moins les parties peuvent aménager librement la solution juridictionnelle de leur litige* ».

- 42 La raison de cette mouvance, de cette pondération variable, réside dans le particularisme de la procédure civile qui tente de concilier des intérêts privés et des impératifs de service public ⁶³⁵. La qualification d'une règle de procédure en règle d'ordre public ne se fait pas selon une directive générale ⁶³⁶ : cela résulte d'un examen au cas par cas ⁶³⁷, fait par le juge, qui s'efforce de dégager *l'esprit* et le but de la règle considérée « *avant de fournir une réponse* » ⁶³⁸. La qualification n'est donc pas le fruit du « *critère trop simple tiré du caractère général ou privé de l'intérêt en jeu* » ⁶³⁹ mais est fonction de considérations *ad hoc*. Ainsi, pour prendre un exemple qui nous intéresse, les impératifs de la procédure de médiation judiciaire – rapidité et souplesse – ont pu justifier que les dispositions des articles 131-6 et 131-13 du nouveau code de procédure civile, qui ordonnent la consignation au greffe de la provision à valoir sur la rémunération du médiateur, à peine de caducité de la décision ordonnant la médiation, soient écartées par les parties d'un commun accord ⁶⁴⁰ en l'absence, pourtant, de toute mention en ce sens. C'est ce qu'ont décidé les juges du fond à deux reprises, à l'occasion de médiations judiciaires tentées en matière sociale devant les

chambres spécialisées de la Cour d'appel de Paris, les 2 juillet et 18 septembre 1997 ⁶⁴¹. De ces deux décisions, il résulte que si le principe même de la consignation ne saurait être remis en cause par les parties, en revanche, ses modalités d'exécution peuvent être librement aménagées conventionnellement. On en déduit que si la liberté des parties dans la détermination des modalités de mise en œuvre de la procédure de médiation judiciaire est atteinte – elles sont tenues d'accomplir une formalité préalable – en revanche, telle n'est pas le cas de leur liberté relativement aux modalités d'exécution de la formalité préalable ainsi mise à leur charge.

B. Consécration de la notion de pourparlers *judiciaires*

- 43 **143.** Le contexte dans lequel sont amenés à évoluer les pourparlers aux fins de conciliation ou de médiation judiciaire a donc une incidence directe sur leur régime juridique : d'un régime de liberté, ils passent à un régime de *semi-liberté*, mais néanmoins, de liberté *surveillée* ⁶⁴². Cette dualité de conséquences emporte alors mutation des pourparlers en *pourparlers judiciaires*.
- 44 **144.** *Des pourparlers en semi-liberté* – Les contraintes procédurales liées à l'existence d'une instance judiciaire empêchent les pourparlers menés en cours d'instance de bénéficier du même régime de liberté que ceux qui seraient menés en dehors de tout contexte judiciaire. Leur déroulement dans un cadre gouverné par tant de dispositions d'ordre public nécessite un aménagement de la liberté contractuelle des parties en négociation – autrement dit une limitation de leur liberté – afin de rendre possible l'association du judiciaire et du conventionnel. Cette limitation consistera en la soumission des parties en pourparlers au respect de diverses obligations, plus ou moins impératives, prédéterminées par les textes. Elle prendra la forme d'une réglementation impérative à

laquelle les parties devront se soumettre chaque fois qu'elles souhaiteront régler conventionnellement leur différend en cours d'instance.

45 **145. Le régime de semi-liberté** ⁶⁴³ - Concrètement, la limitation de la liberté contractuelle des parties en pourparlers judiciaires pourra se manifester dès l'entrée des parties en pourparlers, par exemple par l'imposition de formalités préalables impératives à accomplir sous peine de caducité de la procédure de pourparlers ⁶⁴⁴. Plus gravement, ce sera parfois la liberté des parties de ne pas entrer en pourparlers qui sera mise en cause : les textes mettant à la charge des parties une obligation préalable de négocier, indépendamment, sinon contre leur volonté ⁶⁴⁵. Dans ce cas, ce n'est plus une limitation de la liberté contractuelle qui est consacrée, mais sa négation pure et simple. L'atteinte à la liberté contractuelle des parties se manifestera encore au stade du déroulement des pourparlers : ce sera le cas chaque fois que les intervenants à la négociation ainsi que leur rôle respectif seront prédéterminés par les textes ⁶⁴⁶ ; ce sera encore le cas lorsque le lieu et le moment des négociations ⁶⁴⁷, les étapes de la négociation ainsi que les principes directeurs destinés à assurer la déontologie des pourparlers ⁶⁴⁸ seront fixés à leur tour de manière préalable et impérative, en dépit du consentement des parties. Enfin, on trouve encore des exemples de limitation de la liberté contractuelle des parties à la fin des négociations, avec l'obligation de formaliser l'accord amiable dans un écrit ⁶⁴⁹ ou avec l'obligation de mettre fin prématurément aux pourparlers à l'expiration du délai réglementaire dans lequel ceux-ci sont strictement enfermés ⁶⁵⁰.

46 Ces quelques exemples confirment le passage des pourparlers d'un régime de liberté à un régime de *semi-liberté* dont les limites ne sont plus seulement la responsabilité précontractuelle et le devoir

général de bonne foi, mais des dispositions réglementaires impératives mettant à la charge des parties diverses obligations précontractuelles. On peut voir dans ce régime de semi-liberté une illustration du *dirigisme étatique*. Pour notre part et à ce stade de notre étude, nous préférons l'analyser comme l'un des critères de la notion de pourparlers judiciaires.

- 47 **146. Des pourparlers en liberté surveillée** - Cependant, les contraintes processuelles mises à la charge des parties ne doivent pas être interprétées comme consistant exclusivement en des atteintes à la liberté contractuelle des parties. Elles ont une contrepartie importante qui justifie, en quelque sorte, le « *prix à payer* » : elles s'accompagnent de la supervision du bon déroulement des pourparlers par le juge ⁶⁵¹. Le lien entre l'existence d'une instance judiciaire et l'égide du juge a déjà été établi à propos de la nature judiciaire des procédures de conciliation. Nous n'y reviendrons pas, mais préciserons simplement que cette supervision judiciaire des pourparlers assurera notamment aux parties : la garantie du respect de leurs droits fondamentaux, tant en ce qui concerne le déroulement des négociations que le contenu de l'accord au fond ⁶⁵² ; la possibilité de faire intervenir un tiers de qualité dont la mission de conciliation ou de médiation ⁶⁵³, encadrée par les textes, est également supervisée par le juge ; en cas d'accord, la possibilité d'obtenir sur-le-champ que le juge lui confère l'authenticité et la force exécutoire ⁶⁵⁴ ; la confidentialité de tout ce qui aura été dit ou échangé au cours des pourparlers ⁶⁵⁵, tant dans la suite de la procédure que dans le cadre d'éventuelles autres instances... En un mot : le contexte judiciaire assure l'égide du juge et ce faisant, garantit que le bon déroulement et la déontologie des négociations seront assurées, autrement dit, que les pourparlers seront équitables.

- 48 **147. La semi-liberté : tribut à payer pour bénéficier de la liberté surveillée** – Aussi, et pour reprendre l'expression d'un auteur ⁶⁵⁶, on peut dire que les contraintes procédurales que supposent les pourparlers judiciaires, et qui sont autant d'atteintes à la liberté contractuelle des parties, seraient en quelque sorte le « tribut à payer » pour obtenir la supervision judiciaire de leur bon déroulement.
- 49 **148. La notion de pourparlers judiciaires** – Le passage des pourparlers d'un régime de liberté à un régime de semi-liberté surveillée nous autorise à qualifier ces derniers de pourparlers judiciaires et, ce faisant, à consacrer la notion de **pourparlers judiciaires**, qui, à notre connaissance, n'a encore jamais été utilisée ⁶⁵⁷. Ceux-ci peuvent être définis comme : les tractations préliminaires auxquelles ont recours les parties en cours d'instance en vue de la conclusion d'un contrat ayant trait à la solution de leur litige, sous l'égide du juge.
- 50 **149. Conclusion du Chapitre premier** – Nous avons établi que les procédures de conciliation et de médiation judiciaires pouvaient être analysées comme organisant des pourparlers, qui, en raison du contexte judiciaire dans lequel ceux-ci sont amenés à se dérouler et du contrôle judiciaire dont ils bénéficient, peuvent plus précisément être qualifiés de *pourparlers judiciaires*. Notre objectif, en proposant cette qualification, est de parvenir à établir la *nature contractuelle* des procédures de conciliation et de médiation judiciaires. En effet, les pourparlers se prêtant tout naturellement à la forme contractuelle, il nous est apparu plus simple et plus clair d'avoir recours à cette notion pour parvenir à nos fins.
-

NOTES

473. J.-M. MOUSSERON, La durée dans la formation des contrats, Etudes offertes à A. JAUFFRET, Faculté de droit et de science politique d'Aix Marseille, 1974, p. 509.
474. B. GROS, Pourparlers, JCl. Contrats distribution, fasc. 20, n° 2.
475. J.-M. MOUSSERON, Technique contractuelle, *op. cit.*, n° 19.
476. J.-M. MOUSSERON, Technique contractuelle, *op. cit.*, n° 16 et suiv.
477. F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, Droit civil, Les obligations, Précis Dalloz, 7^e éd., 1999, n° 175.
478. J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL, D. MAINGUY, L'avant-contrat, éd. Francis Lefebvre, 2001, n° 2 : « *Ce temps précédant la formation de l'accord est occupé par divers échanges ayant pour objectif la conclusion de ce contrat et pour moyen un ensemble d'échanges multiformes que nous dénommerons « négociation » ou « pourparlers »* ».
479. B. LASSALLE, Les pourparlers, Revue de la recherche juridique, 1994, p. 825 et s. ; B. GROS, Pourparlers, JCl. Contrats-distribution, fasc. 20 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES, Obligations, t. 6, vol. 2, Contrats et quasi-contrats, 11^e éd., Editions Cujas, 2001/2002, n° 79.
480. J. SCHMIDT, La sanction de la faute précontractuelle, RTDCiv. 1974. 46 et s. ; La période précontractuelle en droit français, RIDC. 1990. 545 et s. ; L. ROZES, Projets et accords de principes, RTDCom. 1998. 501 et s. ; J. GHESTIN, Traité de droit civil, La formation du contrat, *op. cit.*, n° 329 et suiv., où l'auteur consacre une section à « La période précontractuelle ».
481. Colloque consacré à la négociation dont les actes sont publiés à la RTDCom. 1998. 447 et s.
482. F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, Les obligations, *op. cit.*, n° 176 ; Le contrat, 94^e congrès des notaires de France, 1999, p. 19 et s. ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, A. SAVAUX, Les obligations, t. 1, L'acte juridique, 9^e éd., 2000, Armand Colin, coll. U, n° 148.
483. F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, Les obligations, *op. et loc. cit.*
484. J.-M. MOUSSERON, Technique contractuelle, *op. cit.*, n° 12.
485. B. GROS, Pourparlers, art. préc., n° 1.
486. D. MAZEAUD, La genèse des contrats, un régime de liberté surveillée, Revue Droit et Patrimoine, juillet 1996, p. 44 et suiv.
487. A. RIEG, La punctuation, Etudes offertes à A. JAUFFRET, Faculté de droit et de sciences politiques d'Aix Marseille, 1974, p. 593 et suiv, spéc., p. 595 ; B. LASSALLE, Les pourparlers, art. préc., p. 805 et suiv., spéc. p. 826 ; B. GROS, Pourparlers, art. préc., n° 5 ; J. MESTRE, L'évolution du contrat en droit privé français, in L'évolution contemporaine du droit des contrats, PUAM, 1986, p. 41 et s., spéc. p. 52.
488. B. GROS, Pourparlers, art. préc., n° 5.

489. J. CEDRAS, L'obligation de négociier, RTDCom. 1985. 265 et suiv., spéc. p. 274, n° 9 : l'auteur explique quant à lui le silence du Code civil sur cette période par « *le caractère généralement simple des opérations contractuelles qu'avaient en tête les rédacteurs du code civil, contrats suffisamment simples pour que leur conclusion pût être instantanée. Mais aujourd'hui, l'environnement économique de certains contrats fait apparaître l'insuffisance d'instruments juridiques aussi sommaires que l'offre et l'acceptation* ».

490. En ce sens, J. GHESTIN, Traité de droit civil, La formation du contrat, *op. cit.*, n° 329 ; B. LASSALLE, art. préc., p. 826.

491. J. MESTRE, L'évolution du contrat en droit privé français, art. préc., p. 41 et suiv., spéc. p. 48.

492. J.-M. MOUSSERON, Technique contractuelle, *op. cit.*, n° 32 et suiv.

493. J. SCHMIDT-SZALEWSKI, La période précontractuelle en droit français, RIDC. 1990. 545 et suiv., spéc. p. 546 : « *La période précontractuelle est même parfois imposée par la loi, dans le but de ménager aux parties (ou à l'une d'elles) un délai de réflexion* » ; D. FERRIER, Les dispositions d'ordre public destinées à préserver la réflexion des contractants, D. 1980. 177.

494. J. GHESTIN, La formation du contrat, *op. cit.*, n° 329 : l'auteur précise même que certaines périodes précontractuelles sont d'ordre public. V. également, J. SCHMIDT-SZALEWSKI, La période précontractuelle en droit français, RIDC. 1990. 545 et suiv., spéc. p. 546, note 6, où l'auteur rappelle que la loi peut parfois prescrire des formes impératives à respecter au cours des négociations en vue de protéger certaines catégories de contractants telles que : les consommateurs, les incapables, les épargnants et actionnaires, les emprunteurs etc. ; J. MESTRE, L'évolution du droit des contrats en droit privé français, art. préc., p. 48 ; du même auteur, Les procédures préalables institutionnalisées, in L'échange des consentements, Colloque de Deauville, Revue de jurisprudence commerciale, n° spécial, novembre 1995, p. 32 ; F. LUCET, Consensualisme et formalisme, in L'échange des consentements, colloque de Deauville préc., p. 42.

495. J.-M. MOUSSERON, Technique contractuelle, *op. cit.*, n° 33, qui cite D. AQUARONE, Les évolutions récentes de la négociation en droit du travail, in A. PIROVANO, Changement social et droit négocié, Economica, 1988, p. 261.

496. J. SCHMIDT-SZALEWSKI, La période précontractuelle en droit français, RIDC. 1990. 545 et suiv., spéc. p. 546 ; F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, Les obligations, *op. cit.*, n° 177 ; B. GROS, Pourparlers, art. préc., n° 10 ; B. LASSALLE, Les pourparlers, art. préc., p. 826 ; J. GHESTIN, La formation du contrat, *op. cit.*, n° 329 ; J. M. MOUSSERON, L'avant-contrat, *op. cit.*, n° 29 et suiv.

497. B. GROS, Pourparlers, art. préc., n° 10.

498. J.-M. MOUSSERON, L'avant-contrat, *op. cit.*, n° 29 ; B. GROS, Pourparlers, art. préc., n° 11 : « *Le contrat est un acte de liberté qui permet aux individus de faire valoir leurs intérêts personnels ; il est donc hors de question de les contraindre à ouvrir ou poursuivre une négociation* ».

499. J. CEDRAS, L'obligation de négociier, art. préc., n° 7.

500. J. FLOUR, J.-L. AUBERT, A. SAVAUX, L'acte juridique, *op. cit.*, n° 148.

501. Sur cette notion : l'article isolé de R. SALEILLES, au début du siècle : De la responsabilité précontractuelle, RTDCiv. 1907. 697 et s. ; suivi de la thèse de P. ROUBIER, Essai sur la responsabilité précontractuelle, th. Lyon, 1911 puis de celle de A. COHERIER, Des obligations naissant des pourparlers préalables à la formation des contrats, th. Paris, 1939 ; enfin, plus récemment, l'article véritablement révélateur de cette question de J. SCHMIDT, La sanction de la faute précontractuelle, RTDCiv. 1974. 46 et suiv. Depuis, divers articles se sont succédés sur le régime juridique des pourparlers : du même auteur, J. SCHMIDT-SZALEWSKI, La période précontractuelle en droit français, RIDC. 1990. 545 et suiv. ; Les accords précontractuels en droit français, *in* Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels, PUAM, 1990, p. 9 et s. ; La force obligatoire des avant-contrats, RTDCiv. 2000. 25 ; J.-M. MOUSSERON, La durée dans la formation des contrats, Etudes offertes à A. JAUFFRET, 509 et suiv. ; P. MOUSSERON, Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle, RTDCom. 1998. 243 et s. ; A. RIEG, La punctuation, Contribution à l'étude de la formation successive des contrats, Etudes offertes à A. JAUFFRET, p. 593 ; J. CEDRAS, L'obligation de négocier, RTDCom. 1985. 365 et suiv. ; B. LASSALLE, Les pourparlers, art. préc. ; B. GROS, Pourparlers, art. préc. ; P. JOURDAIN, La bonne foi dans la formation du contrat, Travaux de l'Association Capitant, t. XLIII, 1992, p. 121 et suiv. ; Responsabilité précontractuelle, JCl. Contrats distribution, fasc. 35.

502. H., J. et L. MAZEAUD, F. CHABAS, Leçons de droit civil, t. II, premier volume, Les obligations, 9^e éd., Montchrestien, 1998, n° 453.

503. En ce sens, B. LASSALLE, Les pourparlers, art. préc., p. 849 ; J. SCHMIDT-SZALEWSKI, La période précontractuelle en droit français, RIDC 1990. 547 ; Cependant, V. la thèse opposée soutenue par IHERING, qui retient la responsabilité contractuelle en raison de l'existence d'un avant-contrat conclu tacitement entre les partenaires à la négociation : De la *cupla in contrahendo*, Œuvres choisies, trad. Meulenaere, t. II, 1893. Cette thèse est aujourd'hui rejetée par la majorité de la doctrine ainsi que par la jurisprudence. Sur cette question, V. A. COHERIER, th. préc., n° 25, p. 61 ; F. LABARTHE, La notion du document contractuelle, th. Paris, LGDJ, 1994, préf. J. GHESTIN, n° 249 et suiv. ; J. CARBONNIER, Obligations, t. 4, 22^e éd., PUF, 2000, n° 28, p. 77.

504. J. SCHMIDT-SZALEWSKI, La période précontractuelle en droit français, RIDC. 1990. 547.

505. J. SCHMIDT-SZALEWSKI, La période précontractuelle en droit français, RIDC. 1990. 547 ; J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, L'avant-contrat, *op. cit.*, n° 27 : ces auteurs qualifient les règles qui encadrent toute négociation comme constitutives d'une véritable « déontologie de la négociation », qu'ils assimilent approximativement aux règles de la « responsabilité précontractuelle ».

506. Juris-Data n° 047078, cité par B. BEIGNIER, La conduite des négociations, RTDCom. 1998. 463 et s., spéc. p. 464.

507. Sur ce devoir, V. *infra* n° 527 et s.

508. C. civ., art. 1134 ; Y. PICOD, Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, LGDJ, 1989, préf. G. COUTURIER ; L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat, JCP. 1988. I. 3318 ; L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat, *in* Le juge et l'exécution du contrat, PUAM, 1993, spéc. p. 57 et suiv. ; La bonne foi, Travaux de l'association Henri CAPITANT, Litec, 1992, t. XLIII et spéc., rapport de P. JOURDAIN, p. 121 et s. ; R. DESGORGES, La bonne foi dans le droit des contrats : rôle actuel et perspectives, Thèse Paris II, 1992 ; B. LYONNET, Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, Gaz. Pal. 2000, p. 2119 et s.

509. R. SALEILLES, De la responsabilité précontractuelle, RTDciv. 1907, p. 697 et s. ; C. COHERIER, Des obligations qui naissent des pourparlers préalables à la formation des contrats, th. Paris, 1939 ; B. LASSALLE, Les pourparlers, Revue de Recherches Juridiques, 1994. 825 et s. ; P. CHAUVEL, Rupture des pourparlers et responsabilité délictuelle, Droit et Patrimoine, nov. 1996, p. 36 et s. ; D. MAZEAUD, La genèse des contrats : un régime de liberté surveillée, Droit et Patrimoine, juil./août 1996, p. 44 et s. ; du même auteur, Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?, *in* L'avenir du droit, Mélanges en hommage à F. TERRE, Dalloz, 1999, p. 603 et suiv. ; Mystères et paradoxes de la période précontractuelle, *in* Le contrat au début du 21^e siècle, Mélanges offerts à J. GHESTIN, 2001, p. 637 et suiv., spéc. n° 9 et suiv. ; 62^e congrès des notaires de France, La formation du contrat : l'avant-contrat, Perpignan, 1964 ; J. SCHMIDT, La sanction de la faute précontractuelle, RTDciv. 1974 p. 46 et s. ; J. SCHMIDT-SWALEWSKI, La période précontractuelle en droit français, RIDCiv. 1990, p. 545 et s. ; du même auteur : La force obligatoire des contrats à l'épreuve des avant-contrats, RTDciv. 2000, p. 25 et s. ; G. FLECHEUX, Renaissance de la notion de bonne foi et de loyauté dans le droit des contrats, *in* Le contrat au début du 21^e siècle, Mélanges offerts à Jacques GHESTIN, LGDJ, 2001, p. 341 et suiv. ; Y. NEVEU, Le devoir de loyauté pendant la période pré-contractuelle, Gaz. Pal. 2000, p. 2112.

510. Le contrat, 94^e Congrès des notaires de France, 17-20 mai 1992, p. 19, n° 1015.

511. Le contrat, 94^e Congrès des notaires de France, *op. cit.*, n° 1014 ; J. MESTRE, RTDciv. 1988, pp. 736 et 739 ; B. LASSALLE, Les pourparlers, art. préc., pp. 826 et 838 ; D. MAZEAUD, La genèse des contrats : un régime de liberté surveillée, art. préc., p. 44, n° 1 ; P. CHAUVEL, Rupture des pourparlers et responsabilité délictuelle, art. préc., p. 36 ; J. GHESTIN, La formation du contrat, *op. cit.*, p. 237, n° 262.

512. J. MESTRE, RTDciv. 1988, 739.

513. Pour de nombreuses illustrations jurisprudentielles, V. par exemple J. GHESTIN, La formation du contrat, *op. cit.*, n° 330 ; F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, Les obligations, *op. cit.*, n° 177 ; B. LASSALLE, Les pourparlers, art. préc., p. 838 ; P. CHAUVEL, Rupture des pourparlers..., art. préc., p. 36 ; D. MAZEAUD, La genèse des contrats..., art. préc., p. 44.

514. P. JOURDAIN, rapport préc., Trav. Ass. H. Capitant, La bonne foi, *op. cit.*, p. 122.

515. P. JOURDAIN, rapport préc., p. 122.

516. F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, Les obligations, *op. cit.*, n° 177. Dans le même sens, B. BEIGNIER, La conduite des négociations, RTDCom. 1998. 463 et suiv., spéc. p. 464 : « *Ce qui caractérise la phase précontractuelle de la formation du contrat, c'est ce mélange singulier entre obligation et liberté. La comparaison avec les fiançailles vient immédiatement à l'esprit et elle est juridiquement fondée* ».

517. Pau, 14 janvier 1969, D. 1969. 716.

518. M.-L. CORDE et J.-Y. TROCHON, La phase de pourparlers dans les contrats internationaux, Revue de droit des affaires internationales, 1997. 3 et suiv., spéc. p. 13 à 15. Et ces auteurs d'ajouter que « *Ce principe est universel puisqu'il est en quelque sorte un pilier de la civilisation : si les individus ne cherchent pas loyalement et sincèrement à trouver un terrain d'entente pour conclure un accord fondé sur le principe de la justice commutative et de l'équité, alors, l'esprit du consensualisme n'existe plus et l'échange économique équilibré qu'implique l'échange des consentements n'est plus qu'un leurre* ».

519. JCP. 1973. II. 17543, obs. J. SCHMIDT, RTDCiv. 1973. 779, obs. G. DURRY.

520. Pour de plus amples développements sur cette question, nous renvoyons le lecteur à la partie de notre thèse consacrée à la bonne foi dans les procédures de conciliation et de médiation judiciaires. Spécialement, y figurent de nombreuses illustrations jurisprudentielles relatives à la bonne foi pendant la période précontractuelle. V. *infra* n° 527 et s., spéc. n° 530 et s.

521. J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL, D. MAINGUY, L'avant-contrat, *op. cit.*, n° 80 et suiv. et plus spéc., n° 83.

522. J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL, D. MAINGUY, L'avant-contrat, *op. cit.*, n° 83 ; J.-M. MOUSSERON, Technique contractuelle, *op. cit.*, n° 47 ; B. LASSALLE, Les pourparlers, art. préc., p. 840 ; Sur cette obligation : M. de JUGLARD, L'obligation de renseignement dans les contrats, RTDCiv. 1945.1 ; M. FAVRE-MAGNAN, De l'obligation d'information dans les contrats, th. Paris, 1992, LGDJ, t. 221 ; J. MESTRE, L'évolution du contrat en droit privé français, art. préc., p. 47 et suiv. : l'auteur souligne que l'obligation précontractuelle de renseignement est la première forme d'interventionnisme judiciaire créée – et mise à la charge des professionnels, le plus souvent – en vue d'assurer une certaine égalité entre les parties au stade des négociations contractuelles. Puis, l'auteur indique que le législateur a pris le relais de la jurisprudence en choisissant la voie des mentions informatives : « *il a imposé dans les contrats réputés particulièrement dangereux pour le non-professionnel la présence de mentions destinées à l'informer clairement sur les prestations attendues et fournies, à lui rappeler clairement aussi les éventuelles dispositions protectrices de la loi* », dont l'exemple le plus remarquable est celui des lois des 10 janvier 1978 et 13 juillet 1979 en matière de contrats de crédit mobilier et immobilier. Indépendamment de la violation de toute disposition législative, des réticences dolosives ou de fausses informations sont caractéristiques d'un comportement fautif : Cass. civ. 1^e, 6 janvier 1998, JCP. G. 1998. 10066, obs. B. FAGES.

523. J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL, D. MAINGUY, L'avant-contrat, *op. cit.*, n° 85 ; Sur ce devoir : F. DIESSE, L'exigence de la coopération contractuelle dans le commerce international, RDAI. 1999. 737 ; J. MESTRE, L'évolution du contrat en droit privé français, art. préc., p. 51 et suiv. : pour l'auteur, le contrat, en droit privé français, tend précisément à devenir « *l'instrument juridique d'une collaboration* », tant au stade de la négociation contractuelle (p. 52) qu'à celui de l'exécution du contrat (p. 52 et s.). Ce devoir consiste notamment à favoriser la communication de certaines informations ou documents à son partenaire, de toutes sortes : techniques, commerciales, financières ; voire la communication d'un savoir-faire, ce qui pose, sous-jacente, la question du devoir de confidentialité.

524. J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL, D. MAINGUY, L'avant-contrat, *op. cit.*, n° 88.

525. J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL, D. MAINGUY, L'avant-contrat, *op. cit.*, n° 86 ; J.-M. MOUSSERON, Technique contractuelle, *op. cit.*, n° 48 ; B. LASSALLE, Les pourparlers, art. préc., p. 842. Sur ce devoir, P. JOURDAIN, Le devoir de se renseigner, D. 1983. 139; Cass. civ. 1^e, 3 mai 2000, Bull. civ. I, n° 131, Defr. 2000, p. 1110, obs. D. MAZEAUD et Ph. DELEBECQUE.

526. J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL, D. MAINGUY, L'avant-contrat, *op. cit.*, n° 87 ; J.-M. MOUSSERON, Technique contractuelle, *op. cit.*, n° 51. Il semblerait que même indépendamment de toute disposition prévoyant expressément l'obligation faite aux partenaires de garder confidentielles toutes les informations échangées en cours de pourparlers, cette obligation pèse sur chacun d'eux et ce, d'autant plus fortement que les pourparlers s'accompagnent de la communication d'importantes informations commerciales, techniques ou financières. A ce propos, les auteurs précités disposent que « *A supposer même que nul accord de confidentialité ne prescrive le respect [d'informations techniques importantes] le devoir ne de pas divulguer sans doute, mais de ne pas exploiter personnellement ni faire exploiter par un tiers sont communément admis et valent à leur méconnaissance l'engagement de la responsabilité précontractuelle* ».

527. Ainsi, certains auteurs s'y opposent catégoriquement : B. LASSALLE, Les pourparlers, art. préc., p. 843 et suiv. ; J. SCHMIDT-SZALEWSKI, La négociation du contrat international, DPCI. 1983, t. 9, p. 258 : « *Certains comportements vont être ainsi imposés aux parties qui ne pourraient pas être exigés en l'absence d'obligation contractuelle spécifique* ».

528. J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL, D. MAINGUY, L'avant-contrat, *op. et loc. cit.*

529. J. MESTRE, note s./ Versailles, 5 mars 1992, RTDCiv. 1992. 752 et s., spéc. 753. En ce sens, V. également J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL, D. MAINGUY, L'avant-contrat, *op. cit.*, n° 82 ; J.-M. MOUSSERON, Technique contractuelle, *op. cit.*, n° 50.

530. J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL, D. MAINGUY, L'avant-contrat, *op. cit.*, n° 170 et suiv.

531. J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL, D. MAINGUY, L'avant-contrat, *op. cit.*, n° 170 et suiv.

532. J. GHESTIN, La formation du contrat, *op. cit.*, n° 343, qui cite FONTAINE, Les lettres d'intention dans la négociation des contrats internationaux, Droit et pratique du commerce international, 1977, t. 3, n° 2, p. 105 : « *... en raison notamment de la durée, de la complexité et du*

coût de la négociation, les parties ont intérêt « à doter leurs pourparlers de l'élément de sécurité que constitue l'insertion dans un cadre contractuel des différentes obligations relatives à la procédure des négociations ou de certains résultats déjà acquis quant au contenu du futur contrat » ».

533. F. LABARTHE, La notion de documents contractuels, th. Paris, LGDJ, 1994, préf. J. GHESTIN, n° 210.

534. F. LUCET, Consensualisme et formalisme, in L'échange des consentements, colloque de Deauville, Rev. Jpce com., n° spéc., nov. 1995, p. 42 et s., spéc. p. 45.

535. La loi peut également prévoir des formes impératives de négociations précontractuelles ou des « procédures préalables institutionnalisées » d'échange des consentements. V. J. MESTRE, Les procédures préalables institutionnalisées, in L'échange des consentements, colloque de Deauville, Rev. Jpce com., n° spéc., nov. 1995, p. 32 et suiv. Nous abordons la question plus loin : V. *infra* n° 436 et s.

536. J. GHESTIN, La formation du contrat, *op. cit.*, n° 343 et suiv. ; Ch. LARROUMET, Les obligations, Le contrat, t. III, 4^e éd., Economica, 1998, n° 289 et spéc. n° 290 ; J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, L'avant-contrat, *op. cit.*, n° 442 ; J.-M. MOUSSERON, Technique contractuelle, *op. cit.*, n° 90 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, A. SAVAUX, L'acte juridique, *op. cit.*, n° 149 : ces auteurs retiennent cependant une acception très « *compréhensive* » de la notion de contrats préparatoires puisqu'ils y incluent non seulement les contrats ayant pour objet la préparation des négociations mais également ceux dont l'objet est la conclusion du contrat définitif ; pour une conception plus étroite de la notion de contrats préparatoires, V. également la thèse de M. COLLART-DUTILLEUL, Les contrats préparatoires à la vente d'immeubles, 1988, préf. J.-L. AUBERT, n° 5 et s., qui limite ces contrats à ceux qui ont pour but de préparer un autre contrat.

537. B. BEIGNIER, La conduite des négociations, art. préc., p. 467 et suiv. ; J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL, D. MAINGUY, L'avant-contrat, *op. cit.*, n° 444 : « *Le contrat de négociation est une des formules contractuelles organisant les pourparlers les plus intéressantes dans la mesure où il s'agit très exactement d'envisager une négociation et d'en prévoir, organiser, gérer les modalités* », spéc. n° 452 et suiv. ; J.-M. MOUSSERON, Technique contractuelle, *op. cit.*, n° 114 ; F. LABARTHE, La notion de documents contractuels, th. préc., n° 211 ; Ch. LARROUMET, Les obligations, *op. cit.*, n° 290 ; J. SCHMIDT, Négociation et conclusion des contrats, Dalloz, 1982, p. 201 ; Le contrat, 94^e Congrès des notaires de France, *op. cit.*, p. 31, n° 1047.

538. LEDUC, Des avant-contrats, thèse Paris, 1909 ; M. GENINET, Théorie générale des avant-contrats en droit privé, th. Paris, 1985, n° 146 et suiv. : l'auteur assimile les avant-contrats aux promesses de contrats.

539. Promesses unilatérales ou synallagmatiques ; J. GHESTIN, La formation du contrat, *op. cit.*, n° 332 et suiv. ; Ch. LARROUMET, Les obligations, Le contrat, t. III, Economica, n° 298 et suiv. ; F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, Les obligations, *op. cit.*, n° 182 et suiv. ; J.-M. MOUSSERON, Technique contractuelle, *op. cit.*, n° 172 et suiv. ; J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL

et D. MAINGUY, L'avant-contrat, *op. cit.*, n° 542 et suiv. ; J. CARBONNIER, Les obligations, *op. cit.*, n° 28, p. 77 ; J. SCHMIDT, Négociation et conclusion des contrats, *op. cit.*, p. 261 ; Ch. PAULIN, Promesse et préférence, RTDCom 1998. 511 et suiv., spéc. p. 515.

540. V. J. SCHMIDT-SZALEWSKI, La force obligatoire des avant-contrats, art. préc., n° 29 et suiv., qui retient cette distinction de finalité, mais qui en revanche emploie indistinctement la terminologie d'avant-contrat pour désigner chacune de ces deux catégories ; GENINET, Théorie générale des avant-contrats en droit privé, th. préc., n° 151, qui cite deux arrêts inédits de la Cour d'appel de Rennes qui proposent une définition de l'avant-contrat : « *Est un avant-contrat tout accord contractuel conclu avant le contrat définitif et qui a pour but direct ou indirect la formation de ce dernier* ».

541. B. GROS, Pourparlers, art. préc., n° 81 et suiv. ; J. SCHMIDT, Négociation et conclusion des contrats, *op. cit.*, p. 256 ; J. SCHMIDT-SZALEWSKI, La période précontractuelle en droit français, RIDC. 1990. 562 ; B. LASSALLE, Les pourparlers, art. préc., p. 835 ; J.-M. MOUSSERON, La durée dans la formation des contrats, art. préc., p. 516.

542. Sur la notion : I. NAJJAR, L'accord de principe, D. 1991. 57 et suiv. ; L. ROZES, Projets et accords de principe, RTDCom. 1998. 501 et suiv., spéc. p. 506 ; B. BEIGNIER, La conduite des négociations, art. préc., p. 465 ; J. GHESTIN, La formation du contrat, *op. cit.*, n° 344 ; J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, L'avant-contrat, *op. cit.*, n° 449 ; J.-M. MOUSSERON, La durée dans la formation des contrats, art. préc., p. 513 ; J. SCHMIDT-SZALEWSKI, La force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats, RTDCiv. 2000. 32 ; B. LASSALLE, art. préc., p. 832 ; J. CEDRAS, L'obligations de négociation, art. préc., p. 275, n° 11.

543. A. RIEG, La punctuation, Contribution à l'étude de la formation successive des contrats, Etudes offertes à A. JAUFFRET, PUAM, 1974, p. 593 et s. ; J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL, D. MAINGUY, L'avant-contrat, *op. cit.*, n° 446 ; F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, Les obligations, *op. cit.*, n° 179 ; F. LABARTHE, La notion de documents contractuels, th. préc., n° 253 et suiv.

544. J. GHESTIN, La formation du contrat, *op. cit.*, n° 345 ; F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, Les obligations, *op. cit.*, n° 179 ; L. ROZES, Projets et accords de principes, RTDCom. 1998. 501 et suiv., spéc. p. 507 ; J. SCHMIDT, Négociation et conclusion des contrats, *op. cit.*, p. 245 ; J. SCHMIDT-SZALEWSKI, La période précontractuelle en droit français, RIDC. 561 ; J.-M. MOUSSERON, La durée dans la formation des contrats, art. préc., p. 518 ; J.-M. MOUSSEON, Technique contractuelle, *op. cit.*, n° 206 ; B. LASSALLE, Les pourparlers, art. préc., p. 833 ; A. RIEG, La punctuation, art. préc., p. 593 ; B. GROS, Pourparlers, art. préc., n° 105 ; 94^e congrès des notaires de France consacré au Contrat, *op. cit.*, n° 1066.

545. J. SCHMIDT, Négociation et conclusion des contrats, *op. cit.*, n° 373.

546. J.-M. MOUSSERON, La durée dans la formation des contrats, art. préc., p. 513.

547. B. BEIGNIER, La conduite des négociations, art. préc., p. 468.

548. Les contrats de négociation peuvent être conclus à différents moments : dès le début des négociations – auquel cas les parties seront tenues de les engager – ou bien après que celles-ci soient déjà entamées – les parties seront alors tenues de les poursuivre. Sur cette question : J.- M. MOUSSERON, M. GUIBAL, D. MAINGUY, L'avant-contrat, *op. cit.*, n° 455.

549. L. ROZES, Projets et accords de principe, art. préc., n° 15. Il y a donc une atteinte à la liberté contractuelle des parties d'entrer ou non en pourparlers, d'origine conventionnelle. Sans entrer dans les détails, nous signalons simplement pour l'heure que de telles atteintes peuvent également avoir pour fondement la loi. Il s'agit alors d'obligations de négocier d'origine légale et non plus d'origine conventionnelle. Sur cette question, V. *infra* n° 413 et s.

550. L. ROZES, Projets et accords de principe, art. préc., n° 15.

551. J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL, D. MAINGUY, L'avant-contrat, *op. cit.*, n° 450 ; B. LASSALLE, Les pourparlers, art. préc., p. 846.

552. J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL, D. MAINGUY, L'avant-contrat, *op. cit.*, n° 450 ; B. LASSALLE, Les pourparlers, art. préc., p. 846.

553. L. ROZES, Projets et accords de principe, art. préc., n° 15 ; Cass. soc., 19 déc. 1989. D. 1991. 62, note J. SCHMIDT-SZALEWSKI ; RTDCiv. 1991. 330, obs. J. MESTRE.

554. J. MESTRE, L'évolution du contrat en droit privé français, art. préc., p. 52 : l'auteur précise, à propos des contrats de pourparlers que « *Certes, les parties n'en retirent pas pour autant l'obligation de conclure l'acte définitif, mais elles sont tenues de poursuivre les négociations entreprises de bonne foi et de mettre tout en œuvre pour que celles-ci aboutissent* ».

555. B. BEIGNIER, La conduite des négociations, art. préc., n° 468.

556. Ainsi, la définition que donne M. GHESTIN de l'accord de principe correspond mot pour mot à celle du contrat de négociation : « *engagement contractuel de faire une offre ou de poursuivre une négociation en cours afin d'aboutir à la conclusion d'un contrat, dont l'objet n'est encore déterminé que de façon partielle et en tout cas insuffisante pour que le contrat soit formé* », in La formation du contrat, *op. cit.*, n° 344 ; V. également J. SCHMIDT, Négociation et conclusion des contrats, *op. cit.*, n° 372 : qui fait remarquer que « *Lorsque les parties envisagent de négocier ultérieurement le contrat définitif, elles concluent [...] un contrat préparatoire dénommé tantôt « accord de principe », tantôt « contrat de pourparlers », tantôt « contrat de négociation* » ; Ph. Le TOURNEAU, Ingénierie et transfert de maîtrise industrielle, JCl. Contrats-distribution, fasc. 1820, n° 32 et s. : « *L'accord de principe est un accord préliminaire par lequel les parties s'engagent à négocier de bonne foi un deuxième contrat dont elles ne précisent ni les clauses essentielles ni, a fortiori, les clauses accessoires. Ce n'est que l'affirmation d'un engagement de négocier* ».

557. Cass. soc. 24 mars 1958, JCP. G. 1958. II. 10868, note CARBONNIER ; Cass. soc., 19 déc. 1989, préc. V. cependant l'article de B. BEIGNIER, La conduite des négociations, art. préc., spéc. p. 466, dans lequel il cite de nombreuses décisions faisant une confusion totale entre toutes ces notions.

558. B. BEIGNIER, La conduite des négociations, art. préc., p. 467 déclare que l' « accord de principe [...] est le seul véritable contrat de négociation » ; V. également J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL, D. MAINGUY, L'avant-contrat, *op. cit.*, n° 450 : « la proximité des effets justifie que l'accord de principe soit classé parmi les accords de négociation, d'autant que l'utilisation de la formule par les juges est loin d'être anecdotique et, au contraire, extrêmement fréquente ».
559. V. *supra* nos développements sur ces clauses, n° 36 et s., spéc., n° 42 et s.
560. En nous inspirant de l'article de M. NAJJAR sur l'accord de principe, préc., spéc. p. 59 et suiv.
561. Sur la notion : J. SCHMIDT, Négociation et conclusion des contrats, *op. cit.*, p. 256 et suiv. Précisons simplement que l'auteur considère que ces contrats n'engendrent pas d'obligation de négocier ; leur objet est simplement d'organiser la négociation en créant les obligations qui lieront les parties durant celle-ci ; l'obligation de négocier ne peut résulter que d'un accord de principe ou contrat de négociation lequel peut comprendre en son sein un ou plusieurs contrats temporaires ; B. GROS, art. préc., n° 81 ; J.-M. MOUSSERON, La durée dans la formation des contrats, art. préc., p. 516 ; B. LASSALLE, art. préc., p. 835 ; J. SCHMIDT-SZALEWSKI, La période précontractuelle en droit français, RIDC. 1990. 562.
562. I. NAJJAR, L'accord de principe, art. préc., p. 59.
563. I. NAJJAR, L'accord de principe, art. préc., p. 59.
564. L. ROZES, Projets et accords de principe, art. préc., p. 506.
565. L. ROZES, Projets et accords de principe, art. préc., p. 508.
566. Sur ce contrat : J.-M. MOUSSERON, Technique contractuelle, *op. cit.*, n° 159 ; La durée dans la formation des contrats, art. préc., p. 515 ; J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL, D. MAINGUY, L'avant-contrat, *op. cit.*, n° 518 et suiv. ; J. SCHMIDT, Négociation et conclusion des contrats, *op. cit.*, p. 229 et suiv. ; B. LASSALLE, Les pourparlers, art. préc., p. 836.
567. L. ROZES, Projets et accord de principe, p. 508.
568. J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL, D. MAINGUY, L'avant-contrat, *op. cit.*, n° 454.
569. F. LABARTHE, La notion de documents contractuels, th. préc., n° 214 et suiv. V. Cass. com., 9 juillet 2002, LPA, 2 janvier 2003, n° 1 p. 11.
570. F. LABARTHE, La notion de documents contractuels, th. préc., n° 213 et suiv.
571. F. LABARTHE, La notion de documents contractuels, th. préc., n° 231 et suiv. ; J.-M. MOUSSERON, Technique contractuelle, *op. cit.*, n° 116 : en citant l'arrêt devenu célèbre de la chambre sociale de la Cour de cassation du 24 mars 1958, l'auteur souligne combien la détermination, par les juges, de l'existence d'un contrat de négociation - ici un accord de principe - à partir de l'examen de clauses ou lettres échangées entre les parties est une solution qui « présente des dangers en raison de l'application considérable à laquelle elle pourrait donner lieu par des juges privés de modération ». Dans sa recherche de l'existence d'un contrat, le juge doit faire primer « la volonté réelle » nous dit l'auteur.
572. J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL, D. MAINGUY, L'avant-contrat, *op. cit.*, n° 454.
573. J. GHESTIN, La formation du contrat, *op. cit.*, n° 344.

574. Sur de telles obligations, V. notamm. B. LASSALLE, Les pourparlers, art. préc., p. 835 et suiv.
575. J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL, D. MAINGUY, L'avant-contrat, *op. cit.*, n° 475 ; J.-M. MOUSSERON, Technique contractuelle, *op. cit.*, n° 125.
576. J. SCHMIDT, Négociation et conclusion des contrats, *op. cit.*, n° 379, p. 206 ; B. GROS, Pourparlers, art. préc., n° 44 et suiv.
577. J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL, D. MAINGUY, L'avant-contrat, *op. cit.*, n° 482 ; J. SCHMIDT, Négociation et conclusion des contrats, *op. cit.*, n° 482 ; J.-M. MOUSSERON, Technique contractuelle, *op. cit.*, n° 124 ; B. GROS, Pourparlers, art. préc., n° 84.
578. La confidentialité peut porter sur l'existence ou le contenu des négociations comme elle peut porter sur les informations techniques échangées entre les parties à l'occasion de la négociation, ce qui est fréquemment le cas pour les contrats de communication de savoir-faire, de licence de brevet, de sous-traitance ... F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, Les obligations, *op. cit.*, n° 178 ; M. VIVANT, Les clauses de secret, in Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels, 1990, PUAM, p. 101 et suiv. ; J. HUET et F. DUPUIS-TOUBOUL, Violation de la confidentialité des négociations, LPA, 4 avril 1990 ; H. DUBOUT, Les engagements de confidentialité dans les opérations d'acquisition d'entreprise, Bull. JOLY, 1992. 722 et suiv.
579. J. SCHMIDT, Négociation et conclusion des contrats, *op. cit.*, n° 482 ; J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL, D. MAINGUY, L'avant-contrat, *op. cit.*, n° 477 ; J.-M. MOUSSERON, Technique contractuelle, *op. cit.*, n° 122 ; F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, Les obligations, *op. cit.*, n° 178 ; B. GROS, Pourparlers, art. préc., n° 83.
580. J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL, D. MAINGUY, L'avant-contrat, *op. cit.*, n° 480 ; J.-M. MOUSSERON, Technique contractuelle, *op. cit.*, n° 123.
581. J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL, D. MAINGUY, L'avant-contrat, *op. cit.*, n° 480.
582. J. FLOUR, J.-L. AUBERT, A. SAVAUX, L'acte juridique, *op. cit.*, n° 148.
583. F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, Les obligations, *op. cit.*, n° 176.
584. V. *supra* n° 114 et 117.
585. X. LAGARDE, Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges, Rev. ab. 2001. 423 et suiv., spéc. n° 12 et suiv.
586. NCPC, art. 127, 131-1, 830 et 832-1.
587. NCPC, art. 128, 131-7 al. 3, 832-3, 833, 840, 887, 1108 ; C. trav., art. R. 516-10.
588. NCPC, art. 131-3, 832.
589. C. civ., art. 252, 252-1.
590. NCPC, art. 131-4, 131-6, 131-7, 832-2.
591. NCPC, art. 131-6 al. 2 ; 131-13.
592. Entendre des tiers : NCPC, art. 131-8 et 832-4 ; se rendre sur les lieux : NCPC, art. 832-4 ; exclusion de tout pouvoir d'instruction : NCPC, art. 131-8.
593. NCPC, art. 131-9, 131-10, 832-5, 832-6.

594. NCPC, 131-14, 832-9; C. civ., art. 252-3.

595. NCPC, art. 129, 130, 131-12, 832-7 al. 2, 832-8, 887, 1111; C. trav., art. R. 516-13 et R. 516-14.

596. V. *supra* n° 133.

597. C'est le cas chaque fois qu'une procédure de conciliation préalable est imposée aux parties : par exemple, en matière prud'homale, devant le tribunal d'instance, devant le tribunal paritaire de baux ruraux, en matière de divorce pour faute ou pour rupture de la vie commune

598. Par exemple, NCPC, art. 128 : « *La conciliation est tentée [...] au lieu et au moment que le juge estime favorables* » ; devant le conseil de prud'hommes, la conciliation préalable est obligatoirement tentée devant le bureau de conciliation et les pourparlers menés par les conseillers prud'hommes selon une procédure prédéterminée (C. trav., art. R. 516-13) ; enfin, lorsque la conciliation ou la médiation est confiée par le juge à un tiers, les différentes étapes des négociations ainsi que le traitement des éventuels incidents susceptibles d'intervenir sont également prédéterminés par les textes (NCPC, art. 131-1 et suiv. ; 832 et suiv.).

599. NCPC, art. 131-10 et 832-6.

600. X. LAGARDE, Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges, art. préc., p. 423.

601. L. CADIET, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 28 ; J. VINCENT et S. GUINCHARD, Procédure civile, *op. cit.*, n° 12 et n° 633 et s. ; G. COUCHEZ, Procédure civile, *op. cit.*, n° 4 ; G. COUCHEZ, J.-P. LANGLADE, D. LEBEAU, Procédure civile, *op. cit.*, n° 8.

602. L'expression est de L. CADIET, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 29 ; G. COUCHEZ, Procédure civile, *op. cit.*, n° 5 ; G. COUCHEZ, J.-P. LANGLADE, D. LEBEAU, Procédure civile, *op. cit.*, n° 9.

603. J. VINCENT, La procédure civile et l'ordre public, Mélanges P. ROUBIER, t. II, p. 305, n° 4 ; V. également L. CADIET, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 29.

604. J. NORMAND, Le juge et le litige, th. Paris., LGDJ, 1965, préf. R. PERROT, p. 224 et s., n° 227 et s.

605. J. NORMAND, Le juge et le litige, *op. cit.*, p. 225, n° 227.

606. J. NORMAND, Le juge et le litige, *op. cit.*, p. 225, n° 227.

607. J. VINCENT, La procédure civile et l'ordre public, Mélanges P. ROUBIER, Dalloz-Sirey, 1961, art. préc., p. 303 et s. La question des effets de l'ordre public sur la liberté contractuelle des parties est abordée ultérieurement, dans nos développements consacrés au champ d'application matériel des procédures de conciliation et de médiation judiciaires. Sauf que cette fois-ci, c'est l'objet litigieux – donc le droit substantiel – qui est en cause, et non plus l'existence de règles de droit processuel.

608. Ph. MALAURIE, note s./ Cass. soc. 18 mars 1955, D. 1956. 517 et s., spéc. p. 520 : « *L'ordre public établit seulement un ensemble de prohibitions tendant à protéger l'ensemble des institutions*

fondamentales ; [le juge] ne peut ainsi exercer qu'une mission négative en permettant de repousser une demande qui lui serait contraire ».

609. Ph. MALAURIE, note préc., p. 520 ; J. NORMAND, th. préc., p. 260, n° 256 et p. 264, n° 261.

610. J. NORMAND, th. préc., p. 260, n° 256.

611. Ph. MALAURIE, note préc., p. 520 ; J. VINCENT, La procédure civile et l'ordre public, art. préc., p. 340, n° 70.

612. Ph. MALAURIE, note préc., p. 520.

613. Le juge n'est pas toujours tenu de soulever d'office un moyen d'ordre public. Il dispose parfois d'un pouvoir discrétionnaire d'appréciation. V. par exemple en matière d'incompétence territoriale ou matérielle : les articles 92 et 93 du nouveau code de procédure civile disposent à chaque fois que le juge « peut » la soulever d'office, sous réserve toutefois que certaines conditions soient réunies.

614. J. VINCENT et S. GUINCHARD, Procédure civile, *op. cit.*, p. 476, n° 534.

615. NCPC, art. 2.

616. H. SOLUS et R. PERROT, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 83.

617. J. VINCENT et S. GUINCHARD, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 535.

618. NCPC, art. 2.

619. H. SOLUS et R. PERROT, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 83 - I.

620. H. SOLUS et R. PERROT, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 83 - II.

621. L. CADIET, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 1105.

622. NCPC, art. 382, mod. D. n° 98-1231 du 28 décembre 1998.

623. NCPC, art. 131-1 et s.

624. NCPC, art. 382.

625. NCPC, art. 131-6.

626. J. NOMAND, Le juge et le litige, th. préc., n° 226.

627. L'expression est de J. VINCENT, La procédure civile et l'ordre public, art. préc., p. 303 et spéc. p. 305 ; V. également, J. NOMAND, Le juge et le litige, th. préc., p. 223 et s., n° 226 et s. ; MALAURIE, L'ordre public et le contrat, th. Paris, 1953 ; du même auteur, note préc., p. 516.

628. J. NORMAND, th. préc., n° 239.

629. V. par exemple les articles 12 al. 5, 399, 413 et 1459 du nouveau code de procédure civile.

630. J. VINCENT, La procédure civile et l'ordre public, art. préc., p. 303 et s. ; J. VINCENT et S. GUINCHARD, Procédure civile, *op. cit.*, n° 12.

631. J. VINCENT, La procédure civile et l'ordre public, art. préc., p. 306, n° 9.

632. J. VINCENT, La procédure civile et l'ordre public, art. préc., p. 311, n° 20.

633. J. VINCENT, La procédure civile et l'ordre public, art. préc., p. 317, n° 29.

634. L. CADIET, Les accords sur la juridiction dans le procès, art. préc., p. 37.

635. J. VINCENT, La procédure civile et l'ordre public, art. préc., p. 306, n° 8 : « *Le caractère parfois indécis de l'ordre public, en procédure civile, trouve ainsi sa source dans une contradiction inhérente à la discipline elle-même. Il s'agit de concilier la faculté reconnue aux parties, lorsqu'elles sont maîtresses de leurs droits, de disposer de ceux-ci et de diriger l'instance, avec les impératifs d'un service public dont la fonction est d'apaiser ou de trancher les conflits de droit privé* ».
636. J. VINCENT et S. GUINCHARD, Procédure civile, *op. cit.*, n° 12.
637. G. COUCHEZ, J.-P. LANGLADE, D. LEBEAU, Procédure civile, *op. cit.*, n° 9.
638. J. VINCENT et S. GUINCHARD, Procédure civile, *op. et loc. cit.*
639. J. VINCENT et S. GUINCHARD, Procédure civile, *op. et loc. cit.* : « *l'ordre public est seulement un indice de prévalence* ».
640. Ch. JARROSSON, RGDP. 1998, janv./mars, p. 162 ; J.-P. BONAFA-SCHMITT (dir.), Les médiations : logiques et pratiques sociales, rapport de recherche du GLYSI, réalisé avec l'aide du GIP Mission de Recherche Droit et Justice, mai 2001, p. 78 : qui révèle que la consignation de la provision directement entre les mains du médiateur est désormais une pratique courante.
641. Ch. JARROSSON, *op. et loc. cit.*
642. X. LAGARDE, Transaction et ordre public, D. 2000. 217 et s., spéc. n° 8 : l'auteur parle, quant à lui, de « *liberté contrôlée* ».
643. Cette question retiendra notre attention plus en détails ultérieurement, lorsque nous nous intéresserons aux conséquences du dirigisme contractuel sur la liberté contractuelle des parties en pourparlers judiciaires. V. *infra* n° 363 et s.
644. NCPC, art. 131-6; V. *infra* n° 405.
645. V. tous les cas de conciliation préalable obligatoires, sur lesquels nous reviendrons en détails : NCPC, art. 840, 847, 847-3, 887 ; C. trav., art. R. 516-13 et s. ; C. Civ., art. 252 et s. ; V. *infra* n° 413.
646. NCPC, art. 131-1 et s. : intervention d'un médiateur et détermination de son rôle ; art. 832 et suiv. : intervention d'un conciliateur de justice et détermination de son rôle ; C. trav., art. R. 516-13 et s. : intervention du bureau de conciliation du conseil de prud'hommes et détermination de son rôle ; C. civ., art. 252 et suiv. : intervention du juge aux affaires familiales et détermination de son rôle ; V. *infra* n° 441.
647. NCPC, art. 128, 1107; C. trav., art. R. 516-10; V. *infra* n° 443.
648. Par exemple : NCPC, art. 131-9 et 131-11, art. 832-5 et 832-7 : devoir d'information du juge mis à la charge du tiers chargé de procéder au règlement amiable ; NCPC, art. 131-14 et 832-9 : devoir de confidentialité.
649. NCPC, art. 832-7 al. 1^{er} et 1111 ; C. trav., art. R. 516-13 et s. ; V. *infra* n° 480.
650. NCPC, 131-3 et 832 ; V. *infra* n° 476.
651. Notre seconde partie est consacrée à ce contrôle : V. *infra* n° 486 et s.
652. Nous verrons qu'en effet, toute procédure de constatation judiciaire des accords de conciliation suppose un contrôle minimum du juge sur le contenu de ces accords. V. *infra*

n° 605 et s. et 678 et s.

653. Sur les qualités personnelles et professionnelles de ce tiers : V. *infra* n° 558 et s.

654. Sur l'activité judiciaire de constatation de l'accord des parties par le juge : V. *infra* n° 603 et s ; sur ses effets V. *infra* n° 627 et 672.

655. Sur le principe de confidentialité, V. *infra* n° 512.

656. Ch. JARROSSON, th. préc., n° 372 : « *Les concessions réciproques peuvent donc être considérées comme le tribut que les parties doivent payer pour profiter des avantages de la transaction* ».

657. Affirmation à atténuer si l'on prend en considération la notion de *pourparlers de transaction*, proposée par H. MOTULSKY in *Ecrits*, Tome I, Etudes et notes de procédure civile, Dalloz, 1973, p. 284, n° 15.

Chapitre II. Nature contractuelle des pourparlers judiciaires

- 1 150. Un auteur ⁶⁵⁸, qui s'est intéressé à la notion de contrat, rappelle que « *Le mot contrat vient du latin contractus lui-même dérivé de contrahere, qui signifie rassembler, réunir, conclure* ». Observant que cette définition n'est pas explicite en elle-même, l'auteur propose alors de se référer au genre dont relève le contrat : la convention ⁶⁵⁹ : « *Le mot convention vient du latin conventio lui-même dérivé de convenire qui signifie venir ensemble, d'où être d'accord* » pour en déduire que « *Conclure un contrat, une convention, c'est se mettre d'accord sur quelque chose* ».
- 2 Cette définition met en évidence le lien existant entre l'accord de volonté et le contrat, faisant qu'il suffit de prouver l'existence d'un accord de volonté pour en déduire celle d'un contrat. Aussi, la détermination de la nature contractuelle des pourparlers judiciaires se fera selon ce raisonnement simple : nous rappellerons qu'il suffit que ceux-ci reposent sur un accord de volonté des parties, indépendamment de la procédure en vertu de laquelle cet accord s'est réalisé, pour qu'ils acquièrent une nature contractuelle. Peu importe que le consentement résulte de la rencontre d'une offre et d'une acceptation consécutivement à une négociation ou bien, au contraire, résulte de l'adhésion à une stipulation, sans discussion préalable sur le contenu du contrat de pourparlers proposé. Seul l'accord de volonté est le critère du contrat (**Section I**). Ce principe

rappelé, nous examinerons alors quelle est la place occupée par le consentement des parties dans les procédures de conciliation et de médiation judiciaires pour apprécier si elles sont susceptibles d'être qualifiées de contrats (**Section II**).

SECTION I – LE CONSENTEMENT DES PARTIES, CRITÈRE DU CONTRAT

- 3 151. Après avoir rappelé combien l'existence d'un accord des parties ⁶⁶⁰ sur les conditions du contrat projeté est véritablement l'élément déterminant de l'existence d'un contrat ⁶⁶¹ (A), nous nous intéresserons aux différentes procédures de consentement susceptibles de donner naissance au contrat (B) pour apprécier quelles sont les incidences que celles-ci sont à même d'engendrer sur le contrat en formation. Spécialement, nous nous interrogerons sur les effets du consentement des parties en fonction de la manière dont il a été donné : y a-t-il toujours création d'un rapport d'obligations de nature contractuelle lorsque les parties n'ont pas librement débattu des éléments essentiels de la convention qu'elles entendent conclure avant de donner leur consentement mais qu'elles se sont contentées d'adhérer à un projet de contrat préétabli sans en discuter le contenu ? Y a-t-il toujours consentement créateur d'un rapport d'obligations de nature contractuelle lorsque celui-ci a été recueilli sous la menace de sanctions particulièrement dissuasives ? C'est, en d'autres termes, s'interroger sur l'effet créateur d'obligations du consentement des parties, lorsqu'il a été donné selon une procédure dirigée, voire sous la contrainte, ou encore lorsqu'il porte sur un contrat dont le contenu est prédéterminé.

A. Le consentement, critère exclusif du contrat

- 4 152. **Rappel historique** - C'est avec l'apparition du contrat d'adhésion ⁶⁶² - que l'on doit à Raymond Saleilles ⁶⁶³ - que la doctrine a été amenée à s'interroger sur la notion de contrat et, plus exactement,

sur la détermination de ses critères ⁶⁶⁴. Le propre du contrat d'adhésion ⁶⁶⁵ est que son contenu « *n'est pas le résultat de la libre discussion des deux parties placées sur un pied d'égalité ; il a été rédigé à l'avance et ne varie par l'une des parties qui, plus puissante économiquement ou socialement, le propose à l'adhésion de ses multiples cocontractants* » ⁶⁶⁶. Aussi, la question qui a longtemps divisé la doctrine était de savoir si, en l'absence de négociation préalable relativement à la détermination des éléments du contrat d'adhésion, la qualification de *contrat* était toujours appropriée, autrement dit, s'il entraînait dans la définition du contrat qu'il soit nécessairement négocié ⁶⁶⁷.

- 5 Deux thèses s'affrontaient alors ⁶⁶⁸ : la thèse anticontractualiste ⁶⁶⁹, qui refusait au contrat d'adhésion la nature contractuelle et entendait le soumettre à un régime particulier ⁶⁷⁰, et la thèse contractualiste ⁶⁷¹, qui soutenait le contraire ⁶⁷² à savoir, la reconnaissance d'une nature contractuelle et la soumission au régime de droit commun des obligations ⁶⁷³. Au soutien de cette dernière thèse, les auteurs invoquaient – et continuent d'invoquer – que « *du point de vue technique, le contrat d'adhésion suppose bien une commune volonté* » ⁶⁷⁴ car « *adhérer, c'est consentir* » ⁶⁷⁵. Que l'une de ces volontés se soit pliée aux exigences de l'autre ne change rien au raisonnement, car, « *une discussion des clauses de la convention [...] peut très bien aboutir à une capitulation du plus faible des contractants devant les exigences du plus fort* » ⁶⁷⁶. Aujourd'hui, la querelle a disparu et la doctrine civiliste s'accorde pour analyser le contrat d'adhésion en un contrat et, ce faisant, pour exclure des critères de celui-ci la nécessité que son contenu ait été préalablement négocié par les parties. « *Ce qui importe est l'existence du consentement* » ⁶⁷⁷ ; non pas l'intensité ni la procédure en vertu desquelles il a été donné ; la loi « *ne mesure pas au dynamomètre la force des volontés* »

rappelle à juste titre un auteur ⁶⁷⁸ . Il s'ensuit que seul l'accord de volonté est véritablement le critère du contrat ⁶⁷⁹ et qu'en revanche, la négociation préalable n'en est pas un ⁶⁸⁰ .

- 6 **153. L'accord de volonté, critère du contrat** - La place centrale donnée à l'accord de volonté est conforme à la conception volontariste traditionnelle du contrat ⁶⁸¹ qui transparaît du Code civil. Ainsi, peut-on lire en doctrine que le consentement des parties constitue « *l'élément moteur, le centre de gravité, la trame, le substratum, le nœud ou le noyau, le fondement, la moelle, l'essence ou l'âme du contrat* » ⁶⁸² . Inversement, il en résulte que sans consentement, il n'y a pas de contrat possible ⁶⁸³ . D'où la définition traditionnellement donnée au contrat qui consiste à y voir « *un accord de volonté entre deux ou plusieurs personnes en vue de produire des effets de droit* » ⁶⁸⁴ ou encore, « *Sous sa forme la plus pure [...] le seul concours des parties [qui] n'exige d'elles qu'un échange des consentements* » ⁶⁸⁵
- 7 L'examen des diverses procédures suivant lesquelles les parties sont amenées à donner leur consentement confirme leur rôle accessoire dans la détermination de l'existence d'un contrat mais fait état de leur effet direct sur la nature juridique du contrat alors formé.

B. Procédures de formation du consentement et dirigisme contractuel

- 8 **154.** Pour qu'il y ait accord, il faut que les parties extériorisent leurs volontés dans un premier temps, puis que ces dernières se rencontrent dans un deuxième temps. En d'autres termes, l'accord ne peut résulter que de la rencontre de deux manifestations de volontés ⁶⁸⁶ . D'aucuns analysent alors ces étapes successives en une procédure ⁶⁸⁷ et, plus précisément, en une « *procédure spécifique de création d'effets juridiques* » ⁶⁸⁸ . Il existe diverses procédures de

formation du consentement faisant chacune une place différente à la négociation précontractuelle ⁶⁸⁹. Or, si les procédures de formation du consentement n'ont pas nécessairement d'incidence sur l'existence même du contrat, elles en ont en revanche une sur la nature du contrat auquel elles donnent naissance. Pour s'en convaincre, distinguons entre la procédure traditionnelle d'échange des consentements et les procédures particulières.

- 9 **155. *La procédure traditionnelle d'échange des consentements*** - Selon un schéma classique, la procédure traditionnelle consiste en la formulation d'une offre de contracter par l'une des parties ⁶⁹⁰ suivie, après un temps de négociation plus ou moins long, d'une acceptation du destinataire de l'offre ⁶⁹¹. On parle alors de contrats de gré à gré ⁶⁹² ou, de manière plus imagée, de contrats négociés ⁶⁹³. La négociation entre le pollicitant et le destinataire de l'offre consiste en une discussion sur les éléments du contrat proposé, « *comportant une série de contre-propositions* » ⁶⁹⁴. C'est de la rencontre entre cette offre et cette acceptation que naît le contrat, de l'acquiescement ou de l'adhésion de chacune des parties aux conditions du contrat projeté, librement déterminées par elles ⁶⁹⁵.
- 10 **156. *Les procédures déformées d'échange des consentements : manifestation du dirigisme contractuel*** - Mais ce schéma classique est loin de se réaliser systématiquement et subit fréquemment des déformations ⁶⁹⁶, soit que l'accord des parties ne porte que sur le principe même du contrat ⁶⁹⁷ et non pas sur chacune des obligations qu'il engendre prises isolément ; soit que l'accord des parties n'a pas été précédé d'une négociation préalable ⁶⁹⁸ ; soit encore que le consentement des parties n'a pas été donné librement mais consécutivement à une obligation légale. Ces atteintes ainsi portées au régime classique de formation du contrat, qui se sont multipliées à partir de la seconde moitié du dix-neuvième siècle ⁶⁹⁹,

ont eu pour principal effet d'empêcher les volontés privées de « *déterminer librement le contenu de l'acte, que fixent la loi, les tribunaux, les conventions collectives ou les règlements des organismes professionnels : des interdictions sont adressées aux parties, des obligations accessoires naissent indépendamment de leur volonté. Le contrat est dirigé ou dicté, il est soumis à un statut légal* » ⁷⁰⁰. On parle alors de dirigisme contractuel ⁷⁰¹ qui se manifeste non seulement par des atteintes à la liberté de fixation du contenu des contrats mais également par des atteintes à leur liberté de conclusion, les parties étant alors obligées juridiquement de contracter ⁷⁰². Ce dirigisme, qu'il soit de source privée ou publique, peut être plus ou moins marqué, autrement dit d'une intensité variable. Nous distinguerons trois degrés de dirigisme, qui font état d'une gradation progressive dans l'atteinte à la liberté contractuelle des parties : les normes supplétives (1°), les normes impératives (2°) et le contrat forcé (3°).

1°. Les normes supplétives

- 11 **157.** La forme la plus souple de dirigisme contractuel consiste en la proposition de modèles de contrats auxquels les parties sont libres de souscrire ou de ne pas souscrire et dont les éléments constitutifs, prédéterminés, sont en grande partie susceptibles de modification. Les lois supplétives ou interprétatives de volonté ⁷⁰³ qui encadrent les contrats les plus usuels de la vie quotidienne ⁷⁰⁴ - ceux que l'on a coutume de qualifier de contrats nommés ou de contrats spéciaux ⁷⁰⁵ - sont le premier exemple qui vient à l'esprit.
- 12 **158. Les contrats-types, réglementaires ou privés** - Mais l'Administration peut également se voir confier la tâche, par le législateur, de procéder à la rédaction de modèles de contrats ⁷⁰⁶. Pour les désigner, on a alors recours à la notion de contrat-type ⁷⁰⁷ et, spécialement, parce qu'ils sont l'œuvre de personnes publiques,

de contrat-type administratif ⁷⁰⁸ ou de contrat-type réglementaire ⁷⁰⁹. Lorsqu'enfin ce sont des personnes privées ⁷¹⁰ qui ont recours à ce procédé, on parle de contrat-type privé ⁷¹¹. Très répandus, ces derniers modèles de contrats « *répondent à un besoin profond du commerce contemporain en permettant de réduire la durée de la phase précontractuelle* » ⁷¹² et de « *suivre ainsi le rythme de plus en plus rapide de la vie des affaires* » ⁷¹³. Le recours aux contrats-types simplifie « *la conclusion des contrats, en évitant la discussion détachée de ses clauses et [en permettant] de conclure rapidement des contrats répétitifs* » ⁷¹⁴.

- 13 **159.Les contrats-types facultatifs** - Les contrats-types ⁷¹⁵ sont traditionnellement définis comme « *une simple formule, établie par un organisme professionnel ou par l'administration, destinée à servir de modèle pour de futurs contrats que des sujets de droit concluront éventuellement plus tard* » ⁷¹⁶. On s'accorde pour dire, aujourd'hui, qu'ils peuvent également être l'œuvre des parties contractantes elles-mêmes ⁷¹⁷. Leurs dispositions sont rarement impératives ⁷¹⁸. Le plus souvent, elles sont simplement supplétives. Il s'agit donc de modèles, de référents, « *que les parties à un contrat particulier sont libres d'écarter si elles le veulent. Ils proposent des règles, ne les imposent pas* » ⁷¹⁹. Contrairement aux lois supplétives, ils ne s'appliquent que si les parties ont manifesté « *expressément leur volonté d'adopter les règles qu'ils proposent* » ⁷²⁰, soit en reprenant directement les termes dans leur contrat individuel, soit en déclarant se soumettre aux règles qu'ils posent. Ce faisant, les parties renoncent à prévoir elles-mêmes leurs obligations en détail. Elles se contentent de s'accorder sur le principe du contrat ⁷²¹. A ce propos, un auteur précisera qu'« *elles épuisent leur pouvoir de vouloir dans la désignation de leur désir de vendre, d'acheter, de louer ou de transporter telle quantité d'objets* » ⁷²². Il s'ensuit que le silence des parties vaut adhésion en bloc à

toutes les obligations prévues par le contrat-type ⁷²³ auquel elles ont expressément souscrit et qu'inversement, si les parties souhaitent déroger à certaines des dispositions contractuelles prédéterminées, elles sont tenues de le faire expressément, moyennant l'insertion d'une clause en ce sens dans leur contrat individuel ⁷²⁴. Dans la pratique, on observe que le contenu des contrats-types facultatifs n'est jamais modifié ⁷²⁵, comme s'ils étaient impératifs.

14 **160.La multiplication des contrats-types, conséquence de la standardisation des contrats** - L'apparition des contrats-types est consécutive au phénomène de standardisation des contrats ⁷²⁶ et des relations juridiques ⁷²⁷ rendue nécessaire par la production et la distribution de masse ⁷²⁸. La complexité des relations économiques, la technicité des contrats et les impératifs de rapidité et de sécurité juridique ont conduit les grands acteurs de la vie économique et sociale à encadrer eux-mêmes leurs opérations juridiques ⁷²⁹, faute de trouver, parmi les règles légales supplétives applicables, des dispositions adaptées et traduisant réellement leur volonté ⁷³⁰. En effet, les dispositions du Code civil ou du Code de commerce se sont très vite avérées insuffisantes, sinon lacunaires, pour appréhender correctement les relations contractuelles modernes ⁷³¹. D'où la nécessité, pour les professionnels, de pallier ces insuffisances en édictant eux-mêmes leurs propres règles, ce qu'ils ont fait en ayant recours aux contrats-types ⁷³².

15 **161.La multiplication des contrats-types facultatifs, phénomène créateur de normes supplétives** - L'ampleur actuelle de cette pratique conduit la doctrine à s'interroger sur la nature des dispositions supplétives ainsi créées qui, parfois, réglementent à elles seules toute une branche ou tout un secteur d'activité. Loin d'être isolées, individualisées, concrètes, ces dispositions supplétives, qui se sont

purement et simplement substituées aux dispositions législatives, en ont peu à peu adopté les caractéristiques. La pratique professionnelle a ainsi donné naissance à un véritable corps de règles générales et impersonnelles, très proches des règles légales ou réglementaires. A tel point que la doctrine s'accorde pour considérer que « *les rédacteurs des contrats types exercent ainsi un pouvoir réglementaire de fait* » ⁷³³ et ce faisant, qu'ils « *substituent aux dispositions légales supplétives un droit contractuel nouveau* » ⁷³⁴ ou encore, des « *actes réglementaires de droit privé* » ⁷³⁵ .

- 16 **162. Conclusion** – La forme la plus souple de dirigisme contractuel consiste en la création de normes générales supplétives, destinées à définir et régir les relations contractuelles de parties plus ou moins indéterminées. Le particularisme de ces normes est qu'elles ne sont pas l'œuvre exclusive des institutions en principe seules habilitées à les édicter ⁷³⁶ . Elles sont également directement l'œuvre des intéressés eux-mêmes ou d'organes représentatifs qui décident de substituer aux règles étatiques supplétives, des règles privées supplétives, par la voie des contrats-types facultatifs. Ces règles, par leur caractère général et impersonnel ainsi que par leur portée, s'apparentent sensiblement aux lois et règlements qu'elles ont vocation à remplacer. De fait, elles participent directement à la création d'un « *droit contractuel nouveau* » ⁷³⁷ à « *tendance normative* » ⁷³⁸ .

2° Les normes impératives

- 17 **163.** Une forme plus soutenue de dirigisme contractuel consiste toujours à édicter des modèles de contrats auxquels les parties peuvent adhérer librement, mais cette fois-ci, des modèles dont les dispositions sont impératives et ne peuvent être modifiées par les parties qui y souscrivent. Le contrat-type devient impératif.

- 18 **164. Les contrats-types impératifs** – Le contrat-type impératif constitue un « *modèle qui fait autorité* » ⁷³⁹. Ce genre de contrat type « *n'oblige personne à contracter. Chacun de ceux qu'il lie reste libre de ne pas conclure le contrat individuel, s'il le veut* » ⁷⁴⁰. Mais en revanche, une fois que les parties décident de contracter, elles sont tenues de le faire conformément aux conditions du contrat-type ⁷⁴¹. Traditionnellement, on distingue selon que ce sont les parties elles-mêmes – ou plutôt l'une d'elles (a) – ou bien un tiers qui a rédigé le modèle (b).

a) Les contrats-types obligatoires rédigés par l'un des contractants

- 19 **165.** Lorsque le contrat-type est directement l'œuvre de l'une des parties contractantes et s'impose de manière autoritaire à tous ses cocontractants, on est en présence d'un contrat-type privé obligatoire ⁷⁴². Certains auteurs proposent alors de l'assimiler aux conditions générales ⁷⁴³.
- 20 **166. Contrat-type privé obligatoire et conditions générales** – Les conditions générales consistent en des « *clauses abstraites, applicables à l'ensemble des contrats individuels ultérieurement conclus, rédigées par avance et imposées par un contractant à son partenaire* » ⁷⁴⁴. Elles permettent à leur rédacteur de « *rationaliser les termes de l'offre qu'il va diffuser largement* » ⁷⁴⁵. Cependant, précisément parce qu'elles ne sont que des clauses particulières et non pas un modèle de contrat complet, d'autres auteurs contestent cette assimilation ⁷⁴⁶.
- 21 **167. Contrat-type privé obligatoire et contrat d'adhésion** – Le caractère obligatoire du contrat-type conduit également à s'interroger sur son rapprochement avec le contrat d'adhésion. La distinction entre contrat-type obligatoire et contrat d'adhésion, qui a suscité la réflexion ⁷⁴⁷, n'est pas évidente ⁷⁴⁸. Cela résulte du fait que celui-là est bien souvent l'instrument privilégié ⁷⁴⁹ de celui-ci

⁷⁵⁰. Pour autant, contrat d'adhésion et contrat-type ne se confondent pas ⁷⁵¹. S'ils ont de nombreux points communs, les deux concepts restent néanmoins distincts. Une analyse de leurs définitions respectives permet de le souligner.

- 22 **168.Critères distinctifs du contrat d'adhésion** - Ainsi, si l'on s'en tient tout d'abord au *contrat d'adhésion*, faute d'être « *rigoureusement définissable* » ⁷⁵², il présente malgré tout divers éléments caractéristiques qui permettent de l'identifier ⁷⁵³. Parmi ces éléments, deux font l'unanimité en doctrine ⁷⁵⁴. Le premier est que le contrat d'adhésion « *suppose, par essence, que l'une des parties accepte en bloc, sans possibilité réelle de discussion, les clauses du contrat qui lui est proposé par l'autre* » ⁷⁵⁵. C'est dire qu'il suppose, par essence, une *adhésion* ⁷⁵⁶. Le second critère, qui s'ajoute au précédent, requiert que « *les clauses du contrat proposé [ont été] arrêtées unilatéralement et en bloc par l'offrant* » ⁷⁵⁷. En d'autres termes, la procédure de formation du contrat d'adhésion présuppose une *stipulation* ⁷⁵⁸. « *Le propre de la stipulation, précise un auteur* ⁷⁵⁹, *est d'être rédigée en termes abstraits, d'énoncer des règles de portée générale, applicables de façon impersonnelle. Elle comporte des clauses qui sont destinées à régir, de façon plus ou moins complète mais généralement de manière détaillée, des opérations envisagées de manière générique. [...] Cette stipulation est destinée à être soumise en bloc à l'adhésion de l'autre partie sans possibilité de discussion* ». D'autres critères du contrat d'adhésion sont encore invoqués par la doctrine ⁷⁶⁰, mais qui ne font pas l'unanimité et ne sont, selon nous, que la conséquence inévitable des critères précédents. Ainsi, l'existence d'une inégalité de puissance économique ou sociale ⁷⁶¹ entre les deux parties est, à notre sens ⁷⁶², moins un élément constitutif du contrat d'adhésion, que la conséquence de l'existence d'une procédure de formation du contrat reposant sur une stipulation et une adhésion, laquelle suppose par

hypothèse un contractant fort – le stipulant – et un contractant faible – l’adhérent ⁷⁶³. De même, le critère consistant à dire que les stipulations du contrat doivent avoir été conçues dans l’intérêt exclusif du stipulant ⁷⁶⁴, n’est qu’une « *conséquence probable, et en fait fréquente, de sa rédaction unilatérale et non un élément de sa définition* » ⁷⁶⁵.

23 De ces quelques remarques, on déduit que le contrat d’adhésion se singularise par son mode de formation, par la procédure en vertu de laquelle les parties échangent leur consentement ⁷⁶⁶, par « *la manière selon laquelle se rencontrent les volontés dans ce contrat particulier* » ⁷⁶⁷, autrement dit : « *l’adhésion, sans discussion préalable, en bloc en quelque sorte, par l’un des contractants, à un projet préparé et présenté par l’autre partie* » ⁷⁶⁸.

24 **169.Singularité du contrat-type obligatoire** - De son côté, le contrat-type obligatoire, nous l’avons déjà souligné, est défini tantôt comme une « *simple formule* » ⁷⁶⁹, tantôt comme un « *modèle qui fait autorité* » ⁷⁷⁰. Il consiste en une « *formule prérédigée de contrat* » ⁷⁷¹, qui « *n’oblige personne à contracter* » ⁷⁷², mais qui en revanche, s’impose en tous ses termes à ceux qui ont délibérément décidé d’y souscrire. Le contrat-type se singularise donc par son aspect formulaire, référent, qui « *détermine de manière uniforme [...] le contenu de futurs contrats individuels* » ⁷⁷³.

25 **170.Différence conceptuelle entre les deux notions** - Un auteur ⁷⁷⁴ rend bien compte de la différence conceptuelle entre contrat d’adhésion et contrat-type, en disant que leur distinction consiste « *surtout dans la caractéristique que l’on veut mettre en évidence : soit la formule type, l’imprimé aux conditions standards, soit le phénomène de l’adhésion* ». Ainsi, s’il existe une certaine proximité entre ces deux notions, directement liée au contexte dans lequel on rencontre ce type de figures contractuelles ainsi qu’au fait que les contrats-types

constituent fréquemment des contrats d'adhésion, on ne saurait cependant les assimiler. Pour terminer, on évoquera un autre critère distinctif : tandis que le contrat-type peut être indifféremment l'œuvre des parties contractantes ou d'une tierce personne privée ou publique, en revanche, le contrat d'adhésion est nécessairement l'œuvre de l'une des parties contractantes. ⁷⁷⁵

b) Les contrats-types obligatoires rédigés par un tiers

26 Au contrat-type privé obligatoire, œuvre de l'une des parties, il y a lieu désormais d'opposer *les contrats-types obligatoires qui sont l'œuvre de tiers*, lesquels appellent une sous-distinction : selon que le tiers rédacteur est l'Administration ou bien une personne privée.

27 **171.Les contrat-types obligatoires de l'Administration** – L'Administration a de plus en plus fréquemment recours à la technique des contrats-types pour régir les relations contractuelles des personnes privées ⁷⁷⁶. Ces contrats-types réglementaires tirent généralement leur caractère obligatoire de leur qualification d'ordre public ⁷⁷⁷. Le contrat d'apprentissage constitue un exemple classique en la matière ⁷⁷⁸. Le Code du travail comporte en effet trois articles consacrés exclusivement au « *contenu des contrats d'apprentissage* » (art. R. 117-10 à R. 117-12), et plus précisément, l'article R. 117-11 du code dispose que : « *Le contrat d'apprentissage doit contenir les stipulations et indications obligatoires contenues dans le contrat type annexé au présent titre* ». Ce contrat-type ⁷⁷⁹ fixe notamment les obligations réciproques des parties ainsi que le mode de calcul de la rémunération de l'apprenti. Le droit de la consommation n'a pas échappé pas à cette « *vague* » ⁷⁸⁰ puisque l'article L. 311-13 du Code de commerce, en matière de crédit à la consommation, impose que l'offre préalable de crédit soit établie conformément à des modèles types fixés par le Comité de

réglementation bancaire. Le droit des transports offre de très nombreux exemples de contrats-types réglementaires ⁷⁸¹. De même, certaines normes ⁷⁸² A.F.N.O.R. ont été rendues obligatoires pour tous, normes dont l'objet n'est plus uniquement de définir des produits, mais s'est étendu à la définition de relations contractuelles ⁷⁸³. D'une manière générale, toute disposition réglementaire d'ordre public qui prescrit de manière impérative le contenu d'un contrat spécial peut être analysée en une forme de contrat-type administratif obligatoire.

28 **172. Nature réglementaire des contrats-types de l'Administration** -

Très tôt, le tribunal des conflits ⁷⁸⁴ a été amené à se prononcer sur la nature juridique des contrats-types administratifs ⁷⁸⁵. Il leur a reconnu le « caractère de règlements administratifs, lorsqu'ils ont été approuvés et publiés par l'autorité préfectorale ». C'est par la formalité de la publicité que les contrats-types acquièrent leur nature réglementaire car, par cette formalité, ils s'incorporent dans le règlement administratif qui les publie ⁷⁸⁶. La nature réglementaire des contrats-types administratifs autorise alors un contrôle de légalité de leurs dispositions par le Conseil d'Etat ainsi que leur interprétation par la Cour de cassation par « le moyen de la cassation pour violation de la loi » ⁷⁸⁷. Ce contrôle très étendu permet à la jurisprudence de réaliser « une œuvre remarquable de protection de la liberté contractuelle en ce qui concerne les clauses obligatoires des contrats types » ⁷⁸⁸ administratifs ⁷⁸⁹, notamment en imposant qu'une distinction soit clairement faite entre les clauses qui s'imposent aux parties parce qu'elles sont d'ordre public et celles qui sont simplement destinées à leur servir de guide ⁷⁹⁰.

29 **173. Les contrats-types obligatoires des organisations professionnelles**

- Lorsqu'ils sont l'œuvre d'institutions privées, c'est souvent par l'intermédiaire des conventions collectives ⁷⁹¹ ou des ententes

professionnelles que les contrats-types acquièrent force obligatoire ⁷⁹². La convention collective, forme d'organisation de la vie professionnelle, est une convention dont l'objet est de régler l'activité d'une profession ⁷⁹³. Son particularisme est d'engager les membres d'une collectivité qui se trouveront ainsi liés par la convention sans y avoir personnellement consenti ⁷⁹⁴.

- 30 **174.Cas particulier de la convention collective du travail** - L'exemple type de convention collective est la convention collective du travail ⁷⁹⁵. Conclue entre un groupement d'employeurs et une ou plusieurs des organisations syndicales les plus représentatives des salariés, elle fixe les conditions auxquelles seront ultérieurement conclus les contrats individuels de travail dans une branche d'activité ou dans un secteur géographique déterminé. « *Son trait essentiel est de substituer des groupements aux individus dans la détermination des conditions d'emploi, de travail, de salaire* » ⁷⁹⁶. Ces conventions, destinées à protéger les intérêts des salariés ⁷⁹⁷, bénéficient indistinctement à tous les salariés de la branche ou du secteur visé par la convention, « *qu'ils soient ou non syndiqués, qu'ils soient ou ne soient pas membres de l'organisation ou des organisations syndicales signataires* » ⁷⁹⁸. En revanche, elles ne sont opposables qu'aux employeurs directement signataires de la convention ou, à tout le moins, membres du groupement signataire. Mais cet effet quasi relatif des conventions collectives peut être annihilé si le ministre décide d'étendre les effets de la convention à tous les contrats individuels de travail de la branche ou du secteur considéré, indépendamment de l'appartenance de l'employeur à l'organisation patronale signataire ⁷⁹⁹. La décision d'extension des effets de la convention collective est prise par arrêté et suppose non seulement que celle-ci a été adoptée suivant une procédure spécifique mais encore qu'elle comporte certaines dispositions impératives. La

protection des salariés s'en trouve sensiblement étendue. Cependant, cette extension de l'effet impératif de la convention collective à tous les contrats individuels remet entièrement en cause le principe de la relativité des conventions ⁸⁰⁰ .

- 31 **175. Nature juridique de la convention collective du travail** - L'ampleur des effets de la convention collective étendue a conduit la doctrine à s'interroger sur sa nature juridique, aux confins du contrat et du règlement ⁸⁰¹ . En régissant tous les contrats individuels avec un effet impératif, « *elle opère comme une loi qui serait propre à une branche économique et qui aurait été élaborée par ceux qu'elle est appelée à régenter* » ⁸⁰² . Mais elle est avant tout une convention créatrice de droits et d'obligations pour les parties signataires ⁸⁰³ . En d'autres termes elle est « *un accord créateur de normes* » ⁸⁰⁴ . A ce titre, elle constitue « *la source principale de l'ordre juridique socio-professionnel, distinct de l'ordre juridique étatique* » ⁸⁰⁵ . Un courant doctrinal a proposé de lui reconnaître une dualité de nature juridique ⁸⁰⁶ , mi-contractuelle, mi-réglementaire. Il semble qu'aujourd'hui la tendance soit plutôt à lui reconnaître une nature réglementaire de fait. La jurisprudence va dans ce sens en procédant au contrôle de l'interprétation que donnent les juges du fond à la convention collective ⁸⁰⁷ . La doctrine hésite et semble lui attribuer une nature duale à prédominance réglementaire. Cette prédominance résulte du caractère général et impersonnel de la convention, mais surtout de sa portée considérable, de son très grand rayonnement ⁸⁰⁸ . Elle établit « *pour l'avenir, une règle générale et impersonnelle destinée à régir tout un groupe plus ou moins déterminé d'individus* » ⁸⁰⁹ précise un auteur, et d'ajouter qu'elle est appelée « *à produire ses effets d'une façon uniforme et abstraite sur tout un ensemble d'adhérents : non seulement les adhérents actuels mais encore les*

adhérents futurs » 810 . De telles considérations justifient que l'on y voit un acte à caractère normatif 811 .

- 32 **176.Conclusion** – Le dirigisme contractuel gagne en intensité lorsqu'il n'opère plus par la voie de simples dispositions supplétives mais par celle de dispositions impératives. C'est le cas chaque fois que les dispositions concernées, émanant du pouvoir législatif ou du pouvoir réglementaire, sont d'ordre public. Mais c'est encore le cas lorsque de simples particuliers ou, plus fréquemment, des organisations professionnelles, édictent des contrats-types dont les dispositions s'imposent *ne varietur* à tous ceux qui décident d'y souscrire. Selon le cas, on parlera alors de conditions générales, de contrat d'adhésion, de conventions collectives ... La multiplicité de ces pratiques, associée au caractère souvent général et impersonnel des dispositions prérédigées, conduit de nouveau à y voir une réglementation de fait.

3°. Le contrat forcé

- 33 **177.** La forme la plus soutenue de dirigisme contractuel est celle qui ne se contente plus de prédéterminer le contenu du contrat projeté mais qui, plus catégoriquement encore, contraint purement et simplement les parties à contracter, indépendamment de leur volonté. On parle alors de contrat forcé 812 , de contrat imposé 813 , voire de contrat légal 814 . Un auteur propose de distinguer selon que les parties sont soumises à une obligation de contracter d'origine légale (a) ou bien, ce qui est plus grave, selon que les parties se trouvent directement obligées en vertu d'un rapport contractuel d'origine légale (b), qui s'impose à elles indépendamment, sinon contre leur volonté.

a) Obligations légales de contracter

34 **178.** Les obligations légales de contracter sont celles qui contraignent certaines personnes à conclure un contrat déterminé, au besoin en leur infligeant des sanctions ⁸¹⁵. Ces obligations répondent le plus souvent à des considérations économiques ou sociales ⁸¹⁶ : protéger les intérêts de catégories de personnes déterminées en les obligeant à s'assurer, à sauvegarder leur patrimoine ⁸¹⁷ ... Ainsi en est-il des automobilistes ⁸¹⁸, des transporteurs publics ⁸¹⁹, des architectes ⁸²⁰, des notaires ⁸²¹ qui sont tous tenus, en raison de leur activité ou de leur profession, de s'assurer. Dans tous ces exemples, si les personnes assujetties à l'obligation de contracter sont tenues de contracter, en revanche, elles restent libres de choisir leur cocontractant. La contrainte est limitée à la passation du contrat ; elle ne s'étend pas au choix du partenaire. En cas de refus de la partie obligée, celle-ci sera sanctionnée ⁸²² personnellement mais le contrat ne sera pas conclu. Sans manifestation de volonté de sa part, le contrat ne se forme pas. Une telle observation conduit alors un auteur à affirmer que finalement, « l'atteinte au principe de la liberté de contracter reste donc relativement indirecte » ⁸²³. Mais surtout, la nécessité du consentement des parties, fût-il contraint, permet d'affirmer la nature contractuelle du rapport d'obligation ainsi créé : « On peut considérer qu'il y a encore contrat lorsque le législateur, tout en faisant pression en vue de la conclusion d'une certaine opération, laisse, au besoin en leur infligeant certaines sanctions, la possibilité aux parties de se dérober à ses injonctions » ⁸²⁴.

35 **179. Obligations légales de contracter, sans choix du cocontractant** – L'atteinte à la liberté contractuelle est plus importante lorsque l'obligation porte non seulement sur la conclusion du contrat, mais encore, sur la personne du cocontractant. Ainsi, certaines personnes peuvent se voir imposer une obligation de contracter avec

« quiconque le leur demande » 825 . Sont généralement concernés tous ceux qui exercent une activité pour laquelle ils jouissent d'un monopole de droit 826 car, dans ce cas, on considère que l'obligation légale de contracter constitue, en quelque sorte, la contrepartie du « privilège que la loi leur accorde » 827 . De la même manière, sont concernés ceux qui exercent une activité jugée indispensable socialement ou économiquement 828 ou ceux qui proposent des services publics 829 et qui, de ce fait, peuvent être tenus de contracter avec toute personne qui le souhaite. Dès lors, la liberté du commerce et de l'industrie ne joue pas à leur égard 830 . Les personnes soumises à cette catégorie d'obligations légales sont plus sévèrement sanctionnées que les précédentes. Elle sont effectivement passibles de sanctions pénales. Mais malgré la sévérité de la sanction encourue et l'atteinte profonde qu'elle constitue alors au regard de la liberté contractuelle du débiteur de l'obligation, il semble que l'on soit toujours en présence d'un contrat : « Même dans cette hypothèse, en effet, il n'est pas possible de suppléer à la volonté défaillante de la personne poursuivie, par exemple en décidant que le jugement rendu contre elle tiendra lieu de contrat. Lorsque la convention est conclue, on peut donc, semble-t-il, la considérer comme l'œuvre des parties malgré la pression, incontestablement très grave, qui s'exerce sur elles » 831 .

- 36 **180.L'état d'offre permanente** - Certains auteurs 832 contestent cette analyse et considèrent que les personnes contraintes de conclure un contrat avec *quiconque le leur demande* sont en réalité en *état d'offre permanente*, situation bien distincte de l'obligation légale de contracter. Ils invoquent, au soutien de leur affirmation, que contrairement au contrat imposé, l'état d'offre permanente suppose l'émission d'une offre de la part des personnes intéressées, adressée aux usagers des services proposés ou aux consommateurs des

produits vendus. Rien de tout cela, selon eux, avec le contrat imposé « *qui est celui qui est imposé à une personne en dehors de toute offre de sa part au profit d'une personne déterminée* » ⁸³³ . Mais peut-on considérer que l'offre ainsi faite est une véritable offre de contracter dès lors que leurs auteurs ont l'obligation de faire ces offres, qu'il ont l'impossibilité de les révoquer et que le contenu de celles-ci est prédéterminé par l'Etat ⁸³⁴ ? Pour ces raisons, nous estimons qu'être en état d'offre permanente consiste bien à être légalement obligé de contracter ⁸³⁵ .

- 37 **181. *Obligation de contracter avec une personne déterminée*** - A côté des états d'offre permanente, on rencontre d'autres hypothèses d'obligations légales de contracter imposant la conclusion d'un contrat déterminé mais, cette fois-ci, avec un cocontractant déterminé. La contrainte est alors « *individualisée* » ⁸³⁶ . Ainsi en est-il par exemple, du partage, qui peut être imposé à la demande d'un indivisaire ⁸³⁷ ou bien encore de l'acquisition forcée de la mitoyenneté ⁸³⁸ . Le droit rural offre de nombreuses autres illustrations, avec le bail rural : le bailleur peut se voir imposer de renouveler un contrat de bail expiré ⁸³⁹ ou bien encore de modifier un contrat antérieurement conclu en un contrat d'une autre nature ⁸⁴⁰ . Cependant, contrairement aux hypothèses précédentes, les sanctions de ces diverses obligations légales de contracter peuvent consister non plus seulement en des sanctions civiles, pénales ou administratives, mais plus gravement en la conclusion forcée du contrat contre le gré de la partie récalcitrante. Dans ce dernier cas, la nature contractuelle du rapport d'obligation ainsi créé d'office est plus douteuse. Il y a lieu selon nous de le classer plutôt parmi les situations contractuelles d'origine légale ⁸⁴¹ .

b) Situations contractuelles d'origine légale

38 **182.** Ce que la doctrine ⁸⁴² a « curieusement dénommé » ⁸⁴³ situations contractuelles ou rapports contractuels d'origine légale ⁸⁴⁴ vise l'hypothèse où, par décision de la loi, deux personnes se trouvent impliquées dans une relation juridique en tout point comparable à une relation contractuelle, mais sans leur consentement ⁸⁴⁵. « On est ici à la limite extrême, précise un auteur. Il n'y a plus rien de contractuel à l'origine de la situation considérée. Simplement, celle-ci produit, par analogie, les mêmes effets que si un contrat avait été conclu » ⁸⁴⁶ us fréquemment cités pour illustrer ce genre de situation sont la vente sur saisie ⁸⁴⁷ ainsi que le contrat de travail à salaire différé ⁸⁴⁸. Dans le premier exemple, malgré l'absence de consentement du saisi à la vente, les liens qui l'unissent à l'adjudicataire sont approximativement les mêmes que ceux qui unissent tout vendeur à un acheteur. En particulier, l'adjudicataire bénéficie des mêmes droits et est tenu aux mêmes obligations que l'acheteur. Le contrat de travail à salaire différé est celui en vertu duquel « Les descendants d'un exploitant agricole qui, âgés de plus de dix-huit ans, participent directement et effectivement à l'exploitation, [...] sont réputés légalement bénéficiaires d'un contrat de travail à salaire différé » ⁸⁴⁹. Avec un tel contrat, nous dit un auteur ⁸⁵⁰, on est en présence d'un « contrat de travail existant de plein droit, de par la toute puissance des pouvoirs publics ».

39 **183. Nature juridique du lien créé d'office entre les parties** - La création entre deux personnes d'un lien juridique « dit » de nature contractuelle, en l'absence de tout consentement de leur part, a conduit la doctrine à s'interroger sur la nature juridique de ce lien ⁸⁵¹. Comment peut-il y avoir existence d'un lien contractuel sans consentement ? Un auteur fait observer que si contrat il y a, celui-ci est nécessairement *légal* ⁸⁵² puisqu'il ne résulte pas de la fusion de deux volontés mais de la seule volonté du législateur. Qui plus est, ce

contrat est *forcé* puisque par hypothèse, il est créé sans la volonté, sinon contre la volonté des intéressés.

- 40 De telles affirmations amènent irréductiblement à la conclusion que dans ce cas, l'affirmation de l'existence d'un lien de nature contractuelle relève de la *théorie de l'apparence* ⁸⁵³ et ne peut être que le fruit d'une *fiction légale* ⁸⁵⁴ dont l'objet est d'assimiler en tous points une situation légale à celle qui résulterait d'un contrat librement consenti. Pour cette raison, la majorité de la doctrine rejette purement et simplement la qualification contractuelle pour ne voir, dans ces rapports contractuels d'origine légale que des situations légales ⁸⁵⁵ ou éventuellement, quasi-contractuelle ⁸⁵⁶.
- 41 Plus précisément, la doctrine propose d'analyser ces situations en des techniques ⁸⁵⁷ ou procédés ⁸⁵⁸ par lesquels le législateur étend par analogie ⁸⁵⁹, à une situation légale, le régime juridique du contrat correspondant. En d'autres termes, le contrat est utilisé comme un « *modèle technique de référence* » ⁸⁶⁰ en vue d'étendre des règles contractuelles à une situation de fait identique ⁸⁶¹. Mais cette extension par analogie du régime du contrat à une situation de fait ne saurait emporter novation de cette dernière en situation contractuelle ⁸⁶². Parce que cette extension est le fait de la loi, le lien juridique qui en résulte est et reste en tout état de cause de nature légale et « *n'a plus de contractuelle que le nom* » ⁸⁶³.
- 42 **184.Conclusion** – La forme la plus contraignante de dirigisme contractuel est donc celle qui se manifeste soit par l'émission d'obligations légales de contracter, soit par la création de toute pièce de situations contractuelles d'origine légale ; en bref, celle qui prend l'apparence des contrats forcés. Les obligations légales de contracter donnent le plus souvent naissance à de véritables contrats, fussent-ils imposés et légaux, parce que celles-ci supposent malgré tout des parties qu'elles donnent leur consentement. En revanche, l'existence

d'un contrat est plus douteuse lorsque celui-ci est formé d'office par le législateur ou par le juge, en l'absence de tout consentement. C'est le cas chaque fois qu'en vue de sanctionner une partie qui n'a pas exécuté l'obligation légale de contracter mise à sa charge, le juge ordonne d'office la formation du contrat litigieux. C'est encore le cas chaque fois que le législateur crée de toutes pièces une situation contractuelle en étendant par analogie à une situation de fait impliquant deux personnes, les règles juridiques d'une situation contractuelle similaire. Dans ce dernier exemple, la doctrine s'accorde pour ne voir dans le lien juridique ainsi créé qu'une situation légale et non pas contractuelle ⁸⁶⁴ .

43 **185. Conclusion sur les procédures de consentement** – Notre étude des procédures en vertu desquelles les parties peuvent donner leur consentement confirme le rôle prépondérant de ce dernier dans la recherche de l'existence d'un contrat. Que le consentement des parties ait été précédé d'une négociation portant sur les éléments du contrat projeté ou bien, au contraire, résulte de l'adhésion de l'une ou des deux parties cocontractantes à un projet préétabli sans discussion préalable, est sans incidence sur ses effets. Dans l'un et l'autre cas, le consentement des parties emportera création d'un rapport contractuel entre elles. Plus encore, dans certaines hypothèses extrêmes, le législateur décide que quand bien même le consentement est donné sous la contrainte, voire extorqué aux parties *via* un procédé technique purement fictif, on peut malgré tout être en présence d'un contrat. Le consentement des parties constitue donc, à n'en pas douter, le critère exclusif du contrat.

44 Au vu de cette considération, il nous suffit d'établir que les procédures de conciliation et de médiation judiciaires trouvent leur fondement dans un accord des parties pour en déduire leur nature contractuelle, indépendamment du fait que le consentement des

parties n'a pas été précédé d'une négociation préalable portant sur les éléments essentiels de ces procédures, voire, qu'il a éventuellement été donné sous la menace de sanctions particulièrement dissuasives.

SECTION II – LE CONSENTEMENT DES PARTIES DANS LES POURPARLERS JUDICIAIRES

- 45 **186.** Pour apprécier la place occupée par le consentement des parties au sein des pourparlers judiciaires, il importe de distinguer selon que les pourparlers sont simplement facultatifs **(A)** ou bien au contraire impératifs **(B)**. En effet, tandis que le caractère facultatif des pourparlers laisse présupposer que le consentement des parties y occupe une place centrale, parce que donné librement et sans contrainte, en revanche, leur caractère obligatoire peut affaiblir le rôle du consentement des parties à leur égard. Une fois l'examen de la place du consentement des parties dans les procédures de conciliation et de médiation judiciaires réalisé, il nous appartiendra d'en tirer les conséquences sur l'existence de contrats de pourparlers judiciaires **(C)**.

A. Place du consentement dans les procédures facultatives

- 46 **187.** *Le consentement des parties, indispensable à toute procédure facultative de pourparlers judiciaires* - Le consentement des parties est véritablement au cœur des procédures de conciliation et de médiation judiciaires chaque fois que celles-ci sont envisagées de manière simplement facultative. Si le juge peut leur proposer de se concilier en tout état de cause, avec son aide personnelle ou bien avec celle d'un tiers sous son contrôle, c'est, en principe ⁸⁶⁵, à la condition impérative que les parties l'acceptent. Cet aspect des pourparlers judiciaires est mis en avant par la doctrine lorsqu'elle

les qualifie de modes *volontaires* de règlement des conflits ⁸⁶⁶ . Mais ce sont surtout les textes applicables qui font état de cette condition fondamentale. Ainsi, tandis que les textes qui organisent les procédures de conciliation et de médiation judiciaires déléguées à un tiers disposent expressément que le juge ne peut ordonner de telles procédures sans avoir préalablement « *recueilli l'accord des parties* » ⁸⁶⁷ ou avoir eu « *réception de [leur] acceptation* » ⁸⁶⁸ , de leur côté, les textes consacrés à la conciliation menée par le juge ou les parties elles-mêmes font plus simplement état du caractère facultatif de la procédure et de la liberté dont disposent les parties tout au long des pourparlers : « *Les parties peuvent se concilier...* » ⁸⁶⁹ , « *Les parties peuvent toujours demander au juge...* » ⁸⁷⁰ .

- 47 **188. Une manifestation du principe accusatoire** - La liberté reconnue aux parties quant à la décision d'engager ou non des pourparlers aux fins de conciliation ou de médiation judiciaire est une conséquence directe du principe accusatoire ⁸⁷¹ ou d'initiative en vertu duquel « *L'initiative, le déroulement et l'extinction de l'instance appartiennent d'abord aux parties sous réserve importante de l'office du juge* » ⁸⁷² . Effectivement, entrer en pourparlers judiciaires relève tout à la fois de la direction de l'instance ainsi que de son éventuelle extinction prématurée, si les parties parviennent à un accord qui met fin à l'intégralité de leur litige. C'est le traitement judiciaire du litige des parties qui est en cause avec les pourparlers judiciaires et non pas la police de l'audience, domaine qui relève de la compétence exclusive du juge et à l'égard duquel ce dernier dispose d'un pouvoir discrétionnaire ⁸⁷³ . Il s'ensuit que seules les parties sont maîtresses de la décision d'engager des pourparlers judiciaires et qu'inversement, si le juge peut toujours prendre l'initiative de leur proposer d'entrer en pourparlers, en revanche il ne saurait le leur imposer.

48 On regrettera cependant que si tel est effectivement le principe, il n'est malheureusement pas toujours scrupuleusement respecté : soit que certains magistrats n'hésitent pas à avoir recours à leur autorité personnelle pour contraindre, moralement, les parties à entrer en pourparlers judiciaires ⁸⁷⁴ ; soit encore que certaines juridictions organisent purement et simplement des audiences de « *proposition de médiation* » ⁸⁷⁵ ou de « *proposition de conciliation* » ⁸⁷⁶, auxquelles sont impérativement convoqués les plaideurs, en vue de s'entendre verbalement proposer d'entrer en pourparlers judiciaires, après s'être fait expliquer en détails les mécanismes ainsi que les mérites d'une telle procédure. Il est indéniable que la pression occasionnée par de telles audiences est très forte et l'on peut supposer sans peine que les parties qui y sont convoquées ont une liberté de consentement moindre que si la proposition de conciliation ou de médiation leur était adressée par écrit ⁸⁷⁷. Y a-t-il alors toujours *consentement des parties* lorsque celui-ci leur est soutiré de cette manière ? La réponse semble malgré tout affirmative, dès lors que le caractère facultatif de la procédure est expressément mentionné dans les textes et qu'il est en outre, le plus souvent, rappelé par les juges à l'audience ⁸⁷⁸. Aussi, même si la liberté de consentement est atténuée, elle existe et suffit pour conférer une nature contractuelle au rapport d'obligations ainsi créé. Cette remarque vaut aussi pour les tentatives de conciliation qui seraient ordonnées consécutivement à une rencontre organisée entre les parties et un conciliateur de justice, sur injonction du juge, en application des dispositions de l'article 8 de la loi du 9 septembre 2002 ; ou bien entre des parents et un médiateur familial, en application de l'article 373-2-10 du Code civil ⁸⁷⁹. On peut craindre en effet qu'à l'occasion de telles réunions, la liberté de consentement des parties soit particulièrement affaiblie, car la pression du juge en faveur du

rapprochement des parties est très forte. Mais dans la mesure où le caractère facultatif de l'entrée en pourparlers reste expressément affirmé, on ne peut que présumer que si le consentement des parties est effectivement donné, c'est de manière libre et éclairée.

- 49 **189.Conclusion** - Le principe veut donc que la conciliation et la médiation judiciaires, lorsqu'elles sont facultatives, trouvent nécessairement leur fondement dans un accord des parties, faute de quoi il n'y a pas de conciliation ou de médiation possible. Il s'ensuit que les parties qui décident spontanément ou bien qui adhèrent à la proposition du juge d'engager des pourparlers judiciaires, s'obligent l'une envers l'autre en vertu d'un lien juridique de nature contractuelle. Mais si cette affirmation vaut pour les pourparlers judiciaires facultatifs, il n'est pas certain qu'elle perdure lorsque ceux-ci sont prévus de manière impérative.

B. Place du consentement dans les procédures impératives

- 50 **190.Raison d'être des pourparlers impératifs** - La première forme de pourparlers judiciaires imposés date de la loi des 16 et 24 août 1790 qui avait institué le *préliminaire obligatoire de conciliation* ⁸⁸⁰. Ce préliminaire consistait en une procédure de conciliation préalable organisée devant les justices de paix et imposée pour toutes les affaires relevant de la compétence des tribunaux de droit commun. La finalité de ce préliminaire était évidente : éviter autant que faire se peut le traitement juridictionnel des litiges et ainsi, privilégier la voie amiable et la solution négociée à la voie contentieuse et la solution imposée. Au fil des réformes successives ⁸⁸¹, ce préliminaire obligatoire s'est dans un premier temps généralisé en raison de son succès, pour disparaître dans un second temps au profit de procédures simplement facultatives, la pratique révélant

que le caractère impératif de la conciliation contrevenait à son objectif et ne correspondait finalement pas à son esprit. Néanmoins, les rédacteurs du nouveau code de procédure civile n'ont pas souhaité anéantir en totalité les préalables obligatoires. Ainsi en ont-ils conservé en certaines matières ou devant certaines juridictions, dans un « *but social et philosophique indissolublement liés aux intérêts individuels* » ⁸⁸², pour reprendre les mots de Motulsky. C'est ainsi qu'en matière de divorce ⁸⁸³, en matière prud'homale, devant le tribunal d'instance ainsi que devant le tribunal paritaire de baux ruraux, les textes prévoient encore, de manière systématique et impérative, des préalables de conciliation. Les contentieux concernés sont extrêmement ciblés : ils concernent à chaque fois des parties ayant eu des relations étroites en raison de l'existence de liens familiaux, professionnels, amicaux, de voisinage... liens qui se sont distendus, sinon rompus, et qu'il y a lieu de rétablir, sinon d'établir en vue de promouvoir la paix sociale.

- 51 **191. Les pourparlers impératifs : obligations légales de négocier** - Les préalables de conciliation obligatoires peuvent s'analyser en des obligations de négocier ⁸⁸⁴ : demandeur et défendeur se voient imposer une négociation en vue de tenter de régler à l'amiable leur différend, en d'autres termes, en vue de tenter de conclure un contrat portant sur la solution de leur litige. « *L'obligation de négocier, précise un auteur ⁸⁸⁵, consiste à obliger les individus à un échange de propositions et de contre-propositions impliquant éventuellement des concessions réciproques et dont le but [...] est de parvenir précisément à un negotium, décision contraignante pour ses auteurs.* » Le particularisme de ces procédures préliminaires est qu'elles consistent en des obligations légales de négocier la formation d'un contrat ⁸⁸⁶ et non pas, comme c'est plus souvent le cas, en des obligations conventionnelles.

52 **192. Les pourparlers impératifs : obligations légales de contracter ? -**

Mais poussant encore plus loin l'analyse, et conformément à notre optique qui est d'établir la nature contractuelle des pourparlers judiciaires, il nous appartient de vérifier si l'on ne peut pas plutôt interpréter ces obligations de *négozier* en des obligations de *contracter* : obligations de conclure des contrats de pourparlers. C'est alors s'interroger sur la compatibilité entre le caractère impératif des pourparlers considérés et leur éventuelle nature contractuelle.

53 Dans les développements précédents, nous avons rappelé que le consentement était véritablement le critère du contrat, indépendamment de la procédure qui avait amené les parties à donner leur accord. Plus particulièrement, nous avons rappelé que même lorsque le consentement était donné sous la contrainte, en exécution d'une obligation légale de contracter, celui-ci pouvait donner naissance à un contrat. En conséquence, si l'on fait application de ce raisonnement aux procédures qui nous intéressent, on en déduit que même lorsque les pourparlers judiciaires sont prévus de manière impérative, ils peuvent s'analyser en des contrats si leur introduction résulte effectivement du consentement – fût-il contraint – des parties. En revanche, si la mise en œuvre des pourparlers judiciaires est indépendante de la volonté des parties, autrement dit qu'elle a lieu sans même que les parties manifestent leur volonté en ce sens, alors il convient plutôt d'analyser les pourparlers judiciaires en une *situation contractuelle d'origine légale*, ce qui empêche d'y voir de « véritables » contrats. Cela nous amène donc à rechercher si les préalables de conciliation impératifs sont mis en œuvre en vertu du consentement des parties ou bien, au contraire, sans leur volonté. Pour cela, nous distinguerons entre la mise en place de la structure des pourparlers (1°) et leur tenue effective (2°).

1°. Structure des pourparlers et consentement des parties

- 54 **193. Indifférence du consentement des parties** - A la lecture des dispositions relatives à ces procédures, on observe que, quelle que soit la juridiction envisagée, les tentatives de conciliation obligatoires sont organisées en dehors de toute demande en ce sens de la part des parties. Chaque fois que les parties saisissent la juridiction par une demande *en justice* – et non pas par une demande aux fins de conciliation – l’instance débute malgré tout, invariablement, par une audience aux fins de conciliation. Le cadre des pourparlers est donc systématiquement organisé indépendamment de la volonté des plaideurs. Ainsi, devant le conseil de prud’hommes, la demande en justice ⁸⁸⁷ conduit automatiquement à la convocation du demandeur ⁸⁸⁸ et du défendeur ⁸⁸⁹ à une audience de conciliation devant le bureau de conciliation ; la requête en divorce ⁸⁹⁰ s’accompagne toujours d’une convocation des parties à une tentative de conciliation ⁸⁹¹ ; la demande en justice portée devant le tribunal paritaire de baux ruraux ⁸⁹² aboutit à une audience aux fins de conciliation ⁸⁹³ ; quant à la demande portée devant le tribunal d’instance ⁸⁹⁴, elle introduit une instance « à toutes fins » qui débute obligatoirement par une tentative de conciliation ⁸⁹⁵ et ne conduit au jugement de l’affaire qu’en cas de non-conciliation des parties ⁸⁹⁶. Tous ces exemples montrent que la demande en justice emporte systématiquement mise en place du cadre dans lequel doivent se dérouler les pourparlers judiciaires : soit introduction d’une instance conciliatoire, soit introduction d’une instance à toutes fins, avec obligation, pour les parties, de s’y rendre. La mise en place de cette *structure* est donc effectuée *sans* le consentement des parties.
- 55 Mais si la *structure* des pourparlers est ainsi organisée et imposée aux parties sans leur volonté, en revanche, tel n’est pas le cas, nous semble-t-il, de la *tenue effective* des négociations.

2°. Tenue des pourparlers et consentement des parties

- 56 **194.Nécessité du consentement des parties** – Comment envisager que la *tenue effective* des pourparlers puisse avoir un caractère impératif ? Ce serait, en effet, contraindre les parties à se faire mutuellement des propositions en vue de trouver une solution amiable à leur litige ; en d'autres termes, ce serait porter atteinte à leur liberté individuelle, ce qui n'est pas envisageable ⁸⁹⁷ . D'où cette différence de traitement entre *structure* des pourparlers et *tenue* des pourparlers, faisant que cette dernière ne peut qu'être laissée à la discrétion des parties.
- 57 Aussi, à défaut de pouvoir *contraindre* les parties à engager effectivement les négociations mises à leur charge, le législateur a eu recours à diverses techniques destinées, à tout le moins, à les *convaincre* de le faire, notamment, en leur enjoignant de se présenter en personne à l'audience de conciliation ainsi organisée, sous peine de sanction en cas de non-comparution ⁸⁹⁸ .
- 58 **195.Techniques législatives destinées à obtenir le consentement des parties** - Les sanctions envisagées en cas de non-comparution varient d'une procédure à l'autre. Certaines, particulièrement sévères, sont clairement destinées à dissuader les parties de ne pas se présenter en personne à l'audience de conciliation obligatoire, en vue de les inciter, *in fine*, une fois mises en situation - face à face, autrement dit - à tenter de se rapprocher. D'autres, non comminatoires, sont plutôt destinées à persuader les parties de l'intérêt qu'il y a pour elles à se présenter en personne à l'audience de conciliation, aux fins de négociation : ces sanctions consistent, de la part du juge, à réitérer les propositions de négociation, pratiquement jusqu'à capitulation des parties. Enfin, nous soulignerons que parmi les procédures de conciliation préalable obligatoires qui exigent la comparution

personnelle des parties à l'audience de conciliation, certaines ne prévoient aucune sanction en cas de non-comparution, réduisant du même coup à néant la portée de l'obligation de négocier pourtant consacrée.

59 Toutes ces sanctions, indépendamment de leur sévérité, peuvent être analysées comme des techniques législatives destinées à obtenir le consentement des parties à tout prix. Il s'agit à chaque fois de les convaincre, à défaut de pouvoir véritablement les contraindre, de se plier dans un premier temps, à l'obligation qui leur est faite de comparaître en personne aux audiences de conciliation, dans l'espoir que, dans un second temps, elles engageront de manière effective des pourparlers aux fins de conciliation. Cependant, quelles qu'elles soient, aucune de ces sanctions n'a pour effet de suppléer la volonté des parties, ni de les placer d'office dans un rapport d'obligations de nature contractuelle. Autrement dit, tant que les parties ne consentent pas à négocier de manière effective, fût-ce sous la contrainte, il n'y a pas de pourparlers possibles. Cela nous amène donc à présupposer que les préalables de conciliation obligatoires constituent des obligations légales de contracter et non pas des situations contractuelles d'origine légale. Voyons si tel est effectivement le cas, en reprenant successivement chacune des trois catégories de sanctions ou techniques législatives que nous avons distinguées : les sanctions à visée dissuasive, les sanctions à visée persuasive et les non-sanctions.

60 **196. Sanctions à visée dissuasive** – Les sanctions à visée dissuasive sont celles destinées à contraindre véritablement les parties à exécuter l'obligation de négocier mise à leur charge. Pour ce faire, elles édictent des mesures particulièrement sévères et dissuasives. Parmi ces mesures, on peut citer celle qui consiste à empêcher purement et simplement le traitement juridictionnel du litige tant

que le préalable de conciliation n'aura pas été éprouvé. Cette sanction est prévue chaque fois que le préalable de conciliation a été érigé en formalité substantielle et qu'aucune des deux parties ne l'a exécutée. Sont plus précisément concernés la matière prud'homale ⁸⁹⁹, les baux ruraux ⁹⁰⁰ ainsi que les procédures de divorce qui comportent une procédure de conciliation préalable ⁹⁰¹. Pour toutes ces procédures, tant que les parties s'obstineront à ne pas exécuter formellement l'obligation de négocier mise à leur charge en se présentant à l'audience de conciliation, elle ne pourront pas obtenir le traitement juridictionnel de leur affaire.

61 Lorsqu'en revanche, l'inexécution de l'obligation de négocier n'est le fait que de l'une des parties, le législateur est plus réticent à avoir recours aux sanctions dissuasives. Il n'en a conservé qu'en matière prud'homale et au détriment du seul demandeur ⁹⁰². C'est ainsi que la non-comparution de ce dernier ⁹⁰³ devant le bureau de conciliation est sanctionnée par la caducité de la demande en justice et de la citation. En d'autres termes, c'est directement le droit d'agir en justice du demandeur qui est atteint s'il ne comparaît pas devant le bureau de conciliation. Aussi, comme précédemment, si ce dernier souhaite obtenir la traduction judiciaire de sa prétention, il doit impérativement se soumettre à l'obligation légale de négocier qui lui est impartie. Mais pareille menace n'existe pas pour le défendeur dont la non-comparution n'est pas, en tant que telle, sanctionnée. A l'égard du défendeur, ce sont des mesures à visée persuasive que le législateur a préféré adopter, en autorisant le juge, au vu des motifs invoqués par le défendeur pour justifier sa non-comparution, à réitérer le cas échéant l'audience de conciliation.

62 **197. Sanctions à visée persuasive** – De telles mesures consistent donc, pour le législateur, à donner mission au juge de tout entreprendre pour persuader les parties à s'engager en pourparlers. Ce procédé

n'est pas propre à la matière prud'homale mais est également utilisé en matière de divorce où le juge aux affaires familiales a effectivement pour mission de faire son possible pour obtenir le consentement des parties d'entrer en pourparlers, et ce, quel que soit le degré d'avancement de l'instance ⁹⁰⁴. A cette fin, il peut, « *si l'un des époux se trouve dans l'impossibilité de se rendre au lieu indiqué, [...] en fixer un autre, se transporter, même en dehors de son ressort, pour entendre sur place le conjoint empêché ou donner mission à un autre magistrat de procéder à cette audition* » ⁹⁰⁵. Il s'agit donc de tenter de convaincre les parties, non plus par la menace, mais au contraire par la persévérance, la réitération des offres de conciliation ou le renouvellement des audiences à cette fin.

- 63 **198. Procédures sans sanction** - Quant aux autres procédures de conciliation préalable obligatoires – celles organisées devant le tribunal d'instance et devant le tribunal paritaire de baux ruraux – on observe que malgré leur caractère impératif, aucune disposition n'a été adoptée qui puisse leur assurer une certaine effectivité. Non-comparution de l'une des parties et non-conciliation sont sanctionnées de la même manière : par la poursuite de l'instance aux fins de jugement. Le législateur autorise donc le juge à se contenter de prendre acte du défaut de consentement des parties, sans chercher à sanctionner ces dernières ou à les persuader de tenter de se rapprocher, puis à en tirer directement les conséquences sur le plan procédural, en substituant à la structure des pourparlers une structure de traitement juridictionnel du litige. Cette absence de toute forme de sanction, dissuasive ou persuasive, semble faire état d'une sorte d'abandon du législateur, d'une absence d'intérêt de sa part quant au succès ou à l'échec des pourparlers préalables devant ces juridictions.

64 **199. *La portée des sanctions, indicateur de la volonté du législateur*** -

Si l'on compare cette dernière catégorie de sanction - ou plutôt cette absence de sanction - avec les catégories précédentes, on note une gradation dans les diverses techniques auxquelles a eu recours le législateur pour tenter de convaincre les parties de se rapprocher, qui n'est autre que le reflet de sa volonté d'assurer, de manière plus ou moins effective, la tenue de pourparlers préalables. Ainsi, en ayant recours à des sanctions particulièrement dissuasives, le législateur fait état de son intention de voir les pourparlers préalables effectivement tenus, indépendamment de l'atteinte qu'il porte à l'autonomie de la volonté des parties. Le recours à des mesures de persuasion fait toujours état d'une croyance légitime du législateur dans la nécessité de privilégier la voie amiable sur la voie juridictionnelle, mais seulement si cela résulte, cette fois-ci, d'un choix délibéré des parties : leur liberté contractuelle est donc préservée, à ceci près que leur consentement est néanmoins sensiblement sollicité. Enfin, le choix de ne pas sanctionner la non-comparution des parties à certaines audiences pourtant obligatoires de conciliation ferait état d'une sorte d'abandon du législateur qui ne chercherait plus aucunement à convaincre et moins encore à contraindre les parties à se concilier, si ce n'est par le maintien d'une obligation de négocier purement symbolique et pratiquement illusoire.

65 **200. *Pas de pourparlers sans consentement*** - Les techniques légales considérées consistent donc toutes en des sanctions de type procédural rendues consécutivement au constat, par le juge, de l'inexécution de l'obligation de négocier par les parties. Mais aucune d'entre elles ne permet au juge de rendre une décision qui ordonne l'exécution forcée de l'obligation. Cela signifie que malgré la pression exercée sur les parties, parfois « *incontestablement très*

grave » ⁹⁰⁶, il ne saurait y avoir de pourparlers judiciaires, fussent-ils obligatoires, sans le consentement des parties. En d'autres termes, cela signifie que lorsque les parties comparaissent en personne à l'audience de conciliation préalable à laquelle elles sont convoquées, elles manifestent leur consentement à la tenue effective des pourparlers judiciaires.

66 **201. Les pourparlers judiciaires impératifs : obligations légales de contracter** - Il s'ensuit que le consentement des parties continue d'occuper une place prépondérante dans les procédures de conciliation préalables, malgré leur caractère impératif. Si la mise en place de la structure des pourparlers s'effectue automatiquement, sans le consentement des parties, en revanche, l'exécution de l'obligation de négocier, en tant que telle, ne peut avoir lieu sans leur volonté. Ce constat nous autorise donc à analyser les procédures de conciliation préalable impératives en des obligations légales de contracter et ce faisant, nous autorise à rejeter la qualification de *situations contractuelles d'origine légale*. En effet, cette dernière qualification n'est possible que lorsque le contrat est véritablement conclu sans le consentement des parties et que celles-ci se retrouvent obligées l'une envers l'autre en vertu de liens *contractuels* qui leurs sont imposés contre leur gré. Or, ici, tant que les parties n'adhèrent pas au principe même d'engager des pourparlers aux fins de conciliation, le contrat n'est pas formé.

67 **202. Conclusion** - Indépendamment du caractère facultatif ou impératif des procédures de conciliation ou de médiation judiciaires, le consentement des parties y occupe une place centrale. Si cette affirmation est évidente pour les procédures facultatives, qui, par hypothèse, ne peuvent être mises en œuvre sans la volonté concordante des parties, elle vaut encore pour les procédures impératives. En effet, quand bien même le principe d'une tentative

préalable de conciliation peut être imposé aux parties et la structure dans laquelle les négociations doivent se dérouler, être mise en place sans leur consentement, on observe que la réalisation effective des pourparlers ne peut avoir lieu sans la volonté des parties. La tenue des pourparlers judiciaires suppose impérativement le consentement des parties de s'y engager.

- 68 L'importance du rôle du consentement des parties dans les procédures de conciliation et de médiation judiciaires nous autorise dès lors à leur attribuer une nature contractuelle et à affirmer que conciliation et médiation judiciaires constituent des **contrats de pourparlers judiciaires**.

C. Les contrats de pourparlers judiciaires

- 69 Affirmer l'existence de contrats de pourparlers judiciaires mérite que l'on s'arrête un instant sur ces derniers et plus spécialement, que par la spécification de leur objet (1°) ainsi que de leurs effets (2°), nous déterminions la catégorie d'actes juridiques à laquelle il convient de les rattacher (3°).

1°. Objet des contrats de pourparlers judiciaires

- 70 **203.** L'objet des contrats de pourparlers judiciaires diffère selon que le contrat organise ou non une délégation de la mission de conciliation à un tiers, autrement dit selon qu'il s'agit d'un contrat de pourparlers judiciaires de droit commun (a) ou bien d'un contrat de pourparlers judiciaires délégués (b)

a) Objet des contrats de pourparlers judiciaires de droit commun

- 71 **204. Contrats relatifs à l'office du juge** - Les contrats de pourparlers judiciaires de droit commun, ceux dont la mise en œuvre est

réservée au juge ou aux parties, se singularisent par la simplicité de leur objet. En effet, ils se contentent de porter sur le principe même de la conciliation, c'est-à-dire sur le mode de traitement du litige : substitution du traitement juridictionnel judiciaire par un traitement amiable, sous l'égide du juge. Rares sont les contrats de pourparlers judiciaires de droit commun dont l'objet va au-delà et porte également sur les modalités de la conciliation, sur la « *marche à suivre* » ⁹⁰⁷ en vue de parvenir au règlement amiable ⁹⁰⁸. L'objet de ces contrats a donc exclusivement trait à « *l'office du juge* » ⁹⁰⁹, qu'ils visent à modifier ⁹¹⁰, soit, en d'autres termes, au droit d'action des parties ⁹¹¹. En s'engageant en pourparlers judiciaires, les parties décident d'orienter le traitement judiciaire de leur litige vers un mode amiable. Une telle décision emporte du même coup modification de l'office du juge quant aux modalités de traitement judiciaire du litige : il n'a plus à trancher ce dernier conformément aux règles de droit qui lui sont applicables ; quant à son activité de conciliation, elle n'est plus encadrée par les principes directeurs du procès traditionnels, mais par certains d'entre eux seulement, scrupuleusement sélectionnés ⁹¹². Dès lors, parce que ces contrats mettent essentiellement en cause le droit d'action des parties, droit subjectif processuel dont elles peuvent disposer, la décision de ces dernières de conclure de tels contrats devrait s'imposer au juge ⁹¹³, à la condition toutefois qu'elle repose sur un accord exprès et qu'elle porte sur des droits dont les parties ont la libre disposition ⁹¹⁴. De ce point de vue, les contrats de pourparlers judiciaires de droit commun sont à rapprocher de l'accord des parties demandant au juge de statuer en amiable compositeur, comme de celui tendant à obtenir le retrait de leur affaire du rôle, à propos desquels un auteur a pu écrire que « *ce pourrait être une loi que l'accord des parties s'impose*

d'autant plus au juge que cet accord a pour objet la matière même du litige, et sa solution par le juge » 915 .

b) Objet des contrats de pourparlers judiciaires délégués

72 **205. Contrats relatifs aux modalités procédurales de l'affaire** - Parce qu'ils envisagent la délégation de la mission de conciliation du juge à un tiers, les contrats de pourparlers judiciaires délégués se distinguent des précédents par un objet légèrement plus sophistiqué, car plus étendu. En effet, outre le principe même du règlement du litige par voie amiable, ces contrats prennent le soin d'indiquer les modalités de la délégation de la mission de conciliation au tiers ainsi que le « *chemin juridique à emprunter* » 916 , autrement dit la « *procédure de négociation* » 917 à mettre en œuvre et les principes processuels à respecter, en vue de parvenir au règlement amiable du litige en toute équité 918 . Pour que la délégation ne s'accompagne pas d'une diminution de garanties pour les parties, les pouvoirs publics ont décidé de guider le tiers dans l'accomplissement de sa mission.

73 Cette extension de l'objet des contrats de pourparlers judiciaires relativement à la procédure à suivre complexifie la situation dans la mesure où ce n'est plus uniquement l'office du juge quant au traitement judiciaire du litige qui est en cause, mais également le déroulement de l'instance, spécialement, « *la manière dont la procédure doit être administrée* » 919 . Le juge n'est plus seulement chargé de concilier les parties ; il doit choisir et désigner un tiers à cette fin ; superviser le bon déroulement de la procédure amiable, et particulièrement le respect par le tiers comme par les parties des obligations mises à leurs charge ; régler les incidents susceptibles d'intervenir au cours des pourparlers ; tirer les conséquences de l'accord total ou partiel des parties sur la suite de l'instance etc.

L'office du juge n'est plus simplement modifié quant à la solution judiciaire à réserver au litige mais également quant à la procédure à suivre pour ce faire, ce qui est plus délicat. « *Ce qui est en cause, avec le cheminement processuel ou les modalités procédurales des affaires, c'est le fonctionnement du service public de la justice et, partant, l'intérêt général au-delà de l'intérêt particulier des affaires enrôlées* » ⁹²⁰ . Pour cette raison, il n'est pas concevable que de telles conventions lient le juge ⁹²¹ . Ce dernier doit conserver la maîtrise du bon déroulement de l'instance et, à cette fin, être libre le cas échéant de s'opposer aux aménagements procéduraux souhaités par les parties, quand bien même ces aménagements conventionnels seraient également l'expression de leur droit d'agir. Cela explique qu'avec les contrats de pourparlers judiciaires délégués, l'accord du juge est indispensable pour permettre leur efficacité ⁹²² .

2°. Effets des contrats de pourparlers judiciaires

- ⁷⁴ **206.** La conclusion par les parties d'un contrat de pourparlers judiciaires emporte divers effets processuels, tant à l'égard des parties elles-mêmes (a) qu'à l'égard du juge (b). Ces effets sont directement la conséquence de la création, par la conclusion de tels contrats, d'une situation juridique spécifique entre eux tous, qu'un auteur propose de qualifier de *situation de médiation* : » *De la même manière que le placement d'une assignation fait naître le lien juridique d'instance, l'accord des parties en vue de parvenir au règlement amiable du litige, mutatis mutandis, donne naissance à une situation de médiation* » ⁹²³ . Mais parce que l'on est en présence de contrats, il semble également possible de dégager quelques effets contractuels.

a) Effets des contrats de pourparlers judiciaires à l'égard des parties

75 **207.** La conclusion par les parties d'un contrat de pourparlers judiciaires met à leur charge diverses obligations, que l'on peut distinguer selon qu'elles sont simplement de moyens ou bien de résultat. On précisera simplement que ces obligations étant approximativement les mêmes que celles engendrées par toute clause de conciliation ou de médiation - et sur lesquelles nous nous sommes déjà prononcée - nous nous contenterons de les rappeler sommairement ⁹²⁴ .

76 **208. Obligations de résultat** - La principale obligation des contrats de pourparlers judiciaires est probablement celle qui consiste à contraindre les parties à engager effectivement les négociations en vue de tenter de se rapprocher. Pour cette raison, elle doit être rangée parmi les obligations de résultat. Concrètement, cette obligation signifie : se présenter à l'audience de conciliation conformément à la convocation ; exécuter, le cas échéant, les formalités nécessaires à la mise en marche des négociations ⁹²⁵ ; s'associer au choix du tiers si le juge le propose etc. Une fois les pourparlers engagés, d'autres obligations, également de résultat, s'imposent encore aux parties : la première est le devoir de confidentialité qui couvre l'intégralité des propos, documents ou informations échangés au cours de pourparlers. Cette obligation ⁹²⁶ , sauf convention contraire des parties, est très étendue et ne souffre aucune exception. Viennent ensuite l'obligation de célérité - lorsque les négociations sont expressément enfermées dans des délais impératifs - ainsi que l'obligation de rémunérer définitivement le tiers à la fin de sa mission.

77 L'inexécution de ces obligations est prioritairement sanctionnée sur le plan procédural : le juge peut mettre fin d'office à la procédure amiable s'il estime son bon déroulement compromis ⁹²⁷ ou, de manière moins radicale, ordonner les mesures nécessaires (NCPC,

art. 131-2) en vue de permettre la poursuite des négociations. Mais parce que l'on est en présence d'obligations de nature contractuelle, il est également possible d'envisager des sanctions purement contractuelles : ainsi, les obligations de faire ou de ne pas faire devraient pouvoir être sanctionnées par une condamnation au paiement de dommages et intérêts sur le fondement de l'article 1142 du code civil ; quant à l'obligation de rémunérer le médiateur ⁹²⁸, son inexécution devrait quant à elle pouvoir être sanctionnée par le recours à l'exécution forcée ⁹²⁹, sur le fondement de l'article 1184 du code civil.

- 78 **209. Obligations de moyens** – Les contrats de pourparlers judiciaires ne mettent pas que des obligations de résultat à la charge des parties : l'obligation de faire son possible en vue de parvenir au règlement amiable du litige, dans un esprit de bonne foi, figure au titre des obligations de moyens. En tant qu'obligation de faire, son inexécution sera sanctionnée sur le fondement de l'article 1142 du code civil, à charge pour la victime de l'inexécution de prouver l'existence d'une faute ⁹³⁰. Dès avant, cette dernière pourra obtenir du juge la cessation prématurée des négociations sur simple demande en ce sens.

b) Effets des contrats de pourparlers judiciaires à l'égard du juge

- 79 **210.** La situation juridique née du contrat de pourparlers judiciaires met également à la charge du juge diverses obligations. Ainsi, en cas de pourparlers délégués, est-il tenu de choisir et de désigner un tiers dont le profil correspond à la spécificité de l'affaire ainsi qu'à la personnalité des parties ; il doit superviser le bon déroulement de la procédure : s'assurer que les parties comme le tiers s'acquittent convenablement de leurs obligations respectives ; le cas échéant, régler les incidents qui surviendraient ; enfin, homologuer ou

constater ⁹³¹ l'accord des parties si celles-ci le lui demandent. Si l'entrée en conciliation ou en médiation judiciaire ne dessaisit pas le juge, on suppose néanmoins qu'elle emporte suspension provisoire du traitement judiciaire du litige ⁹³² par le juge, afin d'éviter toute décision qui compromettrait l'issue des négociations.

3°. Qualification des contrats de pourparlers judiciaires

80 Ces quelques remarques nous permettent alors de proposer une qualification des contrats de pourparlers judiciaires. Leur qualification varie selon le type de contrat envisagé.

81 **211. Qualification des contrats de pourparlers judiciaires de droit commun** - Ainsi, si l'on s'en tient tout d'abord aux contrats de pourparlers judiciaires de droit commun : parce qu'ils ne portent que sur le droit d'action des parties et se contentent de modifier l'office du juge relativement au traitement judiciaire du litige, ils doivent être rattachés aux actes qui lient le juge, qui lui sont directement opposables. Ces actes processuels ⁹³³ des parties sont ceux qu'une partie de la doctrine qualifie de conventions de disposition processuelle ⁹³⁴ ou encore d'actes processuels dispositifs ⁹³⁵. Plus simplement, ils peuvent être rangés au sein de la catégorie des contrats judiciaires ⁹³⁶, actes qui traduisent la « *faculté pour les plaideurs d'infléchir le cours normal du procès et, ce faisant, de modifier les pouvoirs du juge* » ⁹³⁷.

82 **212. Qualification des contrats de pourparlers judiciaires délégués** – La dualité d'objet des contrats de pourparlers judiciaires délégués empêche en revanche de les classer parmi les actes processuels dispositifs. Parce qu'ils emportent modification des « *modalités procédurales* » ⁹³⁸ de l'affaire, autrement dit, qu'ils mettent en cause « *les prérogatives processuelles du juge* » ⁹³⁹, les contrats de pourparlers judiciaires délégués doivent continuer de relever du

pouvoir discrétionnaire du juge. Pour cette raison, il y a lieu de ranger ces contrats parmi les conventions dites d'administration processuelle ⁹⁴⁰, encore appelées actes processuels directifs ⁹⁴¹, si ce n'est contrats de procédure ⁹⁴². A la différence des actes précédents, ils ne s'imposent pas au juge « *qui, au contraire, en contrôle l'exécution* » ⁹⁴³.

83 **213.Conclusion du Chapitre second** - Afin d'établir la nature contractuelle des procédures de conciliation et de médiation judiciaires, nous avons été amenée à rechercher la place occupée par le consentement des parties au sein de ces dernières, puisque l'accord de volonté constitue le critère exclusif du contrat, indépendamment de la procédure qui a amené les parties à donner leur consentement. Nous avons rappelé qu'il importait peu que l'accord des parties ait été donné spontanément, de leur plein gré et consécutivement à une négociation préalable portant sur les éléments essentiels du contrat projeté ou bien à l'inverse, résulte de l'adhésion – spontanée ou provoquée - de l'une ou des deux parties contractantes à un projet de contrat préétabli, sans discussion préalable. Dans toutes ces hypothèses, l'existence du consentement des parties suffit pour donner naissance à un contrat. Plus encore, nous avons souligné que dans certains cas extrêmes, même un consentement donné sous la menace de sanctions légales particulièrement sévères pouvait emporter création d'un rapport d'obligations contractuelles, dès lors qu'il supposait néanmoins une démarche volontaire de la part des parties intéressées.

84 **214.Des contrats** - Appliquées aux procédures de conciliation et de médiation judiciaires, ces observations nous ont permis de constater que le consentement des parties y occupait une place de tout premier ordre, indépendamment du caractère facultatif ou impératif de ces procédures. En effet, si aucune procédure de conciliation ou

de médiation purement facultative ne peut être mise en œuvre par le juge sans que ce dernier ait préalablement recueilli l'accord de toutes les parties antagonistes, de la même manière, il n'y aura pas de pourparlers judiciaires, fussent-ils obligatoirement prévus par les textes, tant que les parties n'auront pas accepté de s'y engager de manière effective, notamment en se présentant personnellement à l'audience de conciliation organisée à cette fin.

- 85 **215. Des contrats de pourparlers judiciaires** - L'importance du rôle du consentement des parties dans les procédures de conciliation et de médiation judiciaires autorise alors à analyser ces dernières en **contrats de pourparlers judiciaires**. Ces contrats se caractérisent par leur objet processuel ainsi que par leurs effets, également processuels. Ces contrats sont créateurs d'une situation juridique nouvelle, génératrice, à l'égard des parties comme du juge, d'obligations spécifiques. Pour cette raison, nous pensons que les contrats de pourparlers judiciaires peuvent être rangés dans la catégorie des actes processuels des parties. Plus précisément, les contrats de pourparlers judiciaires ne faisant pas intervenir de tiers font partie de la catégorie des conventions de disposition processuelle, qui lient le juge ; quant aux contrats de pourparlers judiciaires faisant appel à un conciliateur ou médiateur, ils appartiennent à la catégorie des conventions d'administration processuelle, qui nécessitent l'intervention du juge pour devenir effectives.
-

658. J. GHESTIN, La notion de contrat, D. 1990. 147.
659. J. GHESTIN, La notion de contrat, *op. et loc. cit.*
660. Nous partirons du postulat que le consentement des parties est un accord de deux volontés, comme le proposent MM. J. FLOUR, J.-L. AUBERT, A. SAVAUX, L'acte juridique, *op. cit.*, n° 122. *Contra* : M.-A. FRISON-ROCHE, Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats, RTDCiv. 1995. 573 et suiv.
661. J. GHESTIN, La notion de contrat, D. 1990. 147 : « *Un critère du contrat suppose un élément unique de reconnaissance ou, en tout cas, des éléments peu nombreux, qui devront être retrouvés dans tous les actes auxquels cette qualification sera attribuée* » ; La formation du contrat, *op. cit.*, n° 237.
662. Sur les contrats d'adhésion : PICHON, Les contrats d'adhésion, thèse Lyon, 1913 ; DOLLAT, Les contrats d'adhésion, thèse Paris, 1915 ; DOMERGUE, Les contrats d'adhésion, thèse Toulouse, 1936 ; G. BERLIOZ, Le contrat d'adhésion, thèse Paris, 1971, LGDJ, 1973, préf. B. GOLDMAN ; S. YADINI-NAUDOT, Le contrat non négocié, thèse Nantes, 2000 ; G. DEREUX, De la nature des contrats d'adhésion, RTDCiv. 1910. 503. ; A. RIEG, Contrat type et contrat d'adhésion, Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris, 1970, t. XXXIII, p. 105 et suiv. ; A. POPOVICI, Les contrats d'adhésion : un problème dépassé ?, Mélanges Louis BAUDOIN, 1974, p. 161 et suiv. ; P.-A. CREPEAUX, Contrat d'adhésion et contrat type, Mélanges L. BAUDOIN, *op. cit.*, p. 67 et suiv. ; F.-X. TESTU, Le juge et le contrat d'adhésion, JCP. G. 1993. I. 3673.
663. R. SALEILLES, De la déclaration de volonté, Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand, Paris, Pichon, 1901, p. 229, n° 89 et suiv. L'auteur, qui conteste la valeur contractuelle de cet acte juridique, y voit un « *prétendu contrat* ».
664. A. ENGEL-CREACH, Les contrats judiciairement formés, thèse Paris X Nanterre, 2001, p. 89, n° 128.
665. V. également la définition qu'en donne G. BERLIOZ dans sa thèse, préc., p. 27, n° 41 : « *Un contrat d'adhésion est un contrat dont le contenu contractuel a été fixé, totalement ou partiellement, de façon abstraite et générale avant la période contractuelle* ». L'auteur dégage ensuite l'essence de ce contrat, n° 42 : « *l'absence de débat préalable, la détermination unilatérale du contenu contractuel, qu'elle soit le fait de l'une des parties ou d'un tiers* ». Ce faisant, l'auteur affirme la nature contractuelle du contrat d'adhésion.
666. F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, Les obligations, *op. cit.*, n° 188.
667. F.-X. TESTU, Le juge et le contrat d'adhésion, art. préc., n° 7.
668. A. RIEG, Contrat type et contrat d'adhésion, art. préc., p. 110 ; P.-A. CREPEAU, Contrat d'adhésion et contrat type, art. préc., p. 70 ; A. POPOVICI, Les contrats d'adhésion : un problème dépassé ?, art. préc., p. 173 et suiv.
669. C'est la thèse soutenue par R. SALEILLES et qui a été reprise par la suite par L. DUGUIT in L'Etat, le droit objectif et la loi positive, 1901, p. 55 et p. 432 ; du même auteur, Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon, 1912, p. 115 et suiv. Cette

thèse consiste à rapprocher les contrats d'adhésion des actes réglementaires, établis unilatéralement par l'autorité administrative et qui s'imposent aux personnes que ces actes visent. Ainsi, selon SALEILLES, la valeur juridique du contrat d'adhésion n'a pas sa source dans un accord de volonté mais dans la volonté unilatérale de celui qui l'a rédigé. Pour cette raison, il doit échapper au régime du droit commun des obligations et être soumis à des règles propres. Pareillement, pour DUGUIT, les contrats d'adhésion constituent des actes de volonté unilatérale ; cependant, selon lui, ils ne tirent pas leur valeur juridique de la volonté unilatérale de leur auteur mais de la conformité de cette dernière à ce qu'il appelle les « *nécessités sociales* ». V. également HAURIOU, note au Sirey 1908.3.17 ; et Principes de droit public, 2^e éd. Paris, p. 206 et suiv. Certains auteurs civilistes ont adhéré à la thèse *anticontractualiste* : G. MORIN, La révolte des faits contre le Code, Paris, 1920, p. 25 ; La loi et le contrat, 1921, p. 112 ; SAVATIER, D. 1931, 1, 8.

670. J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, L'acte juridique, *op. cit.*, n° 178 et suiv.

671. Cette thèse a ainsi été soutenue notamment par : L. JOSSERAND, Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats, RTDCiv. 1937, n° 5 ; L'essor moderne du concept contractuel, Mélanges GENY, 1935, t. II, p. 333 ; La publicisation du contrat, Mélanges LAMBERT, 1938, t. III, p. 143 ; RIPERT, La règle morale dans les obligations civiles, 4^e éd. 1949, p. 97 et suiv., n° 55 et suiv., spéc. p. 100 et p. 103 ; Elle l'est actuellement par la grande majorité de la doctrine civiliste et notamment par H., L. et J. MAZEAUD, Leçons de droit civil, t. II, 1^{er} vol. , Les obligations, par F. CHABAS, n° 87 et s. ; J. GHESTIN, La formation du contrat, *op. cit.*, n° 237 et suiv. ; La notion de contrat, art. préc., p. 152 ; J. CARBONNIER, Droit civil, t. 4, Les obligations, 22^e éd., n° 34 : « *Il n'entre pas dans la définition nécessaire du contrat ni qu'il ait été consenti en détail ni qu'il l'ait été après un débat* », ainsi que n° 39, p. 94 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, L'acte juridique, *op. cit.*, n° 177 et suiv.

672. F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, Les obligations, *op. cit.*, n° 190 et suiv.

673. Il convient cependant de préciser que la question de savoir s'il ne serait pas opportun de créer un régime juridique d'exception, propre aux contrats d'adhésion, persiste. Le rapport inégalitaire qui règne entre le stipulant et l'adhérent est la porte ouverte à toutes sortes d'abus qu'il convient d'éviter. Pour cette raison, la doctrine s'interroge sur l'aptitude de notre dispositif législatif actuel à faire face à ce danger. Majoritairement, les auteurs estiment que, tant la théorie générale des contrats que les législations particulières – dont notre important dispositif sur les clauses abusives – permettent largement de prendre en compte et d'encadrer le contrat d'adhésion. Sur ce point : X. TESTU, Le juge et le contrat d'adhésion, JCP. 1993. I. 3673 : « *La doctrine néo-classique, qui domine actuellement, tend à dire que seule l'intervention législative est acceptable parce qu'elle seule peut être suffisamment précise pour traiter ponctuellement un problème aussi peu définissable que celui de l'adhésion. Mais de tels propos viennent contredire le regret, non moins communément exprimé, de la multiplication des régimes particuliers en matière contractuelle. Et à l'heure où de nouveaux modèles de stipulations ou*

de contrats sont imaginés, il serait bon qu'une puissante théorie générale des contrats fût sauvegardée, comme le meilleur instrument pour donner un cadre juridique immédiat à ces nouveautés ». Egalement, A. POPOVICI, Les contrats d'adhésion : un problème dépassé ?, Mélanges BAUDOUIN, 1974, p. 161 et suiv. ; P.-A. CREPEAU, Contrat d'adhésion et contrat type, Mélanges BAUDOUIN, 1974, p. 67 et suiv., spéc. p. 78 : l'auteur fait le bilan des différents arsenaux techniques permettant d'appréhender « le phénomène du contrat d'adhésion » et d'en « réprimer les excès ou les abus par l'instauration d'un régime de protection de la partie faible ». Il observe alors que seule « la conjugaison des solutions législative, administrative et judiciaire » peut « assurer un juste équilibre entre le fort et le faible ».

674. A. RIEG, Contrat type et contrat d'adhésion, art. préc., p. 111.

675. RIPERT et BOULANGER, Traité élémentaire de droit civil, t. II, n° 53.

676. MARTY et RAYNAUD, Droit civil, t. II, 1^{er} vol. , Paris, 1962, n° 116.

677. A. RIEG, Contrat type et contrat d'adhésion, art. préc., p. 111.

678. G. RIPERT, La règle morale dans les obligations civiles, *op. cit.*, n° 57.

679. J. GHESTIN, La notion de contrat, D. 1990, p. 150.

680. J. GHESTIN, La notion de contrat, D. 1990, p. 152.

681. A. LAUDE, La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat, 1992, PUAM, préf. J. MESTRE, n° 1 et les références citées.

682. A. ENGEL-CREACH, Les contrats judiciairement formés, th. Paris X, Nanterre, 2001, n° 130, p. 91 et les références citées.

683. V. cependant les limites de cette affirmation avec les contrats forcés et les contrats légaux, *infra* n° 177 et s.

684. J. GHESTIN, La formation du contrat, *op. cit.*, n° 237.

685. P. DURAND, Le rôle des agents de l'autorité publique dans la formation du contrat, RTDCiv. 1948, p. 155

686. J. FLOUR, J.-L. AUBERT, A. SAVAUX, L'acte juridique, *op. cit.*, n° 131. A. RIEG, Les modes non formels d'expression de la volonté en droit civil français, Travaux de l'Association Capitant, 1968, p. 43, n° 3 : l'auteur définit la manifestation de volonté comme « tout comportement, actif ou passif, qui permet de conclure à l'existence d'une certaine volonté ».

687. Kelsen, La théorie juridique de la convention, Archives de Philosophie du droit, 1940, p. 33 ; N. CAYROL, Les actes ayant pour objet l'action en justice, th. préc., n° 541 : « le contrat est la procédure des échanges volontaires ».

688. J. GHESTIN, La formation du contrat, *op. cit.*, n° 237.

689. J.-M. MOUSSERON, Technique contractuelle, *op. cit.*, n° 15.

690. Le pollicitant.

691. J.-L. AUBERT, Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du rapport contractuel, LGDJ, 1970, préf. J. FLOUR.

692. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et A. SAVAUX, L'acte juridique, *op. cit.*, n° 93 ; F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, Les obligations, *op. cit.*, n° 68 ; H., L. et J. MAZEAUD, Obligations, par

F. CHABAS, *op. cit.*, n° 87 et s.

693. J.-M. MOUSSERON, Technique contractuelle, *op. cit.*, n° 18.

694. J. FLOUR, J.-L. AUBERT, A. SAVAUX, L'acte juridique, *op. cit.*, n° 131, p. 88.

695. A. LAUDE, De la reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat, *th. préc.*, n° 15.

696. J. FLOUR, J.-L. AUBERT, A. SAVAUX, L'acte juridique, *op. cit.*, n° 130.

697. J. FLOUR, J.-L. AUBERT, A. SAVAUX, L'acte juridique, *op. cit.*, n° 174.

698. J. FLOUR, J.-L. AUBERT, A. SAVAUX, L'acte juridique, *op. cit.*, n° 177.

699. A. RIEG, Contrat type et contrat d'adhésion, *art. préc.*, p. 106 ; A. POPOVICI, Les contrats d'adhésion : un problème dépassé ?, p. 162 : « *Le développement accéléré du capitalisme moderne depuis la fin du XIX^e siècle a engendré une réalité économique qui rend bien dépassées les notions qu'avaient nos codificateurs en 1806 en matière de contrats* » ; P.-A. CREPEAU, Contrat d'adhésion et contrat type, *mélanges BAUDOIN*, *art. préc.*, p. 68 : « *Mais, dans la seconde moitié du siècle dernier, l'avènement de la société industrielle avec l'apparition du machinisme, la concentration des capitaux, les besoins d'une main d'œuvre élargie, les exigences de la production de masse et la recherche des marchés, tout cela transforme, bouleverse les données sociales et économiques que le droit d'alors était appelé à régir* ».

700. P. DURAND, La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel, *RTDCiv.* 1944.73.

701. V. L. JOSSERAND, Le contrat dirigé, *D.H.* 1933, *chron.* 89 et s., qui distingue entre le dirigisme d'origine privé et le dirigisme exercé par les pouvoirs publics. Le premier est celui qui s'exprime à travers les contrats d'adhésion où l'une des parties dicte sa loi à l'autre. Le second n'est autre que l'interventionnisme étatique dans le domaine contractuel par l'intermédiaire du législateur ou du juge. Sur l'interventionnisme étatique ou le dirigisme contractuel par les pouvoirs publics, lire notamment : G. RIPERT, L'ordre économique et la liberté contractuelle, *Mélanges GENY*, Sirey, 1935, t. II, p. 347 et suiv. ; E.-H. PERREAU, Une évolution vers un statut légal des contrats, *Mélanges GENY*, Sirey, 1935, t. II, p. 354 et suiv. ; L. JOSSERAND, Le contrat forcé et le contrat légal, *D.H.* 1940. 5 et suiv. ; P. DURAND, La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel, *RTDCiv.* 1944. 73 et suiv. ; Le rôle des agents de l'autorité publique dans la formation du contrat, *RTDCiv.* 1948. 155 et suiv. ; M. VASSEUR, Un nouvel essor du concept contractuel, *RTDCiv.* 1965. 5 et suiv. ; G. FARJAT, L'ordre public économique, *th.* Dijon, 1963.

702. A. RIEG, Contrat type et contrat d'adhésion, *art. préc.*, p. 107 ; P. DURAND, La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel, *RTDCiv.* 1944. 73 et suiv. ; R. MOREL, Le contrat imposé, *Mélanges G. RIPERT*, LGDJ. 1950, t. II, p. 116 et suiv. ; L. JOSSERAND, Le contrat forcé et le contrat légal (contrat dit de salaire différé), *D.H.* 1940. *Chron.* p. 5 et suiv.

703. J. LEAUTE, Les contrats-types, *RTDCiv.* 1953. 445, n° 4 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, A. SAVAUX, L'acte juridique, *op. cit.*, n° 101.

- 704.** Les contrats de vente, de bail, de prêt, de dépôt, d'entreprise... ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, A. SAVAUX, *L'acte juridique*, *op. cit.*, n° 101.
- 705.** Beaucoup de contrats spéciaux comportent cependant des dispositions impératives, auxquelles les parties ne peuvent pas déroger.
- 706.** Par la voie de la délégation législative.
- 707.** J. LEAUTE, Les contrats types, RTDCiv. 1953. 430 et suiv. ; A. RIEG, Contrat type et contrat d'adhésion, art. préc., Trav. et rech. de l'Institut. de droit comp. de Paris, 1970, t. XXXIII, p. 105 et suiv. ; P.-A. CREPEAU, Contrat d'adhésion et contrat type, Mélanges L. BAUDOUIN, 1974, p. 67 et suiv. ; A. POPOVICI, Mélanges L. BAUDOUIN, *op. cit.*, p. 161 et suiv., spéc., p. 165 et suiv. ; A. SEUBE, Les conditions générales des contrats, Mélanges A. JAUFFRET, PUAM, 1974, p. 621 et suiv., spéc., p. 629 et suiv.
- 708.** L'expression est de J. LEAUTE, Les contrats types, RTDCiv. 1953. 445, n° 25. Il n'existe en vérité que très peu de contrats-types administratifs de caractère facultatif. Les plus connus sont les contrats types de baux ruraux. Ils sont établis par des commissions consultatives départementales des baux ruraux puis publiés par voie d'arrêté préfectoral (C. rur., art. L. 411-4). Ces contrats types ont été institués par l'ordonnance du 17 octobre 1945 créant un statut de fermage. Ils sont aujourd'hui régis par le décret du 22 décembre 1958. Sur ces contrats types, V. RIPERT, Le statut de fermage, du droit contractuel au droit de l'entreprise, D. 1946. 1. 2 ; J. LEAUTE, Les contrats-types de baux ruraux, Revue de législation agricole, juin 1953 ; Les contrats types, RTDCiv. 1953. 445 ; C. DUPEYRON, J.-P. THERON, J.-J. BARBIERI, Droit agraire, 1^{er} vol. , Droit de l'exploitation, éd. 1985, n° 316, p. 203 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, A. SAVAUX, *L'acte juridique*, *op. cit.*, n° 175 ; J. GHESTIN, La formation du contrat, *op. cit.*, n° 88.
- 709.** D. MAINGUY, Conditions générales de ventes et contrats types, J.-Cl. Contrats-distribution, fasc. 60, fév. 2002, n° 6.
- 710.** Que ce soit les parties elles-mêmes, directement, pour régir leurs relations à venir - mais alors on a plutôt recours à l'expression de contrat-cadre (J. GHESTIN, La formation du contrat, *op. cit.*, n° 86 ; F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, Les obligations, *op. cit.*, n° 186 et 194) - ou bien certaines professions ou organismes professionnels, pour uniformiser, accélérer et moraliser les relations contractuelles de leurs membres avec leurs clients ou fournisseurs : D. MAINGUY, Conditions générales de ventes et contrats types, art. préc., n° 2.
- 711.** J. LEAUTE, Les contrats-types, RTDCiv. 1953, p. 437, n° 14 et suiv.
- 712.** F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, Les obligations, *op. cit.*, n° 194.
- 713.** J. LEAUTE, Les contrats-types, art. préc., n° 9.
- 714.** D. MAINGUY, Conditions générales de vente et contrats-types, art. préc., n° 3.
- 715.** Pour une étude d'ensemble sur la question, V. D. MAINGUY, Conditions générales de vente et contrats-types, art. préc.
- 716.** J. LEAUTE, Les contrats-types, RTDCiv. 1953, p. 430, n° 1.
- 717.** Ils prendront alors la forme de contrats-cadre ou de contrats d'adhésion.

718. D. MAINGUY, Conditions générales de vente et contrats-types, art. préc., n° 2.
719. J. LEAUTE, Les contrats-types, art. préc., n° 13.
720. J. LEAUTE, Les contrats-types, art. préc., n° 15.
721. J. FLOUR, J.-L. AUBERT, A. SAVAUX, L'acte juridique, *op. cit.*, n° 174.
722. J. LEAUTE, Les contrats-types, art. préc., n° 2.
723. J. LEAUTE, Les contrats-types, art. préc., n° 16 ; F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, Les obligations, *op. cit.*, n° 194.
724. J. LEAUTE, *op. et loc. cit.* ; F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, Les obligations, *op. et loc. cit.*
725. G. BERLIOZ, Le contrat d'adhésion, th. préc., n° 54.
726. Sur ce phénomène, J. GHESTIN, La formation du contrat, *op. cit.*, n° 79 et suiv. ; égal. A. RIEG, Contrat type et contrat d'adhésion, art. préc., p. 106 ; G. BERLIOZ, Le contrat d'adhésion, th. préc., n° 18 et suiv.
727. F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, Les obligations, *op. cit.*, n° 194.
728. D. MAINGUY, Conditions générales de vente et contrats-types, art. préc., n° 3.
729. A. RIEG, Contrat type et contrat d'adhésion, art. préc., n° 10, p. 109.
730. J. GHESTIN, La formation du contrat, *op. cit.*, n° 93.
731. J. GHESTIN, La formation du contrat, *op. cit.*, n° 93 : « Qu'il s'agisse des contrats classiques ou, a fortiori, des contrats nouveaux inventés par la pratique, tels que le crédit bail ou leasing, le franchisage ou franchising, les règles légales supplétives étaient inexistantes ou largement inadaptées aux relations contractuelles modernes ».
732. D. MAINGUY, Conditions générales de vente et contrats types, art. préc., n° 3.
733. J. GHESTIN, La formation du contrat, *op. cit.*, n° 93, p. 75 ; A. RIEG, art. préc., p. 116 ; G. BERLIOZ, th. préc., n° 54 : l'auteur précise cependant que « pour que les règles générales et abstraites contenues dans les contrats types puissent servir de normes, elles doivent recevoir l'adhésion des utilisateurs [...]. C'est seulement ainsi que les groupements professionnels acquièrent le pouvoir réglementaire qu'ils ne possèdent pas en théorie ».
734. J. GHESTIN, La formation du contrat, *op. et loc. cit.*
735. Ph. NEAU-LEDUC, La réglementation de droit privé, Bibliothèque dr. Entreprise, LITEC, 1998, préf. Th. REVET, n° 38.
736. Pouvoir législatif ou pouvoir réglementaire sur délégation législative.
737. J. GHESTIN, *op. et loc. cit.*
738. G. ROUJOU DE BOUBEE, Essai sur l'acte juridique collectif, th. Toulouse, LGDJ, 1961, préf. G. MARTY, p. 264.
739. J. GHESTIN, La formation des contrats, *op. cit.*, n° 80.
740. J. LEAUTE, Les contrats-types, art. préc., n° 43.
741. J. LEAUTE, art. préc., n° 43 : « Les personnes liées par [le contrat type] s'engagent seulement à ne pas conclure à d'autres conditions que celles du contrat type, dans le cas où elles décideraient de contracter, pour le domaine et pendant la durée du contrat type. » ; n° 44, l'auteur poursuit en

indiquant que ce genre de contrat type « crée une sorte d'empêchement simplement prohibitif à la conclusion de contrats individuels contraires au contrat type ».

742. J. LEAUTE, Les contrats types, art. préc., p. 450, n° 38 et suiv.

743. A. SEUBE, Les conditions générales des contrats, Mélanges A. JAUFFRET, p. 621 et suiv. ; D. MAINGUY, Conditions générales de vente et contrats-types, art. préc., J.-Cl. Contrats distribution, fasc. 60 ; F. LABARTHE, La notion de document contractuel, th. préc., n° 541 : « Les conditions générales professionnelles [...] peuvent être associées [aux] contrats types » ; G. BERLIOZ, Le contrat d'adhésion, th. préc., n° 50 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, A. SAVAUX, L'acte juridique, op. cit., n° 176 : « Les contrats type d'origine privée sont établis par les grandes entreprises – assurances, banques, entreprises de transport ... – pour régir les contrats individuels que celles-ci concluront avec chacun de leurs clients. On les appelle « conditions générales » ».

744. A. SEUBE, Les conditions générales des contrats, art. préc., p. 622-623. Sur la nature juridique de ces clauses, V. notam. F. LABARTHE, th. préc., n° 542 et suiv.

745. D. MAINGUY, Conditions générales de vente et contrats-types, art. préc., n° 1. L'auteur précise que par conditions générales, on désigne également le document qui contient les informations contractuelles pré-rédigées. Le terme conditions générales désigne donc également, dans un sens plus formel, « le support de l'ensemble des clauses contractuelles types rédigées avant la conclusion de contrats individuels dans lesquels elles sont destinées à s'intégrer ». Précisons que pour cet auteur, les conditions générales n'ont pas nécessairement un caractère impératif et sont parfois « susceptibles de modifications par la rencontre de l'acceptation de leur destinataire » (n° 1).

746. En ce sens, A. SEUBE, Les conditions générales des contrats, art. préc., p. 629 : « Le contrat type est un modèle de contrat complet [...] ; les conditions générales se bornent à préciser les modalités d'exécution du contrat futur, elles ne concernent donc que l'exécution du contrat », puis, p. 632 : « le contrat d'adhésion, comme le contrat type, est un contrat complet alors que les conditions générales ne régissent qu'une partie de l'accord et viennent « s'intégrer dans un contrat » dont certains éléments ont fait l'objet d'une discussion entre les parties ».

747. J. LEAUTE, Les contrats-types, art. préc., n° 42 et suiv. ; A. RIEG, contrat type et contrat d'adhésion, art. préc. ; P.-A. CREPEAU, Contrat d'adhésion et contrat type, art. préc. ; A. POPOVICI, Les contrats d'adhésion : un problème dépassé ?, art. préc., p. 165 et suiv.

748. A. POPOVICI, Les contrats d'adhésion ..., art. préc., qui l'explique en disant que : « La plupart des contrats types sont des contrats d'adhésion et la plupart des contrats d'adhésion sont des contrats types », p. 166.

749. A. RIEG, Contrat type et contrat d'adhésion, art. préc., p. 110, qui précise qu'« en effet, les personnes qui voudront ultérieurement conclure une opération juridique n'auront que le choix de l'abstention ou de la soumission aux clauses fixées unilatéralement par les auteurs du contrat type. C'est dire que le rapprochement des notions de contrat d'adhésion et de contrat type est parfaitement justifié, les deux se rencontrant dans un contexte identique ».

750. Dans sa thèse, G. BERLIOZ présente les contrats types comme l'une des sources du contrat d'adhésion (n° 52 et s.), à côté des conditions générales (n° 50) ainsi que des termes normalisés (n° 56). J. GHESTIN, quant à lui, définit le contrat d'adhésion comme le phénomène d'adhésion à un contrat type : *in* la formation du contrat, *op. cit.*, n° 95. Le rapprochement entre les deux notions est donc inévitable et sujet à confusions.

751. Un contrat type n'est pas toujours d'adhésion : ses clauses peuvent être discutées ; inversement, un contrat d'adhésion n'est pas nécessairement un contrat type : il peut être isolé et destiné à ne réglementer qu'un seul rapport contractuel.

752. J. CARBONNIER, Droit civil, Les obligations, *op. cit.*, n° 35, p. 89 ; J. GHESTIN, La formation du contrat, *op. cit.*, n° 94 ; A. RIEG, Contrat type et contrat d'adhésion, art. préc., p. 108.

753. On observera toutefois que la doctrine ne s'accorde pas sur ses différents éléments caractéristiques : soit que leur énumération varie suivant les interprètes, soit que ceux-ci les citent de manière cumulative ou au contraire, se contentent de la présence d'un seul d'entre eux pour qualifier le contrat de contrat d'adhésion.

754. P.-A. CREPEAU, Contrat d'adhésion et contrat type, art. préc., p. 69 : « Deux traits sont généralement admis : rédaction unilatérale des clauses du contrat par l'offrant ; acceptation en bloc forcée par l'adhérent ».

755. J. GHESTIN, La formation du contrat, *op. cit.*, n° 95.

756. G. BERLIOZ, Le contrat d'adhésion, th. préc., n° 48 : « L'adhésion est un acte par lequel la partie contractante, qui sait que l'autre partie entend traiter suivant les conditions de la stipulation, indique son intention de se soumettre pour cette transaction aux termes et conditions de cette stipulation ».

757. A. RIEG, Contrat type..., art. préc., p. 108.

758. G. BERLIOZ, Le contrat d'adhésion, th. préc., n° 46 : « Par stipulation, nous entendrons les clauses dont l'une des parties a indiqué qu'elles constituent pour elle une réglementation de l'éventuelle relation juridique qui n'est pas soumise à discussion ».

759. G. BERLIOZ, th. préc., n° 47.

760. Voir la liste de critères énoncée par P.-A. CREPEAU, Contrat d'adhésion..., art. préc., p. 69.

761. Citent ce critère : A. RIEG, Contrat type et contrat d'adhésion, art. préc., p. 108 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, A. SAVAUX, L'acte juridique, *op. cit.*, n° 178 ; F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, Les obligations, *op. cit.*, n° 188 ; J. CARBONNIER, Les obligations, *op. cit.*, n° 35, p. 89.

762. Dans le même sens, J. GHESTIN, La formation du contrat, *op. cit.*, n° 95.

763. D'autres auteurs précisent en outre avec justesse que « l'inégalité de puissance économique correspond certes à une réalité mais dont la notion précise est insaisissable, car elle existe partout et toujours » : J. FLOUR, J.-L. AUBERT, A. SAVAUX, L'acte juridique, *op. cit.*, n° 180.

764. P.-A. CREPEAU, Contrat d'adhésion..., art. préc., p. 69.

765. J. GHESTIN, La formation du contrat, *op. cit.*, n° 95.
766. J. GHESTIN propose la définition suivante : « *l'adhésion à un contrat type, qui est rédigé unilatéralement par l'une des parties, et auquel l'autre adhère sans possibilité réelle de le modifier* », n° 95.
767. J. LEAUTE, Les contrats-types, art. préc., n° 42.
768. A. POPOVICI, art. préc., p. 162.
769. J. LEAUTE, art. préc., n° 1.
770. J. GHESTIN, La formation du contrat, *op. cit.*, n° 80.
771. J. LEAUTE, Les contrats-types, art. préc., n° 43.
772. J. LEAUTE, *op. et loc. cit.*
773. J. LEAUTE, Les contrats-types, art. préc., n° 42.
774. A. POPOVICI, Les contrats d'adhésion..., art. préc., p. 166.
775. *Contra* : G. BERLIOZ, th. préc., n° 42 : « *Ce qui est donc essentiel dans le contrat d'adhésion, c'est l'absence de débat préalable, la détermination unilatérale du contenu contractuel, qu'elle soit le fait de l'une des parties ou d'un tiers* ».
776. J. KULLMANN, L'influence de la puissance publique sur le contrat de droit privé, th. Paris I, 1987.
777. J. GHESTIN, La formation du contrat, *op. cit.*, n° 88.
778. J. FLOUR, J.-L. AUBERT, A. SAVAUX, L'acte juridique, *op. cit.*, n° 175.
779. V. D. 1977. Lég. 111.
780. D. MAINGUY, Conditions générales de vente et contrats types, art. préc., n° 6.
781. Pour une liste particulièrement détaillée des domaines concernés : V. D. MAINGUY, Conditions générales de vente et contrats types, art. préc., n° 6.
782. Sur le phénomène de normalisation contractuelle, J. GHESTIN, Normalisation et contrat : le droit des normes professionnelles et techniques, Bruxelles, 1985, p. 493 et suiv. ; Rapp. synth. in Le rôle de la pratique dans la formation du contrat, Trav. ass. H. Capitant, 1983, p. 3 ; F. LABARTHE, La notion de document contractuel, th. préc., spéc. n° 565 et suiv.
783. J. GHESTIN, La formation du contrat, *op. cit.*, n° 81, p. 63 et n° 88.
784. 5 juillet 1951, S. 1952. 3. 1, note J.-M. AUBY, D. 1952. 271, note BLAEVOET ; A. RIEG, Contrat type et contrat d'adhésion, art. préc., p. 110.
785. Indépendamment de leur nature facultative ou obligatoire.
786. En ce sens, J. LEAUTE, Les contrats-types, art. préc., n° 32.
787. J. LEAUTE, Les contrats-types, art. préc., n° 52.
788. J. LEAUTE, Les contrats-types, art. préc., n° 53.
789. Et plus particulièrement s'agissant des contrats types de baux ruraux : V. J. LEAUTE, Les contrats-types, art. préc., n° 53.
790. J. LEAUTE, Les contrats-types, art. préc., n° 53.
791. G. ROUJOU DE BOUBÉE, Essai sur l'acte juridique collectif, th. préc. ; DESPAX, Négociations, conventions et accords collectifs, Traité de droit du travail, dir. G.

CARMELYNCK, t. 7, 2^e éd., Dalloz, 1989 ; ALIPANDRIS, La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes, LGDJ, 1980 ; J.-P. CHAUCHARD, Encycl. Dalloz, V^e Conventions et accords collectifs ; La conception française de la convention collective, th. Paris I, 1985 ; J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMEAUD, Droit du travail, 20^e éd., Précis Dalloz, 2000, n° 767 et suiv.

792. J. LEAUTE, Les contrats-types, art. préc., n° 38 et suiv. ; J. GHESTIN, La formation du contrat, *op. cit.*, n° 89.

793. J. LEAUTE, Les contrats-types, art. préc., n° 39.

794. J. FLOUR, J.-L. AUBERT, A. SAVAUX, L'acte juridique, *op. cit.*, n° 508.

795. M. DESPAX, Négociations, conventions et accords collectifs, *op. cit.* ; J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMEAUD, Droit du travail, *op. cit.*, n° 767 et suiv.

796. J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMEAUD, Droit du travail, *op. cit.*, n° 767.

797. Le recours à la convention collective permet d'éviter tout à la fois l'arbitraire d'une intervention étatique ainsi que la détermination unilatérale des conditions de travail par l'employeur. Y sont fixées, après négociation collective entre employeurs et salariés, les conditions relatives aux salaires, aux congés, à la procédure de licenciement et aux indemnités qui en découlent...

798. J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMEAUD, Droit du travail, *op. cit.*, n° 852, p. 840.

799. J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMEAUD, Droit du travail, *op. cit.*, n° 873.

800. G. ROUJOU DE BOUBEE, th. préc., p. 274 et suiv.

801. P. DURAND, Le dualisme de la convention collective de travail, RTDCiv. 1939. 353.

802. J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMEAUD, Droit du travail, *op. cit.*, n° 769.

803. Elle impose des obligations à l'employeur et crée des droits au profit des salariés, auxquels ils ne peuvent renoncer. V. J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMEAUD, Droit du travail, *op. cit.*, n° 821.

804. J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMEAUD, Droit du travail, *op. cit.*, n° 768.

805. J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMEAUD, Droit du travail, *op. cit.*, n° 768.

806. P. DURAND, Le dualisme de la convention collective, RTDCiv. 1939. 353, spéc., n° 27.

807. Après avoir longtemps admis la souveraineté des juges du fond dans l'interprétation des clauses litigieuses de la convention, la Cour de cassation a finalement cassé des décisions des juges du fond pour violation des conventions, assurant ainsi l'unité de leur interprétation : V. Ass. Plén., 6 février 1976, JCP. G. II. 18481, note H. GROUTEL ; Ass. Plén. 18 mars 1988 ; D. 1989. 221, note J.-P. CHAUCHARD ; Cass. soc., 28 avr. 1988, Bull. civ. V, n° 262.

808. J. FLOUR, J.-L. AUBERT, A. SAVAUX, L'acte juridique, *op. cit.*, n° 512.

809. G. ROUJOU de BOUBEE, Essai sur l'acte juridique collectif, th. préc., p. 264.

810. G. ROUJOU DE BOUBEE, Essai sur l'acte juridique collectif, th. préc., p. 264.

811. Certains auteurs parlent alors de *tendance normative* : G. ROUJOU de BOUBEE, Essai sur l'acte juridique collectif, th. préc., p. 264 et s. ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, A. SAVAUX, L'acte

juridique, *op. cit.*, n° 512 ; B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, Introduction au droit, 5^e éd., LITEC, 2000, n° 1420 : « Certaines conventions, du fait qu'elles émanent d'une multitude de volontés de part et d'autre, revêtent une amplitude exceptionnelle qui les situe au-delà des droits subjectifs. Elles participent du pouvoir normatif et, pour cette raison, dégagent une opposabilité erga omnes. Le meilleur exemple en est fourni par les conventions collectives du travail qui constituent des accords entre représentants des salariés et des employeurs en vue de réglementer les conditions du contrat de travail : embauche, salaires, congés... ».

812. A. SAVAUX, L'acte juridique, *op. cit.*, n° 124 et suiv. ; STARCK, L. BOYER, ROLAND, Les obligations, le contrat, t. 2, Litec, 6^e éd., 1998, n° 160 et suiv. ; L. JOSSERAND, Le contrat forcé et le contrat légal, D. H. 1940, chron., p. 5 et suiv.

813. J. GHESTIN, La formation du contrat, *op. cit.*, n° 159 et suiv. ; F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, Les obligations, *op. cit.*, n° 35 et 195 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, A. SAVAUX, L'acte juridique, *op. cit.*, n° 124 et suiv. ; Ch. LARROUMET, Les obligations, Le contrat, *op. cit.*, n° 129, 144 ; R. MOREL, Le contrat imposé, Mélanges RIPERT, LGDJ, 1950, p. 116 et suiv.

814. L. JOSSERAND, Le contrat forcé et le contrat légal, D. H. 1940, chron., p. 5 et suiv. ; E.- H. PERREAU, Une évolution vers un statut légal des contrats, Mélanges GENY, t. III, Sirey, p. 354 et suiv.

815. J. HONORAT, Rôle effectif et rôle concevable des quasi-contrats en droit actuel, RTDCiv. 1969. 653 et suiv., spéc. n° 28.

816. Ch. LARROUMET, Les obligations, le contrat, *op. cit.*, p. 108, n° 129.

817. P. DURAND, La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel, art. préc., n° 9.

818. Le contrat d'assurance de responsabilité civile a été imposé à tous les propriétaires de véhicule terrestre à moteur par la loi du 27 février 1958 et son décret d'application du 7 janvier 1959, depuis lors intégrés dans le Code des assurances aux articles L. 211-1 et suiv. et R. 211-1 et suiv.

819. R. MOREL, Le contrat imposé, art. préc., n° 5.

820. F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, Les obligations, *op. cit.*, n° 195 ; R. MOREL, Le contrat imposé, art. préc., n° 5.

821. D. 20 mai 1955, art. 13.

822. Sont le plus souvent envisagées des sanctions civiles, professionnelles, administratives ou pénales.

823. J. FLOUR, J.-L. AUBERT, A. SAVAUX, L'acte juridique, *op. cit.*, n° 125.

824. J. HONORAT, Rôle effectif et rôle concevable des quasi-contrats en droit actuel, art. préc., n° 28.

825. J. FLOUR, J.-L. AUBERT, A. SAVAUX, L'acte juridique, *op. cit.*, n° 127.

826. P. DURAND, La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel, art. préc., p. 79, n° 10 : sont ici visés « les officiers ministériels, notaires, avoués, huissiers, agents de change [qui] ne peuvent refuser arbitrairement leur ministère lorsqu'ils en sont requis. De même, les

entreprises qui jouissent d'un monopole de droit : chemins de fer, magasins généraux, casinos bénéficiant d'un privilège d'exploitation, sont à la disposition du public et ne sauraient émettre la prétention de choisir leur clientèle ».

827. P. DURAND, La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel, art. préc., p. 80, n° 10.

828. P. DURAND, La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel, art. préc., p. 80, n° 10 : « L'obligation de contracter [peut dépendre] de la fonction économique qu'une activité peut remplir. Il est des services, indispensables à la vie sociale et que l'individu ne peut se refuser à rendre. L'obligation de contracter constitue le moyen d'assurer ces services aux membres de la collectivité. Indépendante de l'existence d'un monopole de droit, cette conception est susceptible d'applications plus étendues que la précédente ».

829. Les agents publics ou entreprises publiques proposant les services de téléphone, poste, distribution d'eau, de gaz, d'électricité... V. R. MOREL, Le contrat imposé, art. préc., n° 6.

830. Cass. crim., 12 mai 1854, D. 1854. 1. 208 : sanction d'un refus de vendre du pain au motif que l'activité de boulanger porte sur une denrée de première nécessité ; *idem* pour un refus de vendre de la viande : Cass. crim., 2 août 1856, D. 56. 1. 379 ; Trib. com. Nice, 2 janvier 1893, D. 96. 1. 491, note de LABBE.

831. J. HONORAT, Rôle effectif et rôle concevable des quasi-contrats en droit actuel, art. préc., n° 28.

832. Notamm. R. MOREL, Le contrat imposé, art. préc., n° 6.

833. R. MOREL, Le contrat imposé, art. préc., n° 7.

834. P. DURAND, La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel, art. préc., p. 80, n° 10.

835. Dans ce sens, J. GHESTIN, La formation du contrat, *op. cit.*, n° 162.

836. J. FLOUR, J.-L. AUBERT, A. SAVAUX, L'acte juridique, *op. cit.*, n° 127.

837. C. civ., art. 815 et suiv.

838. C. civ., art. 661 : lorsque deux immeubles sont séparés par une clôture appartenant en propre à l'un des propriétaires, l'autre peut contraindre celui-ci à lui en céder la mitoyenneté.

839. C. rural, art. L. 411-50.

840. Conversion d'un métayage en fermage : C. rural, art. 417-11.

841. J. HONORAT, art. préc., n° 30, propose quant à lui de voir dans les obligations qui naissent de plein droit et de manière coercitive par le seul effet de la volonté du juge ou du législateur, des *obligations quasi-contractuelles*, car il n'y a pas simplement contrat imposé mais contrat légal. La vente sur saisie et la cession forcée de mitoyenneté sont ainsi qualifiées par l'auteur de quasi-ventes.

842. P. DURAND, La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel, art. préc., n° 17 et suiv. ; R. MOREL, Le contrat imposé, art. préc., n° 9 et suiv.

843. J. FLOUR, J.-L. AUBERT, A. SAVAUX, L'acte juridique, *op. cit.*, n° 128.

844. On doit l'expression à P. DURAND, La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel, art. préc.

845. J. HONORAT, Rôle effectif et rôle concevable..., art. préc., n° 28 : « la règle contractuelle est appliquée à des personnes entre lesquelles il n'existait, avant l'intervention de la loi, rien qui ressemblât, fût-ce de manière implicite ou embryonnaire, à un lien conventionnel : les pouvoirs publics, de leur propre chef, contraignent des parties totalement étrangères l'une à l'autre, à l'exécution de prestations qui, sans cet acte d'autorité n'auraient, sans doute, jamais été spontanément consenties ».

846. J. FLOUR, J.-L. AUBERT, A. SAVAUX, L'acte juridique, *op. cit.*, p. 87, n° 128.

847. Décret du 31 juillet 1992, art. 110 et suiv. pour la vente forcée des biens meubles. V. P. DURAND, La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel, art. préc., n° 22.

848. L. JOSSERAND, Le contrat forcé et le contrat légal (contrat dit de salaire différé), art. préc. ; C. rural, art. L.321-13 et suiv. ; J. HONORAT, Rôle effectif et rôle concevable des quasi-contrats en droit actuel, art. préc., p. 684, n° 30 ; X. SAVATIER, Rapport de la Cour de cassation 1996, La documentation française, p. 205 et suiv. où l'auteur fait une synthèse de la jurisprudence récente sur ce contrat ; GAIN, Un contrat très spécial, JCP. Ed. N, 1999, 885 ; Le GUIDEDEC, Rev. Dr. rur., sur la réforme réalisée par la loi n° 99-574 du 9 juillet 1999.

849. Décret-loi du 29 juin 1939, art. 63, actuel article L. 321-13 du Code rural.

850. L. JOSSERAND, Le contrat légal et le contrat forcé, art. préc., p. 7.

851. L. JOSSERAND, Le contrat forcé et le contrat légal (contrat dit de salaire différé), art. préc., p. 7 ; P. DURAND, La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel, art. préc., n° 19 et suiv., n° 29 ; R. MOREL, Le contrat imposé, art. préc., n° 9 et suiv. ; J. HONORAT, rôle effectif et rôle concevable..., art. préc. qui propose la qualification de quasi-contrat ; V. également, Ch. LARROUMET, Les obligations, le contrat, *op. cit.*, n° 144 ; J. GHESTIN, La formation du contrat, *op. cit.*, n° 159.

852. L. JOSSERAND, Le contrat légal et le contrat forcé, art. préc., p. 7.

853. L. JOSSERAND, Le contrat légal et le contrat forcé, art. préc., p. 7.

854. L. JOSSERAND, Le contrat légal et le contrat forcé, art. préc., p. 7 ; R. MOREL, Le contrat imposé, art. préc., n° 9.

855. En ce sens, P. DURAND, La contrainte légale..., art. préc., n° 22 ; R. MOREL, Le contrat imposé, art. préc., n° 9 ; Ch. LARROUMET, Les obligations, le contrat, *op. cit.*, n° 144.

856. J. HONORAT, Rôle effectif et rôle concevable des quasi-contrat en droit actuel, art. préc.

857. R. MOREL, Le contrat imposé, art. préc., n° 9.

858. R. MOREL, Le contrat imposé, art. préc., n° 9.

859. P. DURAND, La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel, art. préc., n° 22 ; J. GHESTIN, La formation du contrat, *op. cit.*, n° 159.

860. Ch. LARROUMET, Les obligations, le contrat, *op. cit.*, n° 144.

861. Sur la nécessité d'une identité complète des deux situations de fait, V. P. DURAND, La contrainte légale..., art. préc., n° 22.

862. Ch. LARROUMET, Les obligations, le contrat, *op. cit.*, n° 144.

863. F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, Les obligations, *op. cit.*, n° 35.

864. A. ENGEL-CREACH, Les contrats judiciairement formés, *Economica*, coll. dir. par N. MOLFESSI, 2002.

865. Il faut bien dire « en principe », car depuis la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002, le juge peut enjoindre aux parties de rencontrer un conciliateur de justice, indépendamment de leur volonté. Sur ce point, V. notre article, Le nouveau pouvoir d'injonction du juge en matière de conciliation judiciaire, *D.* 2003, doct. 928 et s. Ce pouvoir a également été reconnu au juge aux affaires familiales par la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale. Désormais, le JAF peut enjoindre aux parents de rencontrer un médiateur familial en vue d'arrêter un certain nombre de mesures concernant l'exercice de l'autorité parentale ou la contribution à l'entretien de l'enfant : *C. civ.*, art. 373-2-10 al. 1^{er} et 2. Sur ce pouvoir, lire par ex. : F. MONEGER, La médiation dans les réformes du droit de la famille, *in* La médiation en débat, Les recherches Pothier, publication de l'Institut de droit économique et des affaires de l'Université d'Orléans, p. 147 et suiv., spéc. p. 152 et s. ; F. BOULANGER, Modernisation ou utopie ? : la réforme de l'autorité parentale par la loi du 4 mars 2002, *D.* 2002, doct. 1571 et s., spéc. n° 11.

866. G. CORNU et J. FOYER, Procédure civile, *op. cit.*, p. 45, n° 8.

867. NCPC, art. 131-1, 840, 847, 847-3. A ce titre, on précisera que l'une des principales raisons pour lesquelles le projet de loi du 26 avril 1989 instituant la médiation judiciaire devant les juridictions de l'ordre judiciaire fut rejeté est qu'il prévoyait précisément que le juge pouvait d'office désigner une personne en qualité de médiateur. Sur ce projet de loi, V. GEGOUT, Le projet de loi instituant la médiation judiciaire devant les juridictions de l'ordre judiciaire, *Les petites affiches*, 19 juin 1989, p. 16 ; M. GUILLAUME-HOFNUNG, La médiation, *Que sais-je ?*, PUF, 1995, n° 2930, p. 64 ; H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, n° 1181 ; P. ESTOUP, Le projet de réforme de la procédure civile, *Gaz. Pal.* 1989, doct. 176 et s.

868. NCPC, art. 832-2.

869. NCPC, art. 127.

870. NCPC, art. 129.

871. Sur ce principe : H. MOTULSKY, *Ecrits*, t. 1, Etudes et notes sur la procédure civile, Dalloz, 1973, spéc. p. 281 et suiv. ; Prolégomènes pour un futur code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971, *D.* 1972. Chron. 91 ; G. CORNU et J. FOYER, Procédure civile, *op. cit.*, n° 97 et s. ; J. HERON, *Droit judiciaire privé*, Montchestien, 1991, n° 207 et s. ; H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, n° 77 et s. ; L. CADIET, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, n° 1100 et suiv. ; J. VINCENT et S. GUINCHARD, Procédure civile, *op. cit.*, n° 534 et s.

872. J. VINCENT et S. GUINCHARD, Procédure civile, *op. cit.*, n° 534.

873. Dans ses Ecrits, H. MOTULSKY envisageait déjà la possibilité pour les parties, au nom du principe d'initiative, *d'arrêter provisoirement l'instance* en raison de l'existence de « *pourparlers de transaction* », p. 284, n° 15.

874. F. KERNALEGUEN, La solution conventionnelle des litiges civils, art. préc., p. 73 et s.

875. Sur cette pratique, V. B. BLOHORN-BRENNEUR, La médiation judiciaire en matière prud'homale, le protocole d'accord et la décision d'homologation, D. 2001. 251 et s., spéc. p. 252. Pour une analyse très critique de cette pratique, lire : D. BOULMIER, Médiation judiciaire déléguée à une tierce personne et instance prud'homale ; nie ou dénie de justice, *in* La médiation en débat, dir. F. MONEGER, coll. Les Recherches Pothier, Publications de l'Institut de droit économique et des affaires de l'Université d'Orléans, p. 193 et suiv., spéc. p. 206 et suiv.

876. La loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice dispose, en son article 8, que le juge qui n'a pas recueilli le consentement des parties pour désigner un conciliateur de justice aux fins une tentative préalable de conciliation, peut désormais leur « *enjoindre de rencontrer une personne qu'il désigne à cet effet [en vue de les informer] sur l'objet et le déroulement de la mesure de conciliation* » : L. 95-125 du 8 février 1995, art. 21, mod. Est donc institué le principe de la tenue d'audiences aux fins de « *proposition de conciliation* », à caractère obligatoire...

877. Sur cette question, V. nos développements *infra* n° 521 et s.

878. On précisera à ce propos que récemment, la Commission européenne a adopté une recommandation relative aux principes applicables aux organes extrajudiciaires chargés de la résolution consensuelle des litiges de consommation (recommandation du 4 avril 2001, JOCE 2001, n° L. 119, du 19 avril 2001, p. 56 et s.). Or, parmi les divers principes proclamés, figure notamment le **principe d'équité** en vertu duquel « *les parties devraient être informées de leur droit de refuser de participer à la procédure ou de s'en retirer à tout moment* ».

879. Lire sur ce point notamment : F. MONEGER, La médiation dans les réformes du droit de la famille, art. préc.

880. Sur ce préliminaire ainsi que sur la loi des 16-24 août 1790, V. *infra* n° ; également, V. GLASSON et TISSIER, Traité de procédure civile, t. 1, 3^e éd., 1926, p. 42 et s., n° 15 et s. ainsi que t. 2, 3^e éd., 1926, p. 406 et s., n° 466 et s. et p. 560 et s., n° 536 et s. ; GARSONNET et CEZAR-BRU, Traité de procédure, t. 1, 3^e éd., 1912, p. 85 et s., n° 46 et s., et t. 2, 3^e éd. 1912, p. 258 et s., n° 157 et s. et p. 692 et s., n° 400 et s. ; P. COUV RAT et G. GIUDICELLI-DELAGE, Conciliation et médiation, J.-Cl. proc. civ., fasc. 160, n° 32.

881. Pour un aperçu de ces réformes, plus en détails, V. *infra* n° 233 et s.

882. Ecrits, t. 1, *op. cit.*, n° 18.

883. Seules les procédures de divorce pour faute et de divorce pour rupture de la vie commune sont concernées. V. *infra*, n° 249.

- 884.** Sur cette obligation, V. F. LE FICHANT, L'obligation de négociier, thèse Rennes, 1992 ; J. CEDRAS, L'obligation de négociier, RTDCom. 1985, 265 et suiv.
- 885.** J. CEDRAS, L'obligation de négociier, art. préc., n° 1.
- 886.** V. *contra* : J. CEDRAS, L'obligation de négociier, art. préc., n° 10 qui affirme que « *Il n'existe pas d'obligation légale de négociier la formation d'un contrat. Certes, il existe des contrats forcés, il existe aussi des contrats judiciaires, mais les parties ne sont pas obligées de les négocier puisque tout est réglé par la loi ou par le juge [...]. Il n'existe que des obligations conventionnelles de négociier la conclusion d'un contrat* ».
- 887.** C. trav., art. R. 516-8 et R. 516-9.
- 888.** C. trav., art. R. 516-10 al. 1^{er}.
- 889.** C. trav., art. R. 516-10 al. 2.
- 890.** NCPC, art. 1106.
- 891.** NCPC, art. 1007 et 1008.
- 892.** NCPC, art. 885.
- 893.** NCPC, art. 888.
- 894.** NCPC, art. 845 et 847-1.
- 895.** NCPC, art. 847 et 847-3 pour le tribunal d'instance ; NCPC, art. 887 pour le tribunal paritaire de baux ruraux.
- 896.** NCPC, art. 847 al. 3 et 847-3 al. 3.
- 897.** Faire le rapprochement avec les clauses de conciliation ou de médiation et leurs effets : distinction entre les obligations de résultat et les obligations de moyens qu'elles engendrent. On observe alors que la recherche effective d'une solution amiable – la tenue des négociations en ce sens – figure au titre des obligations de moyens tandis que la mise en place de la structure des négociations peut figurer au titre des obligations de résultat. V. *supra* n° 39 et s.
- 898.** Nous reviendrons sur ces sanctions ainsi que sur leur portée ultérieurement, n° 419 et s.
- 899.** V. 115 NCPC, régularisation de la nullité du jugement si non respect préalable du C. trav., art. R. 516-13 et suiv.
- 900.** NCPC, art. 887.
- 901.** C. civ., art. 251 et suiv.
- 902.** C. trav., art. R. 516-16.
- 903.** Et dans certains cas, celle du défendeur : V. C. trav., art. R. 516-17 al. 4.
- 904.** C. civ., art. 215 al. 1^{er}. Autrement dit, le pouvoir du juge de tenter de concilier les parties n'est pas cantonné à la phase de conciliation préalable.
- 905.** NCPC, art. 1110.
- 906.** J. HONORAT, Rôle effectif et rôle concevable..., art. préc., n° 28.

907. X. LAGARDE, Droit processuel et modes alternatifs de règlement des conflits, art. préc., spéc. n° 12.
908. Néanmoins, la procédure de conciliation préalable en matière de divorce précise les étapes successives de la conciliation devant le juge aux affaires familiales : C. civ., art. 252 et suiv.
909. L. CADIET, Les accords sur la juridiction dans le procès, art. préc., pp. 44 et 50.
910. Dans le sens d'une *extension* selon L. CADIET, Les accords sur la juridiction dans le procès, art. préc., p. 45.
911. Sur les liens entre office du juge et droit d'action des parties : L. CADIET, Les accords sur la juridiction dans le procès, art. préc., p. 50.
912. Sur les principes directeurs applicables aux contrats de pourparlers judiciaires, V. *infra* n° 499 et s.
913. Sur l'obligation faite au juge de concilier toute partie qui le lui demande, V. notre position *infra* n° 263.
914. L. CADIET, Les accords sur la juridiction dans le procès, art. préc., p. 50 ; Y. MULLER, Le contrat judiciaire en droit privé, th. préc., n° 347.
915. L. CADIET, Les accords sur la juridiction dans le procès, art. préc., p. 42.
916. J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL, D. MAINGUY, L'avant-contrat, *op. cit.*, n° 170 et suiv.
917. J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL, D. MAINGUY, *op. et loc. cit.*
918. X. LAGARDE, Droit processuel et modes alternatifs de règlement des conflits, art. préc., spéc. n° 12 : l'auteur parle alors « *d'objet processuel* ».
919. L. CADIET, Les accords sur la juridiction dans le procès, art. préc., p. 40.
920. L. CADIET, Les accords sur la juridiction dans le procès, art. préc., p. 40.
921. L. CADIET, Les accords sur la juridiction dans le procès, art. préc., pp. 50 et 51. A leur égard, le juge joue un rôle *principal*, précise l'auteur, sinon *décisif* puisque son accord est nécessaire à leur efficacité.
922. Effectivement, il n'y a de conciliation ou de médiation judiciaires déléguées que si le juge rend une ordonnance à cette fin, laquelle procède en outre à la désignation du tiers ainsi qu'à la spécification de sa mission. V. NCPC, art. 131-6 pour la médiation et art. 832-2 pour la conciliation.
923. X. LAGARDE, Droit processuel et modes alternatifs de règlement des conflits, art. préc., n° 13. Selon l'auteur, l'institutionnalisation de la médiation dans le nouveau code de procédure civile donne à cette procédure un véritable « *statut* » et la font accéder au rang de « *situation procédurale* ».
924. Plus encore, les principales de ces obligations seront étudiées en détails ultérieurement, lorsque nous nous consacrerons aux principes directeurs encadrant les pourparlers judiciaires. V. *infra* n° 499.
925. On pense en particulier à l'obligation de consigner auprès du greffe de la juridiction ou bien entre les mains du médiateur, la provision à valoir sur la rémunération de ce dernier.

926. Sur le devoir de confidentialité, V. *infra* n° 512 et s.
927. NCPC, art. 131-10 et 832-6.
928. NCPC, art. 131-13.
929. NCPC, art. 131-13 al. 5.
930. Sur les risques que la recherche de la faute par le juge puisse compromettre sa liberté de jugement lorsqu'il aura de nouveau à connaître de l'affaire au fond : V. *supra* n° 48.
931. Sur la différence - si tant est qu'il y en ait une - entre la constatation judiciaire et l'homologation judiciaire des accords de conciliation ou de médiation, V. *infra* n° 603 et s. et notre conclusion n° 688.
932. De manière plus radicale encore, un auteur propose que la médiation mise en œuvre en cours d'instance « *suspende le lien juridique d'instance* », en vue d'interrompre le délai de péremption : X. LAGARDE, Droit processuel et modes alternatifs de règlement des conflits, art. préc., p. 442.
933. Sur les actes processuels en général : Y. MULLER, Le contrat judiciaire en droit privé, th. préc., n° 314 et suiv.
934. L. CADIET, Les accords sur la juridiction dans le procès, art. préc. p. 50.
935. Y. MULLER, Le contrat judiciaire..., th. préc., n° 360 et suiv.
936. Y. MULLER, th. préc., n° 347 ; La chambre sociale de la Cour de cassation, dans un arrêt du 28 mars 2000, propose la qualification « *d'acte judiciaire* ». V. Bull. civ. V, n° 135 ; Gaz. Pal. 2000, som. 1756 ; D. 2000. 537, note J. SAVATIER ; JCP. G. 2000. I. 267 obs. L. CADIET et JCP. G. 2000. IV. 1901. Cette qualification déçoit dans la mesure où elle ne met pas en évidence leur fondement conventionnel.
937. Y. MULLER, th. préc., n° 360.
938. L. CADIET, Les accords sur la juridiction dans le procès, art. préc. p. 40.
939. L. CADIET, Les accords sur la juridiction dans le procès, art. préc. p. 37 ; Les jeux du contrat et du procès, esquisse, Mélanges G. FARJAT, éd. Frison-Roche, 1999, n° 17.
940. L. CADIET, Les accords sur la juridiction dans le procès, art. préc. p. 51.
941. Y. MULLER, th. préc., n° 358.
942. Y. MULLER, th. préc., n° 184 et 359 ; X. LAGARDE, Droit processuel et modes alternatifs de règlement des conflits, art. préc., n° 13. Sur le contrat de procédure *stricto sensu*, autrement dit celui en vertu duquel parties conviennent d'un calendrier pour l'instruction de leur dossier et s'engagent à accomplir leurs actes de procédures dans des délais précis : M. CARATINI, Le contrat de procédure : une illusion ?, Gaz. Pal. 1985, doct. 639 ; A propos du contrat de procédure, Gaz. Pal. 1986, doct. 61 ; P. ESTOUP, Le contrat de procédure en appel, D. 1985. 195 ; M. GAGET, Le contrat de procédure au tribunal de grande instance de Lyon : un moyen d'améliorer le fonctionnement de la justice, Gaz. Pal. 1987, doct. 498 ; L. GAUDIN, Le contrat de procédure, une troisième voie ?, Gaz. Pal. 1986, doct. 61 ; E. du RUSQUEC, A propos du contrat de procédure, JCP. G. 1994. I. 3774 ; J.-Cl. MAGENDIE, Le nouveau contrat de procédure au TGI de Paris, Gaz. Pal. 2001. 529 et suiv.

943. Y. MULLER, th. préc., n° 359. Sur la distinction entre actes processuels dispositifs et actes processuels directifs : *ibid.*, n° 360 : « *l'acte processuel dispositif se distingue de l'acte processuel directif par son aspect procédural moins marqué qui le rapproche d'autant de l'acte juridique de droit commun. La distinction est importante car elle justifie qu'une plus grande place soit accordée à la volonté des parties dans l'acte* » processuel dispositif.

Conclusion du titre I

- 1 La qualification de la conciliation et de la médiation judiciaires en contrats de pourparlers judiciaires emporte d'importantes conséquences.
- 2 **216. Consécration d'une nouvelle famille de contrats : les contrats de pourparlers judiciaires** - Elle consacre tout d'abord une nouvelle famille de contrats : *les contrats de pourparlers judiciaires*. Ce faisant, elle apporte une pierre supplémentaire à l'édifice des figures hybrides qui mêlent le conventionnel et le judiciaire.
- 3 **217. Les contrats de pourparlers judiciaires : contractualisation de la justice ou procéduralisation des modes conventionnels de règlement des conflits ?** - Mais surtout, une telle qualification conduit à s'interroger sur sa signification. Faut-il y voir l'intention du législateur de restituer aux justiciables la gestion de leurs conflits ? C'est alors faire prévaloir la composante contractuelle sur la composante judiciaire et analyser les contrats de pourparlers judiciaires comme une illustration du *phénomène plus général de contractualisation de la justice* ⁹⁴⁴. Faut-il au contraire y voir la volonté des pouvoirs publics de conserver une certaine maîtrise sur les procédures de règlement amiable des différends ? C'est alors faire prévaloir la composante judiciaire sur la composante contractuelle et analyser les contrats de pourparlers judiciaires comme une illustration du *phénomène plus général de judiciarisation* – encore appelé

processualisation ⁹⁴⁵ ou *procéduralisation* ⁹⁴⁶ – des modes conventionnels de règlement des conflits.

4 **218. Les contrats de pourparlers judiciaires : dirigisme contractuel** -

La vérité est entre les deux. Conciliation et médiation judiciaires participent tout à la fois du phénomène de contractualisation de la justice et de celui de processualisation des modes amiables de règlement des conflits. A ce titre, elles s'apparentent à des techniques, à des procédés auxquels a recours le législateur pour améliorer la qualité des modes de règlements des litiges pris dans leur globalité. Constatant que les modes purement *judiciaires* ne répondaient pas aux attentes des justiciables – pour cause de lenteur, de technicité, de complexité, de formalisme, de coût... -les réformes se sont succédées en vue de les contractualiser. La contractualisation, en donnant droit de cité au consentement des parties dans le procès, humanise les procédures puisqu'elle permet aux justiciables de les aménager suivant leur volonté. Inversement, constatant que les modes purement *contractuels* n'offraient pas suffisamment de garanties – car aboutissant à des solutions déséquilibrées ou rendues en violation des droits de la défense des individus – le législateur est intervenu en vue de les rapprocher des modes judiciaires. La procéduralisation – ou processualisation – qui consiste à étendre par analogie certaines règles ou principes de droit processuel aux modes conventionnels, assure aux parties que leurs droits fondamentaux seront préservés et indirectement, augmente les chances que la solution à laquelle elles parviendront sera équitable.

- 5 Ces deux mouvements ont donc en commun d'avoir été l'un et l'autre commandités par le législateur, mais surtout, d'avoir fait appel à une technique commune : le *dirigisme contractuel*. C'est ce dernier aspect que nous entendons mettre en évidence en qualifiant

les contrats de pourparlers judiciaires de *contrats dirigés* et que nous proposons d'étudier désormais.

NOTES

944. Sur ce phénomène, L. CADIET, Les jeux du contrat et du procès : esquisse, *in* Mélanges offerts à G. FARJAT, *op. cit.*, p. 23 et suiv., spéc. p. 26, n° 4.

945. L. CADIET, Les jeux du contrat et du procès : esquisse, art. préc., spéc. n° 32, p. 41.

946. Sur la tendance contemporaine de procéduralisation du droit en général : X. LAGARDE, *in* Droit processuel/droit commun du procès, *op. cit.*, n° 583.

Première partie. Des contrats dirigés

Titre II. Des pourparlers judiciaires dirigés

Introduction au titre II

- 1 **219. Le dirigisme contractuel, en général** - Qualifier les contrats de pourparlers judiciaires de contrats *dirigés* suppose qu'on les assimile à des formules de contrat dont certaines dispositions, sinon toutes, sont prédéterminées. Le dirigisme contractuel est une technique juridique destinée à rationaliser, harmoniser ou moraliser le contenu de certains contrats ; à en faciliter, accélérer ou standardiser la conclusion. Le dirigisme contractuel peut être le fait de personnes privées comme de personnes publiques. Lorsqu'il est le fait de ces dernières, le dirigisme devient étatique – on parle aussi d'interventionnisme ⁹⁴⁷ étatique – et ses finalités sont souvent plus axées sur des considérations de protection des intérêts privés ou publics que sur des considérations de rendement ou de modernisation des échanges commerciaux ou économiques, considérations qui motivent principalement le dirigisme contractuel d'origine privée. En s'immisçant dans les relations contractuelles des personnes privées, l'objectif des pouvoirs publics est d'orienter, de *diriger* ces rapports d'obligations conformément à des considérations qu'ils jugent d'ordre public ou bien en vue de leur imposer le respect de certaines normes impératives.
- 2 **220. Le dirigisme des pourparlers judiciaires, en particulier** - L'interventionnisme des pouvoirs publics vis-à-vis de la conciliation judiciaire est un phénomène très ancien. Il est la conséquence de l'immense intérêt que ceux-ci ont toujours porté à la conciliation et

de leur ambition d'avoir voulu la privilégier par rapport au mode juridictionnel étatique de règlement des litiges. Pour cette raison, la conciliation a longtemps été rattachée au procès, qu'elle avait pour but d'empêcher. Elle n'était envisagée que comme un préalable à l'action en justice et non pas comme un mode autonome à part entière. Ce n'est que très tardivement qu'elle a finalement été institutionnalisée de manière indépendante et perçue comme susceptible d'évoluer et d'être mise en œuvre en dehors de tout contexte judiciaire et, ce faisant, d'offrir une véritable voie alternative de règlement des conflits aux justiciables. Cette nouvelle conception de la conciliation par les pouvoirs publics, en tant que mode *alternatif*, est probablement ce qui est à l'origine de son succès actuel, tant en dehors qu'au sein du cadre judiciaire. En effet, c'est véritablement l'extraction de la conciliation du judiciaire et son épanouissement hors les murs, qui lui a donné un nouvel élan. Le constat que la conciliation pouvait être confiée à un tiers autre que le juge, sans risque pour l'institution ou pour les intérêts des justiciables, est très certainement ce qui a conduit le législateur à institutionnaliser la conciliation et la médiation judiciaires déléguées, pourparlers judiciaires dont la conduite est confiée à un tiers.

- 3 **221 Première approche globale de l'examen du dirigisme des MARC, en général** - Cette interdépendance entre les formes judiciaires les plus récentes de pourparlers aux fins de conciliation ou de médiation et celles que l'on rencontre en dehors du judiciaire nécessite que l'étude du dirigisme contractuel des pourparlers judiciaires soit réalisée parallèlement à l'examen du dirigisme contractuel des formes non-judiciaires de pourparlers aux fins de conciliation ou de médiation. La prédétermination du contenu des contrats de pourparlers aux fins de conciliation ou de médiation n'est pas un

phénomène réservé au monde judiciaire. Il s'agit d'une tendance générale qui concerne toutes les procédures de conciliation ou de médiation, prises dans leur globalité (**Sous-titre I**), indépendamment du cadre dans lequel elles sont amenées à être mises en œuvre et dont la finalité est d'assurer que ces modes alternatifs de règlement des conflits offrent aux parties toute la sécurité juridique nécessaire.

- 4 **222 Affinement de l'examen des incidences du dirigisme contractuel sur les pourparlers judiciaires, en particulier** - L'examen des différentes formes d'interventionnisme étatique en matière de conciliation ou de médiation en général nous conduira à l'étude de leurs incidences et, spécialement, de leurs incidences sur les contrats de pourparlers judiciaires en particulier (**Sous-titre II**). La principale, on s'en doute, consiste en une atteinte à la liberté contractuelle des parties : atteinte à la libre détermination du champ d'application du contrat, atteinte au principe du consensualisme, atteinte à la libre détermination du contenu du contrat... etc. Mais parce que l'on se situe dans un contexte judiciaire, nous verrons que ces atteintes bénéficient d'une contrepartie : la supervision par le juge de la bonne exécution du contrat, autrement dit, du bon déroulement des pourparlers judiciaires.

NOTES

947. G. CORNU, Vocabulaire juridique, *op. cit.*, V°. Interventionnisme : « *Doctrine économique (ou politique étatique) prônant (ou réalisant) l'irruption de l'Etat dans les affaires relevant traditionnellement du secteur privé* ».

Sous-titre I. Le dirigisme étatique des MARC, en général

- 1 **223.Finalité** - Le traitement législatif de la conciliation et de la médiation, autrement dit, leur encadrement normatif, leur prise de possession par le législateur, est un phénomène très ancien. Sa finalité essentielle a toujours été d'assurer la promotion et l'essor de ces modes amiables de règlement des conflits dans des conditions qui respectent les droits fondamentaux des individus et, plus largement, de favoriser la paix sociale. Après s'être d'abord attelé au développement de la conciliation dans le cadre judiciaire, c'est en dehors de ce dernier que le législateur a, dans un second temps, décidé d'étendre son interventionnisme. Sont ainsi apparues diverses formes ou formules de pourparlers aux fins de conciliation ou de médiation, proposées aux particuliers tant « à l'ombre du palais » ⁹⁴⁸ qu'aux « marches du palais » ⁹⁴⁹.
- 2 **224.Le dirigisme au palais** - A l'origine, le développement de la conciliation n'a été envisagé par les pouvoirs publics que dans le seul cadre judiciaire ⁹⁵⁰, en amont du procès car essentiellement destiné à l'empêcher. Mais vouloir inciter les plaideurs à la conciliation dans ce cadre particulièrement contraignant et, par hypothèse, plus familier aux discordes qu'aux ententes, n'a pas été chose facile. Cela explique que le législateur ait éprouvé diverses techniques législatives ou formes de dirigisme avant de trouver celle qui parvienne enfin, semble-t-il, à assurer l'épanouissement de la

conciliation au sein du palais. Ainsi, après avoir initialement opté pour des formes contraignantes de conciliation, le législateur leur a finalement préféré des formes plus souples, simplement facultatives, au contenu plus ou moins détaillé et plus ou moins impératif, si bien que le cadre judiciaire offre désormais un éventail de formes de conciliation ou, plus précisément, de formules de pourparlers judiciaires.

- 3 **225. Le dirigisme hors les murs** - Ce n'est que très récemment ⁹⁵¹ que le législateur a envisagé une extension de l'institution de la conciliation *en dehors du cadre judiciaire* ⁹⁵². Cependant, ne souhaitant pas laisser le traitement des conflits à l'entière discrétion des particuliers, autrement dit, soucieux d'assurer que ces modes amiables présentent suffisamment de garanties, le législateur a décidé d'en prédéterminer le contenu, ce qu'il a fait en leur donnant la forme de contrats-types, formules de contrats prérédigées aux dispositions plus ou moins impératives, dont la conclusion est proposée aux particuliers.
- 4 **226. Interdépendance entre ces deux mouvements** - Ces deux mouvements – dirigisme des pourparlers aux fins de conciliation ou de médiation au sein du palais puis hors les murs - ne sont pas sans rapport l'un avec l'autre. Au contraire, ils sont étroitement liés l'un à l'autre, le second étant né en réaction contre le premier, voire interdépendants puisqu'ils s'imitent mutuellement. Plus encore, ils poursuivent un seul et même objectif, un seul et même idéal : faire de la conciliation – *lato sensu* -un mode naturel ⁹⁵³ de règlement des différends privilégié par les justiciables au détriment de la voie juridictionnelle judiciaire qui ne serait envisagée qu'en cas d'échec de la voie amiable.
- 5 Motivé par cette aspiration, le législateur a donc tout mis en œuvre non seulement pour éviter au justiciable non encore engagé dans

une instance judiciaire, de s'y perdre, mais également, si les mesures adoptées en ce sens n'ont pas eu l'effet escompté, pour inciter le plaideur à sortir du labyrinthe judiciaire le plus vite possible, sans attendre qu'un jugement soit rendu. Concrètement, cette démarche a consisté, dans un premier temps, uniquement au sein du palais (**Chapitre I**) puis, dans un second temps, hors les murs (**Chapitre II**), à exploiter la procédure de conciliation sous les formes les plus variées, en vue de rendre ce mode alternatif de règlement des conflits toujours plus incitatif, plus efficace et plus protecteur des droits fondamentaux des individus. Ce faisant, c'est le concept même de conciliation qui s'est vu sensiblement étendu et associé à des procédures qui, sous la même appellation, visent pourtant des procédés extrêmement différents les uns des autres.

NOTES

948. E. SERVERIN, Quels lieux pour la médiation civile en Europe ?, Revue nationale des barreaux, n° 66-67, janv.-juin 2002, p. 9 et suiv., spéc. p. 33 et s.

949. E. SERVERIN, Quels lieux pour la médiation civile en Europe ?, art. préc., spéc. p. 17 et s.

950. E. SERVERIN, Quels lieux pour la médiation civile en Europe ?, Revue nationale des barreaux, n° 66-67, janv.-juin 2002, p. 9 et suiv., spéc. p. 33 et s. : l'auteur parle de médiations « à l'ombre du palais ».

951. On situe son point de départ aux alentours des années soixante-dix : V. par exemple, X. LAGARDE, Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges, Rev. arb. 2001. 423 et s., spéc. p. 427, n° 3.

952. E. SERVERIN, Quels lieux pour la médiation civile en Europe ?, Revue nationale des barreaux, n° 66-67, janv.-juin 2002, p. 9 et suiv., spéc. p. 17 : l'auteur parle de médiations « aux marches du palais ».

953. Par *mode naturel*, nous entendons, pour reprendre la première définition donnée par G. CORNU, dans son Vocabulaire juridique, celui qui est « Fondé en Droit naturel, sur un ordre de

valeurs éminentes (justice idéale)... ».

Chapitre I. Le dirigisme contractuel au palais

- 1 **227. La quête du mode amiable idéal** - L'étude des différentes formes données à la conciliation par le législateur au sein du cadre judiciaire est comparable à une véritable quête ⁹⁵⁴ : celle du mode le plus approprié pour favoriser les solutions négociées par rapport aux solutions imposées, pour substituer au traitement juridictionnel et formel des litiges, un traitement amiable et consensuel. Cette quête, qui a duré plus de deux siècles, perdure, même s'il semble que l'on est près du but. Tout au long de son cheminement, le législateur a éprouvé les techniques les plus variées pour tenter d'inciter les plaideurs à privilégier la voie amiable par rapport à la voie contentieuse. On en dénombre approximativement trois.
- 2 **228. Les conciliations préalables imposées : obligations légales de contracter** - Aussi surprenant que cela puisse paraître, c'est à la contrainte que le législateur a initialement décidé de recourir pour tenter de promouvoir la conciliation au sein du cadre judiciaire, en instituant des préliminaires obligatoires de conciliation ⁹⁵⁵. L'idée était alors de contraindre les justiciables, avant toute saisine du juge, à tenter de se concilier ; seule la non-conciliation des parties pouvant permettre une saisine ultérieure du juge aux fins de jugement. Cette première forme contraignante de conciliation judiciaire, assimilable à une obligation légale de contracter ⁹⁵⁶ (Section I), n'a pas totalement disparu : le nouveau code de

procédure civile en propose encore en certaines matières ou devant certaines juridictions. Ce qui revient à constater que le législateur ne parvient pas à abandonner totalement ce concept de conciliation imposée et continue de lui trouver un intérêt, sinon une certaine efficacité.

- 3 **229. La conciliation intégrée à l'office du juge : contrat-type réglementaire facultatif** – Prenant acte de ce qu'en définitive, la forme impérative s'accommodait mal avec l'esprit qui anime habituellement la conciliation, les rédacteurs du nouveau code de procédure civile ont décidé de n'en faire plus qu'une procédure simplement facultative. Mais alors, afin de lui assurer une certaine efficacité, elle a été intégrée à l'office du juge et érigée en principe directeur du procès. Le juge a en quelque sorte été chargé, par le législateur, de promouvoir la conciliation pendant l'instance et d'inciter les plaideurs à y recourir. La conciliation est alors devenue un nouveau mode judiciaire, une nouvelle technique processuelle de règlement des litiges à laquelle le juge peut recourir au même titre que sa mission traditionnelle qui est de trancher les litiges conformément aux règles de droit qui lui sont applicables (NCPC, art. 12) ou mieux encore, qu'il doit faire prévaloir autant que possible. Cette nouvelle forme de conciliation facultative, dite de droit commun, s'apparente à une formule de contrat au contenu plus ou moins indéfini, à laquelle les parties peuvent souscrire à tout moment. A ce titre, on peut y voir un contrat-type réglementaire facultatif ⁹⁵⁷ **(Section II)**.

- 4 Malgré cette extension de la conciliation à toute l'instance judiciaire et son intégration à l'office du juge, les résultats obtenus sont restés décevants : essentiellement parce que les magistrats ne disposaient ni du temps, ni des moyens et ni de la disponibilité nécessaires pour pouvoir remplir correctement ce nouvel office.

- 5 **230. La conciliation et la médiation judiciaires déléguées : contrats-types réglementaires impératifs** -C'est la raison pour laquelle le législateur, fortement inspiré par la pratique judiciaire, a décidé de créer une nouvelle forme de conciliation judiciaire en instituant la conciliation et la médiation judiciaires déléguées avec la loi n° 95-125 du 8 février 1995. Ce nouveau concept de conciliation consiste à autoriser le juge, après accord des parties, à déléguer l'exercice de sa mission de conciliation à un tiers qu'il désigne et dont l'activité est placée sous son étroit contrôle. Ces nouveaux contrats de pourparlers judiciaires offrent aux plaideurs une structure aux éléments particulièrement détaillés. Facultatifs dans leur principe, conciliation et médiation judiciaires déléguées sont en revanche impératives dans leur contenu. Si les parties décident d'y recourir, elles doivent se soumettre aux éléments prédéterminés qui leur sont proposés, sans possibilité de discuter ou de modifier. Pour cette raison, nous estimons être en présence de contrats-types réglementaires impératifs ⁹⁵⁸ **(Section III)**.

SECTION I – LES OBLIGATIONS LÉGALES DE CONTRACTER

- 6 **231.** C'est avec le préliminaire obligatoire de conciliation, né de la loi des 16 et 24 août 1790 ⁹⁵⁹ que la conciliation connaît pour la première fois une forme institutionnelle. Dans l'intention de consacrer et de pérenniser cette pratique très prometteuse, les auteurs de la loi avaient décidé d'en faire un préalable obligatoire. La première forme donnée à la conciliation est donc celle d'une procédure contraignante et, spécialement, d'une obligation légale de contracter **(A)** qui, malgré son triste sort, persiste encore aujourd'hui sous quelques formes contemporaines **(B)**. Il semblerait donc que le législateur ait foi dans cette technique qui consiste à avoir recours à la contrainte pour convaincre les plaideurs de l'intérêt qu'il y a à tenter de se concilier.

A. Formes originelles d'obligations de contracter aux fins de conciliation

- 7 **232. *Trois expériences*** – Le préliminaire obligatoire de conciliation (1°), première forme d'obligation de contracter aux fins de conciliation, a d'abord été limité aux seules affaires relevant de la compétence des juridictions de droit commun. Près d'un siècle plus tard, le préliminaire de conciliation est étendu aux affaires relevant de la compétence des justices de paix sous le nom de « *petite conciliation* », pour le distinguer de la forme précédente qui devient alors la « *grande conciliation* » (2°). Reprenant une à une chacune de ces institutions, nous soulignerons combien leur caractère contraignant est directement à l'origine de leur perte.

1°. Le préliminaire obligatoire de conciliation

- 8 Nous retracerons brièvement l'évolution qu'a connu cette institution sous l'empire de la loi des 16 et 24 août 1790 (a), puis après sa codification dans le Code de procédure civile de 1806 (b).

a) Sous la loi des 16-24 août 1790

- 9 **233. Institutionnalisation de la conciliation** - C'est la loi des 16 et 24 août 1790 ⁹⁶⁰ qui a institué pour la première fois le préliminaire obligatoire de conciliation ⁹⁶¹. Des pratiques d'arrangements amiables, préalables à tout procès, existaient déjà depuis des siècles ⁹⁶², mais il a fallu attendre les Etats généraux de 1789 pour qu'une institutionnalisation soit réclamée ⁹⁶³, sur le modèle de ce qui existait en Hollande ⁹⁶⁴. A ce propos, l'anecdote dira que la Constituante fut fortement influencée par une lettre de Voltaire écrite en 1742, dans laquelle il s'enthousiasme « *sur un usage très utile établi en Hollande* » ⁹⁶⁵. Les espoirs mis dans cette institution sont considérables ⁹⁶⁶, au point que le préalable de conciliation est érigé en principe à valeur constitutionnelle dans les Constitutions de l'an III et de l'an VIII ⁹⁶⁷. La Constituante y voyait une juridiction « *exempte des rigueurs de la procédure et des formes qui obscurcissent tellement le procès que le juge le plus expérimenté ne sait plus qui a tort ou raison* » ⁹⁶⁸. Avec la conciliation, dira plus tard le tribun Faure, le magistrat devient « *un père au milieu de ses enfants : il dit un mot, et les injustices se réparent, les divisions s'éteignent, les plaintes cessent ; ses soins constants assurent le bonheur de tous ; il recueille à son tour la plus douce des récompenses ; il est partout chéri, partout respecté* » ⁹⁶⁹.
- 10 Schématiquement, on peut dire que la conciliation est alors perçue comme le *mode idéal* de règlement des conflits, qui doit toujours être

envisagé en premier lieu, tandis que le jugement est relégué à la toute dernière place et considéré comme l'ultime voie à envisager.

- 11 **234. Conciliation et arbitrage** - Une autre institution connaît également un franc succès et voit son recours institutionnellement encouragé : il s'agit de l'arbitrage, auquel la loi des 16 et 24 août 1790 consacre d'ailleurs tout un titre ⁹⁷⁰ . Ainsi dispose l'article 1^{er} de la loi : « *L'arbitrage étant le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre les citoyens, les législateurs ne pourront faire aucune disposition qui tende à en empêcher l'usage et l'efficacité* ». Et l'article 2 d'ajouter que « *Toutes les personnes ayant le libre exercice de leurs droits et actions pourront nommer un ou plusieurs arbitres pour prononcer sur leurs intérêts privés dans tous les cas et sur toutes les matières sans exception* ». Au lendemain de la Révolution française, la justice étatique est au plus bas de sa renommée tandis que les modes alternatifs de règlement des conflits suscitent toutes les attentions.
- 12 **235. Autonomie du préliminaire de conciliation** - Le préliminaire de conciliation, bien que réservé aux affaires relevant de la compétence des tribunaux de droit commun, n'était pas organisé devant ces juridictions mais devant les justices de paix - juridictions d'exception, compétentes en matière de litiges de faible valeur, implantées dans chaque canton - et plus exactement devant les bureaux de paix ⁹⁷¹ . Ce démembrement révélait une certaine autonomie entre le préliminaire de conciliation et la procédure contentieuse puisqu'en cas de non-conciliation, l'introduction de l'instance contentieuse n'était pas automatique et nécessitait que les parties saisissent le tribunal civil à fin de jugement.
- 13 **236. Le juge de paix** - La tentative de conciliation était menée sans hommes de loi : avocats et procureurs étaient expressément écartés de la procédure, car « *considérés comme agents de discorde* » ⁹⁷² , tandis que les juges de paix eux-mêmes n'étaient pas des magistrats

professionnels mais de simples citoyens répondant à un minimum d'exigences de moralité et d'aptitude ⁹⁷³ . « Pour être juge de paix, dira Thouret, il suffira d'avoir les lumières de l'expérience et d'un bon jugement... Il faut que tout homme de bien, pour peu qu'il ait d'expérience et d'usage, puisse être juge de paix et, pour cela, que la compétence de la justice de paix soit bornée aux choses de conventions très simples et aux choses de fait » ⁹⁷⁴ . Il fallait que le juge de paix, par son profil comme par sa localisation, soit aussi proche que possible des justiciables qui se présenteraient à lui. Cependant, le juge de paix est également un magistrat ⁹⁷⁵ et, pour cette raison, doit conserver à l'esprit certaines directives : « Le juge de paix est avant tout un juge conciliateur ; la plus intéressante de ses attributions consiste à prévenir les procès ; entamés, à les terminer par un arrangement amiable. Il ne faudrait pas, cependant, qu'il oubliât qu'il est aussi un magistrat, et comme tel chargé d'interpréter et d'appliquer la loi. Que, dans son cabinet, en tête-à-tête avec les parties, il donne tout son cœur et tout son esprit pour aboutir à une conciliation, il répond au vœu le plus ardent de son institution. Mais si, malgré ses conseils paternels, les plaideurs assignent devant son tribunal, si après de suprêmes exhortations restées infructueuses, justice lui est demandée, alors il ne doit pas, par le prestige de son autorité, imposer un arrangement ou une transaction que les parties repoussent, il faut qu'il juge d'après le droit ou suivant l'équité » ⁹⁷⁶ .

- 14 Tout était réuni, pensait-on, pour que le préliminaire obligatoire de conciliation connaisse un franc succès. Pourtant, malgré tous les efforts faits en ce sens, malgré toutes les espérances véhiculées par la conciliation, les promesses annoncées ne furent pas tenues.
- 15 **237.Echec du préliminaire de conciliation : causes et conséquences** - Une des raisons de cet échec fut probablement d'avoir voulu en exagérer l'application en soumettant sans exception toutes les affaires relevant de la compétence des tribunaux civils au

préliminaire de conciliation ⁹⁷⁷ (L. 1790, titre X). Peu importait que l'affaire fût urgente ou déjà en appel, peu importait que l'affaire concernât un objet indisponible ou que les parties en litige fussent incapables, la tentative préalable de conciliation était impérative et son défaut sanctionné par une nullité absolue susceptible d'être invoquée en tout état de cause, voire pour la première fois devant la Cour de cassation ou encore d'office par le juge ⁹⁷⁸. Seules les affaires relatives à l'Etat, l'ordre public, les saisies oppositions et autres actes conservatoires étaient dispensées de préliminaire de conciliation ⁹⁷⁹.

- 16 Ensuite, l'inexpérience de certains juges de paix, ajoutée au fait que les justiciables se trouvaient livrés à eux-mêmes sans aide ni conseil, donna lieu à des abus : certaines conciliations étaient extorquées par pression morale et aboutissaient à des solutions injustes ; d'autres échouaient par simple manque de confiance des plaideurs qui se sentaient perdus sans leurs avocats. Le bilan de tout cela fut qu'à la veille de l'adoption du Code de procédure civile, loin de constituer un mode idéal de règlement amiable des conflits, la conciliation était plutôt perçue comme une source de lenteur et de frais inutiles. Pourtant, le législateur de 1806 ne décida pas de supprimer l'institution mais préféra la réformer, dans le sens de la souplesse.

b) Sous le Code de 1806

- 17 **238. Restriction du champ du préliminaire de conciliation** - Avec le Code de procédure civile de 1806, le préliminaire de conciliation a donc été maintenu – l'institution était consacrée aux articles 48 à 58 du Code mais sensiblement assoupli. Ainsi, selon l'article 48 : « *Aucune demande principale introductive d'instance entre parties capables de transiger et sur des objets qui peuvent être la matière d'une transaction ne sera reçue dans les tribunaux de première instance tant que le défendeur*

n'ait été préalablement appelé en conciliation devant le juge de paix et que les parties n'y aient volontairement comparu ». On constate que les rédacteurs du Code ont restreint le champ d'application du préliminaire de conciliation aux seules affaires présentant une chance raisonnable de faire l'objet d'un règlement amiable. Ainsi, étaient exonérées du préliminaire obligatoire de conciliation les affaires portant sur des droits dont les parties n'avaient pas la libre disposition ⁹⁸⁰, les affaires mettant en cause des parties incapables ⁹⁸¹ ou encore les demandes non introductives d'instance. Le préliminaire n'était plus exigé en appel ⁹⁸², pas plus que pour les affaires requérant célérité ⁹⁸³ (art. 49-2°).

18 **239. Multiplication des dispenses** - L'article 49 du code de procédure civile énonçait de nombreuses autres dispenses au préalable de conciliation, telles que les demandes en garantie ⁹⁸⁴ (art. 49-3°) ; les demandes en matière de commerce ⁹⁸⁵ (art. 49-4°) ; les demandes de mise en liberté, celles en mainlevée de saisie ou opposition, en paiement de loyers, fermages et arrérages de rentes ou pensions ⁹⁸⁶ ... (art. 49-5°) ; les demandes formées contre plus de deux parties « *encore qu'elles aient le même intérêt* » ⁹⁸⁷ (art. 49-6°) ; enfin, toutes autres sortes de demandes ⁹⁸⁸ comme celles en vérification d'écriture, en désaveu, en règlement de juges, en prise à parties etc... (art. 497°).

19 **240. Déclin de l'institution** - Ces restrictions faisaient état du déclin de l'institution, ce que la pratique ne fit que confirmer avec les années. Ainsi, le nombre des affaires portées en conciliation n'a cessé de diminuer, en grande partie à cause de l'usage de plus en plus fréquent qui était fait de l'assignation à bref délai, sollicitée auprès du président du tribunal dans le seul but d'éluder le préliminaire de conciliation ⁹⁸⁹. Ensuite, parmi les affaires soumises à l'essai de conciliation, peu d'entre elles donnaient lieu à

la comparution des parties et lorsque c'était le cas, très peu aboutissaient à un arrangement amiable. Néanmoins, même si les résultats étaient faibles, ils avaient le mérite d'exister et de constituer, aux yeux de nombreux auteurs, une raison suffisante pour que le préliminaire de conciliation soit maintenu et encouragé ⁹⁹⁰.

- 20 Parallèlement au déclin progressif du préliminaire obligatoire de conciliation, on assistait au succès grandissant d'une pratique des juges de paix relativement aux affaires relevant de leur compétence matérielle, que l'on appela la « *petite conciliation* » pour la distinguer de ce qui allait devenir la « *grande conciliation* », préliminaire réservé aux affaires relevant de la compétence des tribunaux civils.

2°. La « petite » et la « grande conciliation »

- 21 **241. La petite conciliation : une institution née de la pratique des juges de paix** - La « petite conciliation » est née de la pratique de certains juges de paix qui « *imaginèrent d'interdire aux huissiers de leurs cantons de donner aucune citation, tant qu'ils n'auraient pas eux-mêmes appelé par simple lettre les parties à l'effet de les arranger* » ⁹⁹¹. Cette pratique connut un tel succès que le législateur décida de la consacrer, ce qu'il fit avec la loi du 25 mai 1838 (art. 17) ⁹⁹². A l'origine, les juges de paix disposaient d'un plein pouvoir d'appréciation sur la décision de tenter ou non la « petite conciliation ». Mais les résultats furent tellement satisfaisants que le législateur est intervenu une seconde fois afin d'en faire un préalable obligatoire. Son attrait pour la contrainte, via l'institution d'obligations légales de négocier aux fins de conciliation ne faiblit pas malgré le triste sort subi par le préliminaire de conciliation. Ainsi, la loi du 2 mai 1855 modifia-t-elle en ce sens l'article 17 de la loi de 1838. Par chance, le caractère impératif de ce préalable

n'altéra pas trop l'institution qui continua à jouir de son succès pendant de nombreuses années. La « petite conciliation », œuvre des juges de paix, est véritablement ce qui fit la gloire de cette juridiction et qui, pourrait-on dire, concrétisa le vœu prononcé par le Constituant Treilhard près d'un siècle auparavant : "*Le juge de paix est un arbitre, un père plutôt qu'un juge ; il doit placer sa gloire moins à prononcer entre ses enfants qu'à les concilier*" ⁹⁹³ .

22 **242. Déclin de la « grande conciliation » ; tentative de réhabilitation par le renforcement de son caractère contraignant** –

Malheureusement, ce succès n'empêcha pas le déclin de la grande conciliation, au point que sa suppression devint inévitable. Nous avons vu en effet que l'ancien préliminaire obligatoire de conciliation, devenu « *grande conciliation* », n'eut pas les résultats escomptés et tomba vite en désuétude, en partie à cause de la possibilité d'assigner à brefs délais qui dispensait de conciliation et à laquelle nombre de plaideurs ont eu abusivement recours (C. proc. civ., art 49 - 2°) ; mais aussi à cause de la jurisprudence de la Cour de cassation qui ne prononçait l'irrecevabilité des demandes, pour défaut de préliminaire de conciliation, qu'à la condition d'avoir été soulevée *in limine litis* ⁹⁹⁴ . Une dernière tentative de réhabilitation du préalable de conciliation eu lieu sous la troisième République, avec le décret-loi du 30 octobre 1935 ⁹⁹⁵ qui renforça le caractère obligatoire de la procédure en exigeant notamment que les dispenses de conciliation ne soient possibles qu'en cas d'urgence et sur autorisation motivée du Président du tribunal de première instance (C. proc. civ., art 49, mod. D. 30 oct. 1935, art. 1er).

23 **243. Suppression définitive de la « grande conciliation »** – Mais cet effort fut de courte durée puisqu'une loi du 4 mars 1938 « *marque l'abandon de cette velléité* » ⁹⁹⁶ . Malgré ce dernier effort, les résultats obtenus n'ont pas été à la hauteur des espérances ⁹⁹⁷ : la « grande

conciliation », en état d' » *anémie notoire et incontestable* » ⁹⁹⁸ , fut finalement définitivement supprimée par la loi n° 49-178 du 9 février 1949 ⁹⁹⁹ .

24 **244. Admission progressive de l'incompatibilité entre conciliation et contrainte** - L'expérience avait montré en effet qu'au fil des ans, le caractère impératif du préliminaire de conciliation était mal vécu par les justiciables, qui ne s'y soumettaient que de manière purement formelle, sans réelle intention de se concilier et rallongeait sensiblement la durée de la procédure. « *L'essai de conciliation [avait] dégénéré dans les villes en une vaine formalité* » ¹⁰⁰⁰ .

25 De son côté, le préalable obligatoire de conciliation propre aux affaires relevant de la compétence des justices de paix persista encore quelques années. Il passera au travers de la réforme opérée par l'ordonnance n° 58-1273 du 22 décembre 1958 ¹⁰⁰¹ : la substitution des tribunaux d'instance aux justices de paix (Ord. 1958, art. 2) n'aura pas d'impact sur les anciennes règles d'organisation, de compétence et de procédure de ces dernières puisque ces règles seront directement transférées aux tribunaux d'instance (Ord. 1958, art. 3). « *En définitive, tout paraît se réduire à un changement d'étiquettes* » ¹⁰⁰² fera remarquer un auteur. Mais la promulgation du nouveau code de procédure civile aura raison du caractère impératif de la « petite conciliation » qui deviendra une « tentative préalable de conciliation » simplement facultative ¹⁰⁰³ (NCPC, art. 830 et s.).

26 Avec le nouveau code de procédure civile, la règle de principe est donc que la conciliation ne saurait qu'être facultative. Mais si tel est le principe, il connaît néanmoins des exceptions qui font état de la résurgence, sinon de la persistance de formes impératives et contraignantes. Il semblerait donc que le législateur ait particulièrement foi dans la technique des obligations légales de

contracter aux fins de conciliation. A moins, plus simplement, qu'il ne parvienne pas à se défaire d'institutions particulièrement anciennes ou fortement symboliques.

B. Formes contemporaines d'obligations de contracter

- 27 **245.** A côté de la conciliation dite « de droit commun », le nouveau code de procédure civile organise quelques conciliations particulières qui s'inspirent directement de « la grande » et de « la petite » conciliations post-révolutionnaires. Comme celles-ci, ces procédures sont impératives et se situent en amont de l'instance contentieuse ou, plus précisément, au seuil de celle-ci. Ces préalables obligatoires sont justifiés soit en raison de la nature de la juridiction devant laquelle l'affaire est portée (1°), soit en raison de la matière sur laquelle porte le litige (2°). Elles constituent une première phase impérative de la procédure contentieuse dont le non-respect est sanctionné par la Cour de cassation ¹⁰⁰⁴.

1°. Obligations légales de contracter propres à certaines juridictions

- 28 On trouve principalement de telles obligations de conclure un contrat de pourparlers judiciaires aux fins de conciliation : devant le tribunal d'instance ¹⁰⁰⁵, le conseil de prud'hommes ¹⁰⁰⁶, le tribunal paritaire de baux ruraux ¹⁰⁰⁷ et, depuis peu, la juridiction de proximité.
- 29 **246. Tribunal d'instance** - Devant le tribunal d'instance, le préalable de conciliation a été intégré à la procédure contentieuse, quel que soit le mode d'introduction de l'instance ¹⁰⁰⁸ : assignation à toutes fins ¹⁰⁰⁹, requête conjointe ou présentation volontaire des parties ¹⁰¹⁰ ou encore, depuis la récente réforme réalisée par le décret n°

98-1231 du 28 décembre 1998 ¹⁰¹¹ (art. 26), déclaration au greffe ¹⁰¹². Dans chacune de ces hypothèses, une fois saisi, le juge doit d'abord « *s'efforcer de concilier les parties* » ¹⁰¹³ et seulement en cas d'échec, trancher leur différend ¹⁰¹⁴. La conciliation doit, en principe, être menée directement par le juge, le cas échéant dans son cabinet ¹⁰¹⁵. Mais nous verrons que celle-ci peut désormais également être conduite par un « *conciliateur, désigné sans formalité particulière par le juge avec l'accord des parties* » ¹⁰¹⁶. Ces dispositions répondent à la volonté de maintenir le tribunal d'instance dans son rôle de juridiction de proximité, de justice du quotidien, comme l'étaient ses ancêtres les justices de paix, dans son champ de compétence particulier qui est celui des litiges de faible valeur. Cependant, on peut craindre qu'avec la création des juridictions de proximité par la loi du 9 septembre 2002, ce rôle de juridiction de proximité soit quelque peu remis en cause puisque expressément confié à ces nouveaux juges. Ainsi, en vertu de l'article 8 de la loi, qui crée un nouvel article L. 331-3 du Code de l'organisation judiciaire, il est mentionné que « *En matière civile, la juridiction de proximité [...] se prononce après avoir cherché à concilier les parties par elle-même ou, le cas échéant et avec l'accord de celles-ci, en désignant une personne remplissant les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat* ».

- 30 **247. Conseil de prud'hommes** - Devant le conseil de prud'hommes, le préalable de conciliation est également intégré à l'instance contentieuse dont il constitue une première phase obligatoire, puisque aucune affaire ne peut être jugée sans avoir été préalablement soumise au bureau de conciliation ¹⁰¹⁷. Le non-recours au préliminaire de conciliation devant le bureau de conciliation, qui constitue une exception de nullité pour vice de forme, entraîne une nullité d'ordre public de la procédure ¹⁰¹⁸.

31 Toutefois, dans certaines hypothèses, les parties sont exonérées d'avoir à respecter cette formalité préalable. Ainsi, les demandes nouvelles dérivant du même contrat de travail peuvent être introduites à tous les stades de la procédure, même en appel, sans que puisse être opposée l'absence de tentative de conciliation, sous réserve du respect du principe du contradictoire. Le même sort est réservé aux demandes reconventionnelles ou en compensation concernant le contrat de travail litigieux ¹⁰¹⁹. D'autres catégories de demandes peuvent être directement portées devant le bureau de jugement. Tel est le cas par exemple d'une demande de requalification d'un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée ¹⁰²⁰ (C. trav., art. L. 122-313) ou encore d'une demande de requalification d'une mission d'intérim en contrat à durée indéterminée ¹⁰²¹ (C. trav., art. L. 124-7-1). Cet assouplissement de l'exigence d'une tentative préalable de conciliation transparaît même à travers la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation. Ainsi, dans un arrêt du 18 novembre 1998 ¹⁰²², la Cour a pu décider que : « *N'encourt pas la nullité, pour absence de conciliation préalable, un jugement du conseil de prud'hommes dès lors qu'il ressort des mentions du jugement que l'omission du préliminaire de conciliation a été réparée avant toute forclusion et qu'après l'échec de la tentative de conciliation, les parties ont été invitées à s'expliquer sur le fond en sorte que la régularisation n'a laissé subsister aucun grief* ». L'exception d'omission de conciliation doit être soulevée *in limine litis* et est irrecevable pour la première fois devant la Cour de cassation ¹⁰²³.

32 **248. Tribunal paritaire de baux ruraux** - Enfin, devant le tribunal paritaire de baux ruraux, le préalable de conciliation est mené par la juridiction toute entière, dans sa formation collégiale ¹⁰²⁴ (NCPC, art. 887 al. 1^{er}). Dans un arrêt de sa troisième chambre civile du 15

février 1978 ¹⁰²⁵, la Cour de cassation a vu dans ce préalable obligatoire « *une formalité nécessaire à la régularité de la procédure subséquente* » et a considéré qu'il « *doit être fait droit à la fin de non-recevoir soulevée par l'une des parties* » en cas de défaut de tentative préalable de conciliation devant cette juridiction. Cette formalité, dont le non-respect constitue une fin de non-recevoir, n'est cependant pas d'ordre public ¹⁰²⁶.

2°. Obligations légales de contracter propres à certaines matières

- 33 Les matières à l'égard desquelles le législateur a souhaité maintenir une obligation légale de contracter aux fins de conciliation sont le divorce ainsi que la saisie des rémunérations.
- 34 **249.Divorce pour faute ou pour rupture de la vie commune** - Un préalable de conciliation obligatoire a été institué en matière de divorce pour rupture de la vie commune ou pour faute (C. civ., art. 251 al. 1^{er}) devant le tribunal de grande instance ¹⁰²⁷. Ce préalable est mis en œuvre par le juge aux affaires familiales chargé de connaître de ces procédures depuis la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 ¹⁰²⁸, loi qui l'a substitué à l'ancien juge aux affaires matrimoniales. La mission générale de ce magistrat est de « *tenter une conciliation entre les époux avant ou pendant l'instance* » ¹⁰²⁹. L'objet de la conciliation est de tenter de faire renoncer les époux au divorce ou, tout au moins, d'essayer de les amener à en régler les conséquences à l'amiable -notamment en ce qui concerne les enfants -par des accords dont le tribunal pourra tenir compte dans son jugement ¹⁰³⁰. Le non-respect du préalable de conciliation entache la procédure de divorce d'une nullité d'ordre public que le juge peut relever d'office et qui peut être soulevée pour la première fois devant la Cour de cassation ¹⁰³¹. Cette formalité est donc

constitutive d'une exception de nullité pour vice de forme, d'ordre public.

35 **250.Saisie des rémunérations** -Enfin, en matière de saisie des rémunérations ¹⁰³², l'article R.145-9 du Code du travail, dans sa rédaction issue du décret n° 92-755 du 31 juillet 1992 ¹⁰³³ réformant les règles relatives aux procédures civiles d'exécution, précise que la saisie des rémunérations dues par un employeur est précédée, à peine de nullité, d'une tentative de conciliation devant le juge d'instance, en application des règles des articles R.145-9 et suivants du même code ¹⁰³⁴. On est donc ici, encore ici, en présence d'une exception de nullité pour vice de forme.

36 **251.Conclusion** – Le maintien, au sein du nouveau code de procédure civile, de formes de conciliation impératives, autrement dit d'obligations légales de contracter aux fins de conciliation, le plus souvent assorties de sanctions procédurales sévères en cas d'inexécution, fait état de la croyance du législateur que la contrainte est une technique encore appropriée pour convaincre des parties de tenter de se rapprocher. Certes, le fait que ces obligations légales ne concernent que certaines matières isolées ou certaines juridictions d'exception montre également que le législateur a conscience de la relativité de ce procédé ou plus spécialement de ses limites : l'obligation peut se transformer en une pure formalité à laquelle les parties ne se soumettent que pour échapper à la sanction qui les menace en cas d'inexécution, sans aucune intention de se concilier. Cette prise de conscience que la contrainte n'est pas la panacée pour emporter la conviction chez les justiciables explique selon nous que le législateur ait préféré lui substituer une autre technique : le recours aux contrats-types réglementaires facultatifs dont la conclusion est purement facultative.

SECTION II – LES CONTRATS-TYPES RÉGLEMENTAIRES FACULTATIFS

- 37 **252. *La conciliation généralisée et facultative*** - Prenant acte de ce que le recours à la contrainte ne constituait pas la meilleure méthode pour convaincre les justiciables de l'intérêt qu'ils ont à tenter de se concilier, les pouvoirs publics ont décidé de changer de technique pour lui en préférer une beaucoup plus libérale, qui tout à la fois généralise la conciliation et la rend simplement facultative. L'objectif est alors de développer une justice négociée à côté de la justice imposée et non plus préalablement à celle-ci. A cette fin, la conciliation n'est plus limitée à la période qui précède l'instance ¹⁰³⁵ ; elle est peu à peu intégrée à celle-ci, jusqu'à en faire pleinement partie, au point de devenir l'un des éléments constitutifs de l'office du juge. Ce mouvement d'intégration, qui s'observe dès le début du vingtième siècle, parviendra à son apogée avec le nouveau code de procédure civile. L'espoir est que, ce faisant, la justice s'humanise et s'enrichisse de réponses judiciaires nouvelles.
- 38 **253. *La conciliation : remède à l'encombrement des juridictions ?*** - De manière plus pragmatique et moins ambitieuse, la conciliation est aussi perçue comme un moyen qui permettrait de remédier à l'encombrement des juridictions civiles et d'accélérer le traitement des litiges : « *la lenteur des procédures [est] perçue comme un mal absolu qu'il [convient] d'éradiquer afin de rendre à la justice sa crédibilité et son efficacité* » ¹⁰³⁶ . Même si les pouvoirs publics refusent de l'admettre, il existe pourtant bien un lien entre cette volonté croissante de promouvoir les modes alternatifs de règlement des conflits et la crise que traverse alors le service public de la justice ¹⁰³⁷ .

- 39 **254. La conciliation : technique processuelle de règlement des litiges** – La conception que le législateur a de la conciliation a évolué. Elle est moins perçue comme un mode idéal de règlement des conflits que comme une *technique processuelle* qu'il convient de promouvoir, parmi et à côté des autres techniques du procès, car destinée comme celles-ci à rendre, mieux, la justice. A ce titre, elle est transformée en formule *standardisée* de règlement des litiges ou contrat-type, que les parties sont invitées à adopter en cours d'instance.
- 40 La transformation de la conciliation en formule type ou standard de contrat ne s'est pas réalisée en une seule fois. On distingue, en effet, plusieurs étapes qui correspondent à l'intégration progressive de la conciliation à l'instance, ou marche vers la standardisation de la conciliation **(A)**, puis à son intégration pleine et entière à l'office du juge, ou parachèvement de sa standardisation **(B)**. Cette dernière étape est d'importance car elle confère au juge un rôle particulièrement actif dans la promotion de la conciliation au sein de l'instance : non plus seulement chargé d'appliquer ou d'interpréter la loi, il est désormais également chargé, par le législateur, de promouvoir auprès des justiciables des institutions légales ou réglementaires, spécialement, l'institution de la conciliation judiciaire.

A. La marche vers la standardisation de la conciliation

- 41 **255. Instrumentalisation de la conciliation ; Intégration progressive à l'instance** – A partir du vingtième siècle, on constate que parmi les nombreux textes adoptés en vue de réformer le droit judiciaire privé, qui ont précédé le nouveau code de procédure civile, beaucoup se sont efforcés, directement ou indirectement, de faire de la conciliation un *outil* mis à la disposition du juge pendant le

déroulement de l'instance afin qu'il puisse y recourir chaque fois que cela lui semblait opportun. La conciliation n'était plus cantonnée à la période pré-contentieuse ; elle faisait ses premières apparitions pendant le déroulement du procès, alors même que le juge était déjà saisi du litige aux fins de jugement ¹⁰³⁸ . Depuis lors, l'intégration de la tentative de conciliation à l'instance judiciaire n'a jamais été remise en cause.

- 42 **256.Décret-loi du 30 octobre 1935** - C'est le décret-loi du 30 octobre 1935 ¹⁰³⁹ (Art. 1^{er}) qui procéda à l'entrée de la conciliation dans l'instance judiciaire, en ajoutant au Code de procédure civile un article 58 bis : « *En tout état de cause, les parties pourront être convoquées en personne par le juge chargé de suivre la procédure, en vue d'une nouvelle tentative de conciliation. La même faculté appartiendra au tribunal en chambre du conseil* ». Ces dispositions sont directement inspirées des propositions de la Commission instituée en 1934 dont la mission était de préparer la révision du Code de procédure civile. A cette époque, le préliminaire de conciliation n'avait pas encore été supprimé, mais en raison de la faiblesse de ses résultats, cette issue semblait déjà depuis longtemps inévitable. Ce texte conféra donc au juge chargé de suivre la procédure – magistrat spécialisé qu'elle instituait dans le même temps ¹⁰⁴⁰ -le pouvoir de convoquer les parties en personne tout au long de l'instruction de l'affaire, en vue d'une tentative de conciliation. Puis, dans l'hypothèse où la conciliation n'aurait pas été tentée pendant cette période ou bien aurait échoué, le tribunal, réuni en chambre du conseil, se voyait à son tour doté du pouvoir de tenter une telle mesure pendant l'audience des débats. Pour la première fois, la conciliation devenait un nouveau mode de règlement des litiges *possible en cours d'instance*, autrement dit - et pour reprendre l'expression d'un magistrat – « *un mode processuel de règlement des litiges, parmi et à côté des autres voies procédurales* » ¹⁰⁴¹ .

43 **257.Loi du 9 février 1949** -La loi du 9 février 1949 ¹⁰⁴² persistait dans cette voie, peut-être d'ailleurs pour compenser la suppression de la « grande conciliation » à laquelle elle procédait. C'est ainsi que la loi substitua « *complètement la conciliation facultative en cours d'instance à la conciliation préalable obligatoire* » ¹⁰⁴³ . L'abrogation des articles 48 à 58 bis du Code de procédure civile fut immédiatement compensée par la modification du dernier alinéa de l'article 80 du même code qui disposait que « *Le juge chargé de suivre la procédure aura la faculté en tout état de cause et jusqu'à l'ouverture des débats, de tenter la conciliation des parties. A partir de l'ouverture des débats, cette faculté appartiendra au tribunal en chambre du conseil* ». La tentative facultative de conciliation se trouvait désormais consacrée au sein des dispositions relatives à la procédure d'instance, « *où se trouve sa place logique* » ¹⁰⁴⁴ . Elle constituait une mesure de plus, parmi les mesures que le juge chargé de la procédure pouvait ordonner. Rien n'était dit sur la nécessité que les parties se présentent en personne à l'audience de conciliation, ce qui laissait supposer qu'elles pouvaient se faire représenter. Un auteur ¹⁰⁴⁵ préconisa, à ce propos, que la mesure de conciliation soit cumulée avec une mesure ordonnant la comparution personnelle des parties. De cette combinaison, en effet, « *la conciliation en cours d'instance pourrait puiser quelque vitalité* » ¹⁰⁴⁶ .

44 **258.Décret du 22 décembre 1958** - Il semble que le décret n° 58-1289 du 22 décembre 1958 ¹⁰⁴⁷ relatif à certaines modifications en matière de procédure civile, ait pris acte de ce vœu puisqu'il modifia le dernier alinéa de l'article 80 du Code de procédure civile en ce sens : la conciliation était expressément rattachée à l'audition des parties - mesure d'instruction que le juge chargé de suivre la procédure pouvait ordonner en tout état de cause - ou plus exactement, y était présentée comme l'une de ses finalités ¹⁰⁴⁸ .

Ainsi disposait le nouvel article 80 : « *Le juge chargé de suivre la procédure aura la faculté, jusqu'à l'ouverture des débats, d'entendre les parties qui pourront être assistées de leurs avocats et de tenter de les concilier. Si les parties ou l'une d'elles ne se présentent pas, le juge en fera mention dans le rapport qu'il doit soumettre au tribunal [...]. A partir de l'ouverture des débats, la faculté d'entendre les parties, dans les conditions fixées à l'alinéa précédent, et de les concilier si faire se peut, appartiendra au tribunal en chambre du conseil. [...]* ». La comparution personnelle des parties était désormais exigée, sous peine d'inscription au dossier, car elle était considérée comme nécessaire pour favoriser la conciliation.

- 45 **259.Décret du 13 octobre 1965** -Ces dispositions ont été reprises par le décret n° 65-872 du 13 octobre 1965 ¹⁰⁴⁹ modifiant certaines dispositions du Code de procédure civile et relatif à la mise en état des causes, qui, en substituant le juge des mises en état au juge chargé de suivre la procédure, donna à ce nouveau magistrat spécialisé le même pouvoir de concilier les parties en tout état de la procédure (C. proc. civ., nouvel art. 81-3), pouvoir que le texte conféra également au juge rapporteur, puis à la formation de jugement toute entière après l'ouverture des débats.
- 46 **260.Conclusion** - A la veille du nouveau code de procédure civile, on observe que la conciliation faisait pleinement partie de l'instance judiciaire, mais dans le cadre d'une procédure déterminée : l'instance contentieuse devant le tribunal de grande instance. La conciliation devenait peu à peu une technique alternative de règlement des litiges, même si elle était encore exclusivement réservée à la juridiction de droit commun du premier degré. Elle s'apparentait à une formule standardisée de règlement amiable des conflits devant le tribunal de grande instance proposée à tous les justiciables en vue de les inciter à se rapprocher. Il faut attendre la

promulgation du nouveau code pour que cette technique processuelle soit étendue aux autres juridictions de l'ordre judiciaire et que, ce faisant, le phénomène d'intégration de la conciliation à l'instance judiciaire et de standardisation de l'institution soit parachevé et généralisé.

B. Parachèvement de la standardisation de la conciliation

- 47 C'est par son intégration pleine et entière dans l'office du juge et sa généralisation à toutes les instances judiciaires (1°) que la conciliation accéda au statut d'institution standardisée ou de contrat-type (2°). Mais, malgré les espoirs véhiculés par cette transformation, la pratique s'est révélée décevante et l'office du juge irréaliste, ce dernier ne pouvant assumer la nouvelle mission qui lui était impartie, faute de temps et de moyens (3°).

1°. Intégration de la conciliation à l'office du juge et conséquences

- 48 **261.La conciliation, principe directeur du procès civil** - C'est le décret n° 73-1122 du 17 décembre 1973 ¹⁰⁵⁰, deuxième des quatre décrets « *instituant de nouvelles règles de procédure destinées à s'intégrer dans le nouveau code de procédure civile* » ¹⁰⁵¹, qui est à l'origine de la généralisation de la conciliation à toute la procédure civile et de sa consécration en principe directeur de l'instance. En effet, ce décret modifia son prédécesseur, le décret n° 71-740 du 9 septembre 1971, en lui ajoutant un article 19-II qui dispose que : "*Il entre dans la mission du juge de concilier les parties*" ¹⁰⁵². Dans sa version finale, issue du décret n° 75-1123 du 5 septembre 1975 ¹⁰⁵³ -texte qui codifia les quatre décrets et institua le nouveau code de procédure civile cette disposition est devenue l'actuel article 21, lequel a été

complété par un titre VI consacré intégralement à la conciliation (NCPC, art. 127 et s.), applicable devant toutes les juridictions civiles et à tout moment de la procédure. Ces nouvelles dispositions ont fait dire à un auteur ¹⁰⁵⁴ qu'il y a, dans l'esprit du Code, « *un rêve de justice* » qui consiste en « *un mélange assez intuitif d'idéalisme et de réalisme, un grain d'utopie à la clé* ». Retouchée en vue d'être mise en valeur, via une « *proclamation un peu solennelle* », la conciliation traduit la volonté du Code d'affirmer qu'elle « *n'est pas liée à une phase de la procédure [...] mais qu'elle constitue, pour le juge, à tout moment, une mission (c'est-à-dire tout à la fois un pouvoir et un devoir), une vocation naturelle, inhérente à son office* ».

49 **262. Conciliation de droit commun et nouvel office du juge -**

L'intégration de la conciliation à l'instance et sa consécration en principe directeur du procès l'ont érigé en conciliation de droit commun faisant partie de l'office du juge, au même titre que sa mission juridictionnelle première. L'office du juge est donc devenu double : trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables ¹⁰⁵⁵ (NCPC, art. 12 al. 1^{er}) mais également, concilier les parties ¹⁰⁵⁶ (NCPC, art. 21). Ces deux missions sont présentées comme deux *modalités* ou *techniques* différentes pour parvenir à la même fin : le règlement des litiges. Elles peuvent être exercées simultanément, successivement ou exclusivement ¹⁰⁵⁷.

50 **263. La conciliation de droit commun, pouvoir et devoir du juge -**

Le nouveau statut ainsi conféré à la conciliation fait de cette institution non plus seulement un des pouvoirs du juge mais également un de ses devoirs. Le juge ne doit pas se borner à adopter une attitude passive : il doit prendre des initiatives opportunes pour susciter la conciliation ¹⁰⁵⁸. Sa nouvelle mission ne consiste pas seulement à concilier, si les parties l'acceptent ; elle suppose également et préalablement une activité de promotion de l'institution auprès des

justiciables. De juge de jugement, le juge est censé se transformer en *juge-promoteur* de la conciliation en vue de devenir *in fine* *juge-conciliateur*.

- 51 **264. La conciliation de droit commun, droit des justiciables ?** - On en déduit que si des parties demandent au juge, de leur propre initiative, de les concilier, celui-ci ne devrait en principe pas pouvoir le leur refuser, sous peine de déni de justice ¹⁰⁵⁹. L'intégration de la conciliation dans l'office du juge se serait alors accompagnée de la création dans le patrimoine de tout justiciable, d'un *droit* à la conciliation.

2°. Standardisation de l'institution

- 52 La standardisation « *se traduit par l'utilisation de plus en plus fréquente de contrats ou de clauses types* » ¹⁰⁶⁰. Aussi, affirmer que la conciliation a été standardisée du fait de son intégration dans l'office du juge suppose qu'on l'assimile à un contrat-type.
- 53 **265. Assimilation de la conciliation de droit commun à un contrat-type réglementaire** - Ce qui caractérise le contrat-type est son caractère général et impersonnel ainsi que sa vocation à être repris dans de multiples contrats individuels ¹⁰⁶¹. A ce titre, il constitue un modèle ¹⁰⁶², un référent ¹⁰⁶³ adressé à tous ceux qui envisagent de conclure le contrat qu'il propose. Si le contenu du contrat-type peut avoir un caractère impératif, autrement dit s'imposer dans tous ses termes aux parties et n'autoriser aucune modification, en revanche, sa conclusion est toujours facultative.
- 54 **266. Caractère facultatif** - On retrouve le caractère facultatif du contrat-type avec la conciliation de droit commun. En effet, les articles 21 et 127 et suivants du nouveau code de procédure civile, font de la conciliation un mode processuel facultatif pour le juge

comme pour les parties ¹⁰⁶⁴ : pour le juge d'une part, qui est libre de la proposer, sauf dispositions particulières, aux lieu et moment qu'il estime favorables ; pour les parties d'autre part, qui sont libres d'accepter ou de refuser la proposition du juge, comme elles sont libres de tenter elles-mêmes ou non, spontanément, une conciliation en cours d'instance. Le juge comme les parties disposent donc d'une certaine marge d'appréciation quant à l'opportunité de recourir à une procédure de conciliation.

55 **267. *Caractère général et impersonnel*** - La vocation du contrat-type à s'appliquer à de multiples cas particuliers, autrement dit son caractère général et impersonnel se retrouve encore avec la conciliation de droit commun. L'insertion des articles relatifs à la conciliation de droit commun dans le Livre premier du nouveau code de procédure civile relatif aux dispositions communes à toutes les juridictions confirme la vocation de la conciliation à être mise en œuvre devant toutes les juridictions judiciaires, de droit commun comme d'exception, ainsi qu'en toutes matières, sans qu'aucun texte particulier n'ait à le prévoir ou le rappeler expressément. Tous les justiciables sont autorisés à y recourir : à cette fin, il leur suffit de s'accorder sur le principe du contrat à conclure – un contrat de conciliation judiciaire – ou de s'en approprier les termes dans une convention individuelle, qui tiendra plus spécialement compte de l'objet du litige qui les oppose.

56 **268. *Nature réglementaire*** - Enfin, la nature réglementaire de la conciliation de droit commun ne s'oppose pas à son assimilation au contrat-type. Le propre du contrat-type est en effet qu'il peut aussi bien être l'œuvre des parties contractantes que d'une tierce personne privée ou publique. Nous avons souligné à ce propos que l'Administration avait d'ailleurs de plus en plus souvent recours à la technique des contrats-types pour diriger certains secteurs d'activité

¹⁰⁶⁵. Le recours à de tels instruments juridiques permet à l'Administration de faciliter, soit le respect par les parties contractantes de dispositions légales impératives, soit l'imposition de certaines normes particulières ¹⁰⁶⁶. Dans cette hypothèse, les contrats-types sont dits *administratifs* ou *réglementaires* et ont une nature réglementaire ¹⁰⁶⁷. Il s'ensuit que la nature réglementaire de la procédure de conciliation de droit commun, loin d'empêcher la qualification de contrat-type, autorise au contraire une qualification plus fine en contrat-type administratif ou contrat-type réglementaire.

- 57 **269. Standardisation de la conciliation et essor du concept contractuel au sein de l'instance judiciaire** - L'intérêt pour le législateur d'avoir donné à la conciliation la forme d'un contrat-type réglementaire est que cela lui garantit que lorsque les justiciables régleront leurs différends à l'amiable en cours d'instance, ils le feront dans des conditions standardisées et, ce faisant, conformes aux impératifs de la procédure civile ¹⁰⁶⁸. Par ce procédé, le législateur associe la souplesse de la forme contractuelle à la fermeté de la norme réglementaire ; il fait une place à la liberté contractuelle des parties dans le procès, tout en l'encadrant par des dispositions plus ou moins contraignantes. A ce propos, un auteur ¹⁰⁶⁹ fait observer qu'effectivement, le contrat-type administratif est « *le règlement le plus facile à observer ; l'un des plus efficaces pour diriger les contrats* ». Le recours aux formules types de contrat permet ainsi au législateur de conserver une certaine maîtrise du traitement amiable des différends en cours d'instance, tout en laissant aux parties une certaine marge de manœuvre. Le recours aux contrats-types emporte donc tout à la fois standardisation de l'institution de la conciliation et essor du concept contractuel ¹⁰⁷⁰ au sein de l'instance judiciaire.

- 58 En standardisant ainsi la conciliation, le législateur espérait augmenter les chances que l'institution se développe et réponde aux espoirs dont elle était jadis porteuse. La pratique montrera, malheureusement, que le juge ne parviendra pas à remplir son nouvel office, en définitive irréaliste.

3°. Irréalisme du nouvel office du juge

- 59 **270. Indisponibilité des magistrats** - Malgré les efforts du législateur et l'innovation réalisée par le nouveau code de procédure civile, le juge n'est jamais parvenu à remplir la double mission de son office - concilier et juger au détriment de la conciliation, faute de temps, de moyens et de disponibilité ¹⁰⁷¹. La conciliation est avant tout un « état d'esprit » ¹⁰⁷² qui nécessite en effet du temps et de la patience, ce que les magistrats ne sont pas en mesure d'offrir aux justiciables en raison de l'encombrement des juridictions ¹⁰⁷³.
- 60 **271. Critiques doctrinales** - Qui plus est, l'intégration de la conciliation dans l'office du juge n'est pas unanimement appréciée par la doctrine. De nombreux auteurs font part de leur scepticisme sur l'aptitude du juge à être aussi sensible à la directive de l'article 21 du nouveau code qu'au renforcement des moyens mis à sa disposition pour trancher le litige et adjuger à chacun ce que les règles de droit lui attribuent ¹⁰⁷⁴. En « diluant » ainsi la conciliation dans l'office général du juge, ils craignent que l'on fasse perdre, en définitive, de son intensité et de sa spécificité ¹⁰⁷⁵ à l'institution de la conciliation. Enfin, certains auteurs contestent clairement que le juge soit la personne la mieux placée pour suggérer aux parties une solution amiable à leur litige. Cette dualité d'étiquette ne peut, selon eux, qu'amener les parties à se méprendre sur la nature et le régime juridiques de la procédure amiable, ou à tout le moins sur ceux de leur accord, et d'analyser cette voie, bien qu'amiable et

conventionnelle, comme un mode autoritaire parce que proposée par l'autorité judiciaire ¹⁰⁷⁶. La frontière entre solution imposée et solution proposée devient encore plus ténue lorsque c'est du juge que celle-ci émane.

61 **272. Conclusion** – La faiblesse des résultats engendrés par la conciliation de droit commun a conduit les pouvoirs publics à rechercher une autre voie, une autre méthode capable d'assurer enfin l'essor de la conciliation judiciaire. Prenant acte de ce que ni la contrainte, ni la standardisation entre les mains du juge n'apportaient leurs fruits, le législateur s'est orienté vers une nouvelle forme de conciliation judiciaire : la conciliation déléguée ou retenue ¹⁰⁷⁷. Cette dernière forme de conciliation est née d'une pratique judiciaire menée dans quelques juridictions, à l'initiative de certains magistrats et appelée *médiation*.

62 Cette pratique, longtemps restée sans fondement juridique véritablement approprié, consistait pour le juge à désigner, si le litige s'y prêtait et surtout si les parties y consentaient, une tierce personne afin que celle-ci tente de rapprocher leurs points de vue antagonistes. En d'autres termes, avec la *médiation*, le juge pouvait déléguer temporairement l'exercice de sa mission de conciliation à un tiers. Le risque d'une telle délégation, en l'absence de texte, est qu'elle ne se transformât en un véritable désistement, de la part du juge, d'une partie de son office. Aussi, pour empêcher une telle dérive, le législateur est intervenu afin d'encadrer cette pratique et de lui apporter un minimum de garanties, notamment en mettant l'accent sur le contrôle permanent que le juge doit exercer sur la mission du tiers qu'il a désigné aux fins de tenter de concilier les parties. Cet encadrement juridique est le fait de la loi n° 95-125 du 8 février 1995, qui a institué la *conciliation et la médiation judiciaires*. Le détail des dispositions qui organisent ces procédures ainsi que leur

caractère impératif nous autorise à les analyser à leur tour en formules de contrats ou contrats-types réglementaires, mais cette fois-ci de caractère obligatoire.

SECTION III – LES CONTRATS-TYPES RÉGLEMENTAIRES OBLIGATOIRES

63 **273.** Plus couramment appelée médiation ¹⁰⁷⁸, cette nouvelle forme de conciliation judiciaire est un mode de règlement des litiges qui vient compléter « *le triptyque formé par la conciliation, l'amicable composition et la procédure contentieuse traditionnelle de règlement des litiges par voie de jugement* » ¹⁰⁷⁹. Institutionnalisées par la loi n° 95-125 du 8 février 1995 **(B)**, la conciliation et la médiation judiciaires retenues ou déléguées ne sont pour autant pas nées de ce texte, mais de la pratique de certains magistrats **(A)**. C'est donc spontanément que les magistrats se sont posés en intermédiaires entre le législateur et les justiciables aux fins de promouvoir l'institution de la conciliation. C'est tout autant spontanément qu'ils ont eu recours à la méthode des formules types pour parvenir à leurs fins. Il s'ensuit que si la conciliation de droit commun n'a pas eu les résultats escomptés, c'est moins parce que les juges n'ont pas su remplir leur mission de promoteurs de la conciliation ¹⁰⁸⁰, que parce qu'ils n'ont pas pu remplir leurs fonctions de juge-conciliateur.

A. Origine prétorienne du contrat-type obligatoire de médiation judiciaire

64 **274. Premières décisions** - La loi du 8 février 1995 et son décret d'application du 22 juillet 1996 consacrent une pratique judiciaire ancienne ¹⁰⁸¹, qualifiée par les juges de médiation ¹⁰⁸², dont le premier exemple contemporain est probablement la nomination, par ordonnance de référé, d'un *expert-consultant* en 1968 par Pierre Bellet, alors Président du Tribunal de grande instance de la Seine,

pour tenter de dénouer la situation de crise résultant de l'occupation des usines Citroën par des grévistes ¹⁰⁸³. Après cette affaire, les décisions ordonnant la nomination de médiateurs se sont succédées ¹⁰⁸⁴, en particulier en provenance du Tribunal de grande instance ¹⁰⁸⁵ et de la Cour d'appel de Paris ¹⁰⁸⁶.

65 **275. Fondement normatif** - En l'absence de dispositions réglementaires adaptées pour fonder leurs décisions, les juges s'appuyèrent alors sur une interprétation extensive de l'article 21 du nouveau code de procédure civile, qui donne mission générale au juge de concilier les parties... sans préciser les moyens à mettre en œuvre pour y parvenir ¹⁰⁸⁷. Cette pratique fut avalisée par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation qui reconnut expressément, dans un arrêt du 16 juin 1993 ¹⁰⁸⁸ la validité de telles médiations, considérées comme des modalités de conciliation : « *La médiation, dont l'objet est de procéder à la confrontation des prétentions respectives des parties en vue de parvenir à un accord proposé par le médiateur, est une modalité particulière d'application de l'article 21 du nouveau code de procédure civile tendant au règlement amiable des litiges et, par voie de conséquence, exclusive de tout pouvoir juridictionnel dont le juge ne peut être investi par les parties que par leur volonté commune exprimée en ce sens de manière certaine dans les termes des articles 12 et 58 du nouveau code de procédure civile* ».

66 **276. La médiation, mode de règlement des conflits du quotidien** - Ainsi, à côté de quelques procès médiatiques ¹⁰⁸⁹, ce sont surtout des exemples de médiations intervenues dans des conflits du quotidien qui alimentèrent la jurisprudence ¹⁰⁹⁰.

67 Par exemple, en matière de rapports locatifs, le Tribunal de grande instance de Paris a pu ordonner une médiation judiciaire ¹⁰⁹¹ à l'occasion d'un litige opposant un propriétaire à ses bailleurs, dont il réclamait l'expulsion ainsi que la condamnation à restituer une

portion des parties communes qu'ils s'étaient appropriée indûment. Juridiquement très complexe, le litige n'était en réalité que la conséquence de la rupture des liens d'amitié étroits entre les parties. Un procès contentieux aurait duré de nombreuses années : devait-on s'engager dans cette voie alors que la cause du litige était plus affective et passionnelle que juridique ? La médiation a permis que l'affaire soit réglée très rapidement, malgré la technicité de la situation : un accord de principe, intervenu en octobre 1988, fut entériné le 28 mars 1989 ¹⁰⁹². Des médiations ont également été ordonnées en appel ¹⁰⁹³. En effet, il n'est pas rare qu'avec le temps, les parties prennent finalement conscience des lourdeurs du procès, des conséquences désastreuses qu'il est susceptible de provoquer sur les plans financier et humain et décident alors d'y mettre un terme en tentant de se concilier.

- 68 **277. *Emergence d'un modèle prétorien type de médiation*** - A la lecture des décisions jurisprudentielles ordonnant ces médiations, on observe que se dégage une sorte de *modèle de décision type* que l'on retrouve d'un jugement à l'autre, et qui dégage un certain nombre de principes directeurs.
- 69 Ainsi, le médiateur est désigné *intuitu personae*, car il doit susciter la confiance du juge et des parties ¹⁰⁹⁴. Sa mission est précisée - entendre les parties, confronter leurs points de vue respectifs et, au besoin, procéder à la négociation préliminaire d'un protocole d'accord en proposant les termes d'une solution convenue et amiable du litige -et cantonnée dans un délai impératif ¹⁰⁹⁵. A la fin de sa mission, le médiateur doit informer le juge de l'issue de la médiation sans divulguer les informations éventuellement échangées par les parties pendant la mesure. En cas d'échec, le juge est tenu de poursuivre l'instance contentieuse, sans retard et en fonction des seuls éléments de fait et de droit qui lui avaient été

présentés avant la médiation. En cas de médiation, même partielle, les parties peuvent demander au juge d'entériner le contenu de leur accord ¹⁰⁹⁶ .

- 70 **278. Les principes directeurs du modèle prétorien type de médiation** – Se trouvent ainsi consacrés dans ces décisions les principes directeurs clefs de la médiation : le principe de confidentialité et de célérité, le principe d'homologation de l'accord des parties ainsi que son caractère facultatif, l'obligation d'impartialité du magistrat en cas de persistance de points litigieux après la tentative de médiation, la prédétermination de la mission du médiateur par le magistrat ; le devoir général d'information du médiateur envers le juge...
- 71 **279. Standardisation de fait de la médiation** - L'apparition de ce modèle type fait état de la généralisation du recours spontané à la médiation par les magistrats, autrement dit, de sa standardisation *de facto*. Il ne fait donc plus de doute que cette pratique prétorienne répondait à un besoin réel ¹⁰⁹⁷ . D'où la nécessité de l'institutionnaliser. En effet, le rattachement de la médiation à l'article 21 présentait l'inconvénient d'aller au-delà de ce que permet véritablement ce texte, qui réserve la conciliation au seul juge, sans possibilité de déléguer ¹⁰⁹⁸ .
- 72 La marche vers l'institutionnalisation de la médiation sera accidentée. Deux échecs devront être essuyés avant de parvenir à la loi n° 95-125 du 8 février 1995.

B. Institutionnalisation du contrat-type obligatoire de médiation judiciaire déléguée

- 73 **280.** Prenant acte de la pratique judiciaire et dans le but de lui donner un fondement juridique approprié, les pouvoirs publics ont pris la décision d'institutionnaliser la médiation. Une proposition

suivie d'un projet de loi tous deux relatifs à la « *médiation judiciaire* » furent successivement soumis à la discussion des parlementaires au cours de l'année 1989 ¹⁰⁹⁹, mais l'un et l'autre sans succès (1°). Il faut attendre 1995 pour que ces projets voient enfin le jour et que soient consacrés, non seulement la médiation judiciaire, mais également la conciliation judiciaire déléguée à un tiers (2°).

1°. Premières tentatives d'institutionnalisation

- 74 L'ambition du législateur était, outre d'institutionnaliser et de consacrer une pratique judiciaire dans le nouveau code de procédure civile, de doter la médiation d'un cadre juridique et de principes directeurs de base, afin d'homogénéiser sa mise en œuvre devant les juridictions de l'ordre judiciaire et d'offrir aux justiciables un modèle de mode amiable de règlement des litiges tout particulièrement stable et protecteur de leurs intérêts.
- 75 **281. La proposition de loi du 11 janvier 1989** - La première tentative d'institutionnalisation de la médiation résulte de la proposition de loi n° 185 du 11 janvier 1989 présentée par le sénateur Jacques Larché et portant « *institution de la médiation judiciaire* ». L'exposé des motifs, rappelant la nécessité de désencombrer le rôle des juridictions civiles, présente ce texte comme la légalisation de la pratique spontanée du tribunal de grande instance et de la cour d'appel de Paris ¹¹⁰⁰. La médiation envisagée s'inspire sensiblement de la pratique judiciaire : le juge, qui reste saisi du litige qui lui a été soumis, y est chargé d'organiser la médiation, d'en déterminer le processus, d'en fixer les modalités et le délai dans lesquels elle doit être tentée. Enfin, le médiateur, tenu au secret, doit rendre compte au juge de l'issue de sa mission sans en dévoiler les termes ¹¹⁰¹. Cependant ce texte sera critiqué, en particulier sur le mode de rémunération du médiateur qu'il prévoit : à la charge des parties,

après arbitrage du juge, son montant est fixé après l'accomplissement de la mission du tiers ¹¹⁰² .

76 **282.Le projet de loi du 26 avril 1989** - Parallèlement, Pierre Arpaillage propose à son tour l'institutionnalisation de la médiation devant les juridictions judiciaires dans un projet de loi présenté à l'Assemblée Nationale le 26 avril 1989 ¹¹⁰³ . Aux termes de l'unique article du projet de loi : « *Les juges peuvent, même d'office, désigner une personne de leur choix, en qualité de médiateur, pour entendre les parties, confronter leurs prétentions et leur proposer une solution susceptible de les rapprocher* » ¹¹⁰⁴ . En vertu de ce projet, le juge des référés peut également procéder à la désignation d'un médiateur, « *en tout état de cause* » ; la rémunération de ce dernier est mise à la charge des parties ; le médiateur est tenu à l'obligation au secret vis à vis du juge saisi du litige ; la durée de la mission du médiateur est enfermée dans un délai relativement bref laissé à l'appréciation du juge.

77 Ce projet de loi sera accueilli avec réserves. Certains considérant inutile d'institutionnaliser une pratique qui a déjà fait ses preuves sans texte. D'autres craignant qu'une codification n'incite plus encore les juges à recourir à cette procédure et, ce faisant, à déléguer par trop leur office. « *L'originalité de la mesure réside dans l'intervention d'un tiers [...] qui va exercer une des fonctions incombant normalement au juge* » ¹¹⁰⁵ fait remarquer un auteur, avant de s'inquiéter de ce que « *la médiation constituera une délégation expressément autorisée d'un pouvoir du juge, celui de concilier les parties, [et] pourra être perçue par le juge comme une opportunité de se décharger sur un tiers du règlement d'un dossier* » ¹¹⁰⁶ .

78 Mais surtout, la principale critique adressée au projet de loi ¹¹⁰⁷ est qu'il confère au juge le pouvoir d'ordonner la médiation d'office, sans même s'être assuré du consentement des parties. L'hypothèse

que le juge puisse ainsi « *autoritairement renvoyer [les parties] devant un autre interlocuteur* » ¹¹⁰⁸ est désapprouvée, non seulement parce qu'elle est contraire au principe selon lequel tout justiciable a le droit d'être jugé, mais aussi parce que la médiation étant payante et la rémunération à la charge des parties, leur imposer une telle procédure irait à l'encontre du principe de gratuité de la justice. Enfin, la désapprobation repose encore sur le fait que le recours à la contrainte n'a jamais été véritablement compatible avec ce genre de procédure et n'est pas de son esprit. Ces diverses critiques expliquent en partie que le projet de loi ne soit pas allé au-delà de la discussion tenue en séance, à l'Assemblée Nationale, le 5 avril 1990 ¹¹⁰⁹ .

2°. La loi n° 95-125 du 8 février 1995

79 **283.** En instituant la médiation judiciaire, la loi n° 95-125 du 8 février 1995, consacrée dans le nouveau code de procédure civile par le décret n° 96-652 du 22 juillet 1996, réalise les projet et proposition de loi de 1989. Selon un parlementaire, l'intérêt de légiférer est que cela permet « *d'échapper aux risques de dérive [...] [d'] imposer l'obligation du secret au médiateur, [de] permettre le recours à l'aide juridictionnelle et [de] ramener la médiation dans un cadre judiciaire* » ¹¹¹⁰ . Avec ce texte, l'objectif est « *de rechercher une amélioration qualitative de la justice qui pourra entraîner une amélioration quantitative dont la nécessité est aujourd'hui absolue* » ¹¹¹¹ .

80 **284. Consécration du principe de délégation** - Par ce texte, le juge est désormais autorisé à désigner un tiers, si les parties l'acceptent, afin que ce dernier tente de parvenir à un accord entre elles. En d'autres termes, le juge est autorisé par la loi à déléguer l'exercice de sa mission générale de conciliation à un tiers. Nous avons déjà souligné que cette délégation d'exercice ne devait pas être interprétée comme

une désertion du juge ni comme une délégation d'une partie de son office ¹¹¹². Si la conciliation ou médiation n'est pas personnellement menée par le juge, elle reste néanmoins sous son étroit contrôle du début à la fin : le juge *supervise* la procédure de conciliation ou de médiation dont il doit assurer le bon déroulement. A cette fin, il exerce une *tutelle* qui se manifeste par l'attribution de pouvoirs et devoirs spécifiques ¹¹¹³ dont le plus révélateur est peut-être la faculté de mettre fin à tout moment à la procédure amiable, chaque fois qu'il estime son bon déroulement compromis.

- 81 **285.Légitimité du principe de délégation** - En libérant le juge de l'obligation de concilier lui-même les parties, en ne le contraignant plus de renoncer à ce mode amiable chaque fois qu'il ne dispose ni du temps ni des moyens nécessaires pour y procéder en personne, la loi du 8 février 1995 réalise une innovation fondamentale : à défaut de pouvoir mener lui-même la conciliation, le juge peut désormais proposer aux parties l'aide d'un tiers, tout en leur garantissant sa tutelle. L'indisponibilité du juge qui, jusque-là, empêchait purement et simplement toute tentative de conciliation judiciaire, ne constitue désormais plus un obstacle à sa mise en œuvre ; bien au contraire, elle légitime la délégation, par le juge, de l'exercice de sa mission de conciliation. Ce faisant, ce dernier, loin de démissionner de son office comme certains ont pu le craindre ¹¹¹⁴, le remplit au contraire de nouveau pleinement, même s'il le fait « *indirectement* » ¹¹¹⁵.

- 82 **286.Consécration des principes directeurs de la médiation judiciaire** – Plus encore, au-delà de la simple consécration du principe de délégation de la mission de conciliation du juge à un tiers, la loi du 8 février 1995 pose un certain nombre de principes directeurs propres aux procédures de conciliation et de médiation déléguées. Ces principes directeurs sont directement inspirés des principes

proposés par les modèles types de médiation issus de la jurisprudence. Ils confirment l'intention du législateur de vouloir encadrer ces procédures amiables et ce faisant, d'offrir aux justiciables un cadre stable leur assurant que leurs droits fondamentaux seront respectés. Ainsi, par comparaison avec le modèle prétorien, on observe que le pouvoir discrétionnaire du juge quant à la décision de désigner ou non un tiers, quant au choix de la personne du tiers et quant au contenu de sa mission est maintenu. Les principes de célérité de la procédure amiable et de confidentialité sont repris. Le devoir d'information du tiers envers le juge, sa soumission à diverses conditions de moralité, d'aptitude, d'indépendance et d'impartialité sont consacrés. Les modalités de rémunération du médiateur sont précisées. La faculté reconnue aux parties de faire homologuer leur accord, entérinée.

- 83 **287. Les contrats-types réglementaires de conciliation et de médiation judiciaires déléguées** - De prétorien, le modèle type devient alors réglementaire ; ce qui nous amène tout droit aux contrats-types. Conciliation et médiation judiciaires déléguées sont toutes deux des formules types de contrat proposées par le législateur à tous les justiciables en vue des les inciter à régler à l'amiable leur différend avec l'aide d'un tiers, sous contrôle du juge. Leur caractéristique est d'être particulièrement détaillées et précises, par opposition à la conciliation de droit commun dont le propre, au contraire, est de faire preuve d'une grande discrétion quant aux modalités à mettre en œuvre pour parvenir au règlement amiable du litige.
- 84 **288. Précision du contenu des contrats-types de conciliation et de médiation judiciaires déléguées : facteur de sécurité juridique** - La précision du contenu des contrats-types de conciliation et de médiation judiciaires déléguées est fondée précisément sur la délégation qu'elles organisent. Il convient en effet d'assurer aux

parties que la délégation de l'exercice de la conciliation à un tiers ne s'accompagnera pas d'une diminution des garanties dont elles auraient bénéficiées si la conciliation avait été menée par le juge. Aussi, les contrats-types prennent-ils le soin, par exemple, de préciser que le tiers doit répondre à diverses conditions d'aptitude et de moralité pour pouvoir être désigné par le juge. Il s'agit, par-là, d'assurer aux parties que la personne que se substituera le juge présentera des qualités personnelles et professionnelles satisfaisantes. Qui plus est, les contrats-types prévoient que pendant l'exécution de sa mission, le tiers fait l'objet d'un contrôle permanent du juge qui peut mettre fin à celle-ci à tout moment. La tutelle du juge sur le conciliateur ou médiateur fait donc état de l'existence d'un lien fonctionnel entre eux ¹¹¹⁶.

- 85 Ensuite, la précision du contenu des contrats-types de conciliation et de médiation judiciaires déléguées a pour finalité d'informer préalablement et clairement les parties des conséquences de leur décision si elles acceptent que la mission de conciliation soit confiée à un tiers par le juge. Parce que les parties qui s'engagent dans ce type de procédure se voient impartir un certain nombre d'obligations – confidentialité, loyauté, rémunération du médiateur, célérité de la procédure... – il importe qu'elles en aient connaissance avant de donner leur consentement afin que celui-ci soit véritablement éclairé. Il importe également qu'elles sachent quelles incidences peuvent avoir les procédures de conciliation ou de médiation judiciaires déléguées sur le cours de leur instance.
- 86 La prédétermination du contenu des contrats-types est donc facteur de sécurité juridique pour les parties : au-delà de l'information préalable à laquelle elle contribue, la pré-rédaction par l'Administration offre aussi la garantie que la procédure sera équilibrée, soit, en un mot, équitable. Enfin, la nature réglementaire

des contrats-types assure aux parties qu'elles pourront bénéficier, le cas échéant, d'un contrôle approfondi de leur contenu par la Cour de cassation si surviennent des difficultés lors de l'exécution de leur contrat individuel ¹¹¹⁷.

87 **289. Adhésion facultative, contenu impératif** - Les contrats-types de conciliation et de médiation judiciaires déléguées sont facultatifs dans le principe d'y recourir, mais impératifs dans leur contenu. Lorsque nous avons établi la nature contractuelle de ces procédures, nous avons souligné combien la nécessité, pour le juge, de recueillir le consentement des parties avant de les ordonner ne souffrait aucune exception ¹¹¹⁸. Le juge ne peut pas y recourir d'office ¹¹¹⁹. Le caractère facultatif de ces procédures persiste après leur engagement : les parties sont libres d'y mettre fin à tout moment, sous réserve que la rupture soit réalisée de bonne foi. En revanche, une fois que les parties ont donné leur accord sur le principe de recourir à l'un des contrats-types de conciliation ou de médiation judiciaire déléguée proposés par le nouveau code de procédure civile, elles s'engagent du même coup à en respecter les termes. L'adhésion à ce type de contrat porte sur tous ses éléments, elle doit être réalisée « en bloc » et ne permet ni la discussion, ni *a fortiori* la modification. Pour cette raison, les contrats-types de conciliation et de médiation judiciaires déléguées doivent être rangés dans la catégorie des contrats-types réglementaires de caractère obligatoire.

88 **290. Conclusion** - Le propre de la loi du 8 février 1995 est donc d'avoir institué des contrats-types de conciliation et de médiation judiciaires déléguées et ce faisant, d'avoir standardisé une nouvelle forme de conciliation judiciaire. Les espoirs mis dans cette institution résident d'une part, dans le métissage auquel elle procède en cumulant les caractéristiques des modes purement judiciaires et celles des modes para-judiciaires et, d'autre part, dans le recours à

des formules types de contrat dont le contenu, particulièrement détaillé et ouvertement destiné à rassurer les justiciables sur la protection de leurs intérêts, ne peut que contribuer à susciter l'adhésion.

- 89 **291. *Tendance au métissage des catégories processuelles entre elles*** – Sur le premier point, on observe en effet que d'un côté, la nature judiciaire des procédures de conciliation et de médiation déléguées garantit la supervision de leur déroulement par le juge et de l'autre, que la délégation de la mission de conciliation à un tiers garantit aux parties que la procédure amiable sera menée par un tiers spécialisé, disposant du temps, des moyens et de l'expérience nécessaires pour remplir correctement cette mission.
- 90 La loi de 1995 innove donc en cumulant les avantages de deux catégories processuelles distinctes ; en un mot, en créant un mode hybride de règlement des litiges : judiciaire dans son essence, la conciliation et la médiation de la loi de 1995 sont para-judiciaires dans leur exercice.
- 91 Cette attraction pour le *mélange des genres* n'est pas propre à la conciliation et la médiation judiciaires déléguées. En effet, nous allons voir que nombre de procédures de conciliation non-judiciaires se singularisent par la présence de certaines des caractéristiques des modes judiciaires juridictionnels – formalisme de la procédure, pouvoirs coercitifs du tiers etc. -ou bien encore par l'existence de liens étroits avec l'institution judiciaire, sous la forme, par exemple, d'une tutelle judiciaire.
- 92 Il semble donc que l'évolution conceptuelle de la conciliation aille aujourd'hui dans le sens du métissage des catégories processuelles, de la mixité, ce qui confère à l'institution une forme de souplesse, de malléabilité qui ne peut que contribuer, à notre sens, à son succès et à son essor.

- 93 **292. Efficacité du recours aux contrats-types réglementaires** - Sur le second point, on retiendra qu'en institutionnalisant une pratique judiciaire qui avait eu spontanément recours à la technique du contrat type pour promouvoir la médiation au sein des juridictions, la loi du 8 février 1995 confirme que ce procédé constitue le moyen le plus efficace de promotion des modes alternatifs de règlement des conflits. Plus encore, en prenant soin de doter la conciliation et la médiation judiciaires déléguées de principes directeurs impératifs et de les faire expressément figurer dans les dispositions des contrats-types, la loi de 1995 dote ces procédures d'un cadre juridique sécurisant et, de ce fait, à même d'emporter l'adhésion des justiciables. Pour ces diverses raisons, nous estimons que les procédures de conciliation et de médiation judiciaires déléguées ont toutes les chances de se développer harmonieusement et de contribuer à l'essor des modes alternatifs de règlement des litiges, en général.
- 94 **293. CONCLUSION DU CHAPITRE I** - Les techniques auxquelles ont dû recourir les pouvoirs publics pour tenter de promouvoir et de développer la conciliation et la médiation dans le cadre judiciaire sont d'une grande variété. Trois familles de techniques législatives ont été dégagées : la première, qui privilégie la contrainte sous la forme d'obligations légales de contracter ; la deuxième préservant au contraire au maximum la liberté contractuelle des parties, en faisant appel à des contrats-types facultatifs dont le contenu est particulièrement sommaire ; la troisième et dernière enfin, plus directive, qui, tout en laissant aux parties la plus grande liberté quant à la décision de souscrire ou non au modèle de contrat proposé, atténue néanmoins leur liberté de manœuvre quant à la détermination du contenu du contrat-type dont les dispositions sont, cette fois-ci, en grande partie impératives. Cette variété de

techniques de dirigisme contractuel fait état de la difficulté rencontrée par le législateur pour trouver la formule adéquate qui réponde aux besoins des justiciables : qui leur offre tout à la fois rapidité et facilité de mise en œuvre, efficacité et sécurité.

- 95 Le recours à la contrainte, avec la consécration d'obligations légales de conclure un contrat de pourparlers judiciaires aux fins de conciliation, n'a pas eu les résultats escomptés en raison de l'incompatibilité de cette technique avec l'esprit de la conciliation. Pourtant, malgré leur faible succès, de telles obligations légales persistent encore aujourd'hui, sous la forme de préalables de conciliation obligatoires organisés au seuil de l'instance contentieuse en certaines matières ou devant certaines juridictions.
- 96 La seconde technique utilisée fut de standardiser la conciliation en la généralisant à toute l'instance judiciaire et en l'intégrant à l'office du juge. L'intérêt de ce procédé a été d'ériger la conciliation en mode normal de règlement des litiges, aux côtés du mode juridictionnel et, ce faisant, de permettre son recours à tout instant. Cependant, la discrétion du législateur sur les moyens à mettre en œuvre en vue de parvenir à une solution amiable n'incita pas les parties à y recourir spontanément ; quant au juge, alors expressément chargé de promouvoir l'institution auprès des justiciables ou de mener personnellement la conciliation, il ne parvint pas à assumer son nouvel office, faute de temps et de disponibilité. D'où la nécessité de tenter une dernière voie : la standardisation d'un modèle plus structuré, offrant des garanties d'effectivité et de sécurité.
- 97 Avec la loi du 8 février 1995, le législateur a tenté de remédier aux causes d'insuccès de la conciliation de droit commun : pour que l'indisponibilité du juge ne soit plus un obstacle à la conciliation, le législateur a autorisé celui-ci à déléguer l'exercice de sa mission de conciliation à un tiers ; pour que le silence des textes ne soit plus la

porte ouverte à d'éventuels abus, le législateur a mis en place un cadre juridique qui organise le déroulement des pourparlers aux fins de conciliation ou de médiation et les dote de principes directeurs impératifs. Ce faisant, la loi de 95 a procédé à un métissage de deux catégories processuelles de règlements des litiges : la conciliation judiciaire et la conciliation para-judiciaire. Plus encore, en donnant à ce cadre juridique la forme d'un contrat-type réglementaire obligatoire, elle a confirmé que le recours à ce procédé était véritablement le moyen le plus sûr et le plus efficace pour promouvoir la conciliation au sein du palais.

- 98 Probablement pour cette raison, le recours aux contrats-types en vue de promouvoir la conciliation n'a pas été réservé au seul cadre judiciaire. Le juge n'a, en effet, pas été la seule personne investie d'une mission officielle de conciliation : cette fonction a également été confiée, conjointement, à une multitude d'organes ou institutions spécialisés, chargés de susciter la conciliation en dehors de toute instance judiciaire ¹¹²⁰. A partir des années soixante-dix, de nombreuses formes de *conciliations non-judiciaires* ¹¹²¹ sont apparues, instituées soit de manière parfaitement autonome et indépendante du monde judiciaire ¹¹²², soit en liaison avec celui-ci, mais sans pour autant dépendre de l'existence d'une instance judiciaire ¹¹²³. Les pouvoirs publics pensaient alors que par la multiplication des catégories et des pôles de conciliation, ils parviendraient à créer une justice de proximité et à répondre aux aspirations des justiciables. On observe alors que pour toutes ces hypothèses, sans exception, c'est toujours à la technique du contrat-type à laquelle le législateur a recouru, contrat-type facultatif ou contrat-type obligatoire. Sans prétendre tous les passer en revue – car cela dépasserait de loin l'objet de notre étude – nous estimons néanmoins que l'examen des principaux d'entre eux permettra de

rendre compte de la tendance générale actuelle de standardisation de la conciliation et de métissage des catégories processuelles entre elles.

NOTES

954. M.-D. PERRIN, Conciliation-médiation, LPA, 26 août 2002, n° 170, p. 4 et suiv. spéc. p. 9.

955. Seuls les litiges relevant de la compétence des tribunaux de district étaient soumis à ce préalable obligatoire. V. nos développements *infra* n° 232 et s. Cette procédure fut ensuite étendue aux affaires relevant de la compétence des justices de paix : sur cette extension, V. *infra* n° 241 et s.

956. V. *supra* n° 178 ; Spécialement, en une obligation légale de conclure un contrat de pourparlers aux fins de conciliation.

957. Pour une présentation de ce contrat-type, V. *supra* n° 158 et s.

958. Pour une présentation de ces contrats-types, V. *supra* n° 163 et s.

959. GLASSON et TISSIER, Traité de procédure civile, t. 1, 3^e éd., 1926, p. 42 et s., n° 15 et s. ; *ibid.*, t. 2, 3^e éd., 1926, p. 406 et s., n° 466 et s. et p. 560 et s., n° 536 et s. ; GARSONNET et CEZAR-BRU, Traité de procédure, t. 1, 3^e éd., 1912, p. 85 et s., n° 46 et s. ; *ibid.*, t. 2, 3^e éd. 1912, p. 258 et s., n° 157 et s. et p. 692 et s., n° 400 et s. ; P. COUV RAT et G. GIUDICELLIDELAGE, Conciliation et médiation, J.-Cl. proc. civ., fasc. 160, n° 32.

960. Par la suite, la loi du 27 mars 1790, puis la Constitution du 5 fructidor an III (art. 213) ainsi que celle du 22 frimaire an VIII (art. 60) ont conservé le préliminaire de conciliation dans sa configuration initiale. V. sur ce point GARSONNET et CEZAR-BRU, *op. cit.*, t. 2, p. 259, n° 157. Egalement, J. VINCENT, S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER et A. VARINARD, Institutions judiciaires, *op. cit.*, n° 35 et 211.

961. GLASSON et TISSIER, *op. cit.*, tome 1, p. 45, n° 15 et tome 2, p. 407, n° 466 ; GARSONNET et CEZAR-BRU, *op. cit.*, tome 1, p. 85, n° 46 et tome 2, p. 258, n° 157.

962. GARSONNET et CEZAR-BRU, *op. cit.*, tome 1, p. 85 et s., n° 46, note 13 et tome 2, p. 256, n° 156, note 15 ; V. aussi par exemple, M. ARMAND-PREVOST, L'avocat, le juge et le médiateur, Les Petites Affiches, 8 juillet 1998, n° 81, p. 19.

963. GARSONNET et CEZAR-BRU, *op. cit.*, tome 1, p. 85, n° 46.

964. GARSONNET et CEZAR-BRU, *op. cit.*, tome 1, p. 85, n° 46 ; GLASSON et TISSIER, *op. cit.*, tome 2, p. 407, n° 466 ; plus récemment, V. J. VINCENT, S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER et

A. VARINARD, Institutions judiciaires, *op. cit.*, n° 211, note 5.

965. « La meilleure loi, le plus excellent usage, le plus utile que j'ai vu, c'est en Hollande. Quand deux hommes veulent plaider l'un contre l'autre, ils sont obligés d'aller d'abord au tribunal des juges conciliateurs, appelés faiseurs de paix. Si les parties arrivent avec un avocat ou un procureur, on fait d'abord retirer ces derniers comme on ôte le bois d'un feu qu'on veut éteindre. Les faiseurs de paix disent aux parties : « Vous êtes de grands fous à vouloir manger votre argent à vous rendre mutuellement malheureux. Nous allons vous accommoder sans qu'il vous en coûte rien ». Si la rage des chicanes est trop forte dans ces plaideurs, on les remet à un autre jour afin que le temps adoucisse les symptômes de leur maladie. Ensuite, les juges les renvoient chercher une seconde, une troisième fois. Si leur foi est incurable, on leur permet de plaider comme on abandonne à l'amputation des chirurgiens des membres gangrenés ; alors la justice fait sa main. », Voltaire, Œuvres Complètes, Paris, 1852-1864, t. V, p. 497.

966. GLASSON et TISSIER, *op. cit.*, t. 1, p. 44, n° 15 ; GARSONNET et CEZAR-BRU, *op. cit.*, t. 1, p. 86, n° 46.

967. V. *supra* note n° 480.

968. GARSONNET et CEZAR-BRU, *op. cit.*, t. 1, p. 86, n° 46.

969. Discours au tribunalat (Séance du 12 frimaire an IX, Moniteur du 13, p. 286), cité par GARSONNET et CEZAR-BRU, *op. cit.*, t. 1, p. 87, n° 46.

970. GLASSON et TISSIER, *op. cit.*, t. 1, p. 43, n° 15.

971. GLASSON et TISSIER, *op. cit.*, t. 1, p. 45, n° 15 ; GARSONNET et CEZAR-BRU, *op. cit.*, t. 1, p. 85, n° 46.

972. GLASSON et TISSIER, *op. cit.*, t. 1, p. 408, n° 466.

973. GLASSON et TISSIER, *op. cit.*, t. 1, p. 45, n° 15.

974. ESMEIN, Histoire du droit français de 1789 à 1814, p. 104 et s. ; GLASSON et TISSIER, *op. cit.*, t. 1, p. 45, n° 15.

975. Même si on le qualifie de « magistrat de famille », N.-A. CARRE, Compétence judiciaire des juges de paix en matière civile et pénale, tome 1^{er}, 2^e éd., LGDJ, 1888, p. 49.

976. N.-A. CARRE, *op. cit.*, p. 49.

977. GLASSON et TISSIER, *op. cit.*, t. 2, p. 408, n° 466.

978. GLASSON et TISSIER, *op. et loc. cit.*

979. GLASSON et TISSIER, *op. et loc. cit.*

980. Pour une étude détaillée de la question, V. notamment GARSONNET et CEZAR-BRU, *op. cit.*, t. 2, p. 269 et s., n° 161 ; L'article 49 du code de procédure civile apportait quelques précisions sur ce point. Ainsi, étaient dispensées de conciliation préalable les affaires relatives à « l'Etat, le domaine, les communes, les établissements publics ».

981. Pour une étude détaillée de la question, V. notamment GARSONNET et CEZAR-BRU, *op. cit.*, t. 2, p. 265 et s., n° 160 ; A l'instar des affaires portant sur des matières indisponibles, l'article 49 du code de procédure civile apportait quelques précisions sur les incapacités.

Ainsi, étaient dispensées de conciliation préalable les affaires concernant « *les mineurs, les interdits, les curateurs aux successions vacantes* ».

982. GLASSON et TISSIER, *op. cit.*, t. 1, p. 417, n° 469.

983. GLASSON et TISSIER, *op. cit.*, t. 1, p. 423, n° 472 ; GARSONNET et CEZAR-BRU, *op. cit.*, t. 2, p. 271, n° 163.

984. GLASSON et TISSIER, *op. cit.*, t. 1, p. 424, n° 472.

985. GLASSON et TISSIER, *op. cit.*, t. 1, p. 426, n° 472.

986. GLASSON et TISSIER, *op. et loc. cit.*

987. GLASSON et TISSIER, *op. cit.*, t. 1, p. 427 et s., n° 473 ; GARSONNET et CEZAR-BRU, *op. cit.*, t. 2, p. 273 et s., n° 164.

988. GLASSON et TISSIER, *op. cit.*, t. 1, p. 431 et s., n° 474.

989. GLASSON et TISSIER, *op. cit.*, t. 1, p. 410, n° 466 ; GARSONNET et CEZAR-BRU, *op. cit.*, p. 259, n° 157.

990. GLASSON et TISSIER, *op. et loc. cit.* ; GARSONNET et CEZAR-BRU, *op. et loc. cit.*

991. GLASSON et TISSIER, *op. cit.*, t. 2, p. 561, n° 536.

992. « *Dans toutes les causes, excepté celles où il y aurait péril en la demeure, et celle dans laquelle le défendeur serait domicilié hors du canton ou des cantons de la même ville, le juge de paix pourra interdire aux huissiers de sa résidence de donner aucune citation en justice, sans qu'au préalable il ait appelé, sans frais, les parties devant lui* », L. 25 mai 1838, art. 17.

993. GLASSON et TISSIER, *op. cit.*, t. 1, p. 45, n° 15 ; G. BOLARD, De la déception à l'espoir : la conciliation, Mélanges HEBRAUD, Université des Sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 47 ; L. CADIET, Solution judiciaire et règlement amiable des litiges : de la contradiction à la conciliation, art. préc., p. 129, n° 12.

994. G. BOLARD, De la déception à l'espoir : la conciliation, art. préc., p. 47.

995. D. 1935, Lég., p. 421.

996. P. HEBRAUD, comm. L. 9 fév. 1949, D. 1949, p. 269.

997. Le nombre de conciliations annuelles n'était pourtant pas négligeable : en 1942, sur 107 746 affaires introduites dans l'année, il y a eu 9648 conciliations. La suppression de la conciliation résulterait donc moins d'une absence de résultats probants que du « *contraste entre un idéal séduisant et la modicité des résultats pratiques* » : P. HEBRAUD, comm. L. 9 fév. 1949, D. 1949, p. 269.

998. P. HEBRAUD, comm. L. 9 fév. 1949, D. 1949, p. 269.

999. D. 1949, Lég., p. 12 et p. 269 et s. pour les commentaires de P. HEBRAUD ; G. BOLARD, De la déception à l'espoir : la conciliation, art. préc., p. 47 ; P. COUVROT et G. GIUDICELLIDELAGE, Conciliation et médiation, art. préc., n° 50.

1000. GARSONNET et CEZAR-BRU, *op. cit.*, t. 1, p. 87, n° 46.

1001. D. 1959, 26.

1002. P. HEBRAUD, Justice 59, D. 1959, Chron. 152.

1003. J. VINCENT et S. GUINCHARD, Procédure civile, *op. cit.*, n° 919 ; F. RUELLAN, Les modes alternatifs de résolution des conflits : pour une justice plurielle dans le respect du droit, JCP. 1999. I. 135, p. 900, n° 6.

1004. Nous reviendrons en détail sur les sanctions applicables en cas de violation par l'une ou les deux parties du préalable de conciliation. V. *infra* n° . Sur cette question, V. également : P. COUV RAT et G. GIUDICELLI-DELAGE, art. préc., n° 140 ; L. CADIET, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 1830 ; A propos du préliminaire de conciliation devant le tribunal paritaire de baux ruraux : Cass. civ. 3^e, 15 février 1978, Bull. III., n° 84, p. 64 : « *La procédure de conciliation est une formalité indispensable à la régularité de toute procédure subséquente devant le tribunal paritaire. Dès lors qu'une des parties a saisi directement le tribunal, statuant en juridiction de jugement, il doit être fait droit à la fin de non-recevoir tirée de cette irrégularité lorsqu'elle a été soulevée dès le début de l'instance* ». A rapprocher de : Cass. soc., 10 janv. 1964, Bull. V, n° 56, p. 44 (2^e moyen), à propos du préliminaire de conciliation en matière prud'homale.

1005. NCPC, art. 836 et s. ; J. VINCENT et S. GUINCHARD, Procédure civile, *op. cit.*, n° 920 et s. ; L. CADIET, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 1761 et s. ; G. COUCHEZ, Procédure civile, *op. cit.*, n° 288 et s. ; G. COUCHEZ, J.-P. LANGLADE et D. LEBEAU, Procédure civile, *op. cit.*, n° 545 et s.

1006. C. trav., art. R. 516 et s. ; J. VINCENT et S. GUINCHARD, Procédure civile, *op. cit.*, n° 962 ; L. CADIET, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 1830 ; G. COUCHEZ, Procédure civile, *op. cit.*, n° 304 et s. ; G. COUCHEZ, J.-P. LANGLADE et D. LEBEAU, Procédure civile, *op. cit.*, n° 647 et s.

1007. NCPC, art. 887 ; J. VINCENT et S. GUINCHARD, Procédure civile, *op. cit.*, n° 976 ; L. CADIET, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 1864 ; G. COUCHEZ, Procédure civile, *op. cit.*, n° 311 ; G. COUCHEZ, J.-P. LANGLADE et D. LEBEAU, Procédure civile, *op. cit.*, n° 699.

1008. NCPC, art. 829.

1009. NCPC, art. 836 et s.

1010. NCPC, art. 845 et s.

1011. D. 1999. 106, rect. 151. V. *infra* note n° pour les commentaires de ce décret.

1012. NCPC, art. 847-3.

1013. NCPC, art. 840 al. 1^{er}, 847 al. 1^{er}, 847-3 al. 1^{er}.

1014. NCPC, art. 841, 847 al. 3, 847-3 al. 3.

1015. NCPC, art. 840 al. 2.

1016. V. *infra* n° ; NCPC, art. 840 al. 2, 847 al. 2 et 847-3 al. 2, aj. D. n° 98-1231 du 28 déc. 1998, art. 24, 25 et 26.

1017. C. trav., art. R. 516-13 ; O. DELL'ASINO, Pour un renouveau de la conciliation prud'homale, la conciliation de procédure, Gaz. Pal. 1987, doct. 523 et s. ; M.-Cl. RIVIER, Les modes alternatifs de règlement des conflits en droit du travail, Justices, n° 8, oct./déc. 1997,

p. 33 et s. ; Ph. CLÉMENT, É. SERVERIN et F. VENNIN, Les règlements non juridictionnels des litiges prud'homaux, Dr. Soc., 1987. 55 et s., spéc. n° 29 et s. ; A. SUPIOT, Déclin de la conciliation prud'homale, Dr. Soc., 1985. 225.

1018. Mémento Pratique Francis LEFEBVRE, Social, 1999, p. 244, n° 2312 ; mais l'exception doit être soulevée *in limine litis* : Cass. Soc., 6 juil. 1978, D. 1979. IR. 28, obs. LANGLOIS ; Cass. Soc., 4 avril 1973, Bull. V, n° 219 ; Cass. Soc., 28 mai 1974, Bull. V, n° 331 ; Cass. Soc., 19 fév. 1975, Bull. V, n° 80. Sur ce point, lire notam. D. BOULMIER, Médiation judiciaire déléguée à une tierce personne et instance prud'homale, préc., spéc. p. 198 et s.

1019. Mémento Pratique Francis LEFEBVRE, Social, 1999, p. 2445, n° 2332.

1020. Cass. Soc., 7 avril 1998, Bull. V, n° 199 (1) : « *Il résulte de l'article L. 122-3-13 du code du travail que si la demande de requalification d'un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée est portée directement devant le bureau de jugement, cette saisine directe s'étend non seulement à la demande en paiement de l'indemnité, qui est la conséquence de cette requalification, mais également à la demande en paiement des indemnités qui résultent de la rupture du contrat de travail* ».

1021. Cass. Soc., 7 octobre 1998, Bull. V, n° 410.

1022. Bull. civ. V, n° 507.

1023. Cass. Soc., 20 octobre 1976, Bull. civ. V, n° 508 ; Cass. Soc., 21 octobre 1981, Bull. civ. V, n° 809 ; Cass. soc., 28 mai 1974, Bull. V, n° 331.

1024. G. BOLARD, De la déception à l'espoir : la conciliation, art. préc., p. 48 ; M. OLIVIER, La conciliation et la médiation judiciaires en matière civile, aspects anciens et actuels, Gaz. Pal. 1996, doct. 1257.

1025. Arrêt précité, Bull. III, n° 83, p. 64 ; JCP 78, IV, 125.

1026. J. VINCENT, La procédure civile et l'ordre public, art. préc., p. 319, n° 31.

1027. C. civ., art. 251 al. 1^{er}. V. *infra* n° ; également, J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, Traité de droit civil, La famille, Dissolution de la famille, 1991, LGDJ, n° 340 et suiv. ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, Droit civil, t. 3, La famille, 6^e éd., CUJAS, 1998 /1999, n° 374 ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, Leçons de droit civil, La famille, 7^e éd. par L. LEVENEUR, Montchrestien, 1995, p. 717 et suiv.

1028. D. 1993. 179.

1029. NCPC, art. 1074 ; D. GANANCIA, Justice et médiation familiale : un partenariat au service de la co-parentalité, Gaz. Pal. 1999, doct. 992 et s. F. MONEGER, La médiation dans les réformes du droit de la famille, art. préc., spéc. p. 150.

1030. C. civ., art. 252-2.

1031. V. par exemple, Cass. 2^e civ., 23 mai 1966, Bull. civ. II, n° 610.

1032. J. VINCENT et J. PREVAULT, Voies d'exécution et procédures d'exécution, 19^e éd., Précis DALLOZ, 1999, n° 151 et s. ; E. NOUVEAU, Voies de recours et saisie des rémunérations, D. 1994. 1, Actualités juridiques ; Le BAYON, Observations sur la nouvelle

saisie des rémunérations, Mélanges en l'honneur de Henry BLAISE, 1995, *Economica*, p. 287 et s., spéc. p. 296, n° 26 ; J.-L. COURTIER, La saisie des rémunérations, *Revue des Huissiers*, 1995. 897 ; Isabelle PETEL-TEYSSIE, Saisie et cession des rémunérations, *Rev. Huiss.*, 1996. 12 ; MARECHAL, Saisie des rémunérations. Voies de recours ou contestations, *Rev. Huiss.* 1996. 785.

1033. D. 1992. 452.

1034. M. OLIVIER, la conciliation et la médiation judiciaires en matière civile, art. préc., p. 1258.

1035. Lire à ce propos le Traité de GLASSON et TISSIER, *op. cit.*, t. 1, p. 411 et s., n° 467, dans lequel les auteurs affirment que « *le préliminaire de conciliation ne fait pas partie de l'instance* ».

1036. P. ESTOUP, Le projet de réforme de la procédure civile..., art. préc., p. 176.

1037. Sur ce lien : M.-Cl. RIVIER, Les modes alternatifs de règlement des conflits dans le discours des juristes français, *op. cit.*, p. 41, n° 71 et s. ; V. *supra* n° 3.

1038. GLASSON et TISSIER, *op. cit.*, t. 1, p. 411 et s., n° 467.

1039. D. 1935. Lég. 421.

1040. Lire le Rapport du président du Conseil annexé au Décret en note 1, D. 1935, préc., p. 421, qui précise : « *L'article 2 [du décret] modifie « l'instruction des affaires » en prescrivant la création d'un dossier spécial pour chacune d'elles et la désignation d'un juge chargé de suivre la procédure. Sans aucunement diriger la marche du procès, ce magistrat aura la possibilité d'en contrôler le développement* ». Lire également en ce sens la Circulaire du 20 novembre 1935, D. 1935. Lég. 423, relative à l'application du décret du 30 oct. 1935.

1041. G. PLUYETTE, La médiation judiciaire, art. préc., p. 704.

1042. D. 1949. Lég. 12 ; Commentaire de la loi par P. HEBRAUD, D. 1949, Lég. 269 et s.

1043. P. HEBRAUD, *comm. préc.*, p. 269 ; V. également, P. COUV RAT et G. GIUDICELLIDELAGE, art. préc., n° 51.

1044. P. HEBRAUD, *comm. préc.*, p. 270.

1045. P. HEBRAUD, *op. et loc. cit.*

1046. P. HEBRAUD, *op. et loc. cit.*

1047. Sirey 1959, Lois annotées, p. 64 et s. et spéc. art. 3 du décret portant modification de l'article 80 du C. proc. civ.

1048. P. COUV RAT et G. GIUDICELLI-DELAGE, art. préc., n° 52.

1049. Sirey 1965, lég. 318.

1050. D. 1974. 6.

1051. L. CADIET, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, p. 32, n° 55.

1052. P. COUV RAT et G. GIUDICELLI-DELAGE, art. préc., n° 56.

1053. D. 1975. 426.

1054. G. CORNU, L'élaboration du code de procédure civile, in *La codification*, dir. Bernard BEIGNER, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 1996, p. 71 et suiv., spéc. p. 79 et s. ;

initialement publié dans la Revue d'histoire des facultés et de la science juridique, n° 16, 1995. 241 et s.

1055. D. d'AMBRA, L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges, LGDJ, 1994

1056. P. ESTOUP, L'amiable composition, D. 1986, chron. 221 ; Y. DESDEVISES, Remarques sur la place de la conciliation dans les textes récents de procédure civile, D. 1981, chron. 241.

1057. P. ESTOUP, L'amiable composition, art. préc., p. 221.

1058. SOLUS et PERROT, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 1180.

1059. Sur le pouvoir d'appréciation du juge quant à l'opportunité de tenter une conciliation, V. *infra* n° 524.

1060. J. GHESTIN, La formation du contrat, *op. cit.*, n° 79.

1061. V. la définition de J. LEAUTE, Les contrats-types, RTDCiv. 1953. 430, n° 1.

1062. J. GHESTIN, La formation du contrat, *op. cit.*, n° 80.

1063. D. MAINGUY, Conditions générales de vente et contrats-types, art. préc., n° 2.

1064. J. VINCENT et S. GUINCHARD, Procédure civile, *op. cit.*, p. 517, n° 762.

1065. V. *supra* n° 158 et 171.

1066. D. MAINGUY, Conditions générales de vente et contrats-types, art. préc., n° 39.

1067. V. *supra* n° 172.

1068. Sur ces impératifs, V. *supra* n° 499 et s.

1069. J. LEAUTE, Les contrats-types, art. préc., n° 4.

1070. M. VASSEUR, Un nouvel essor du concept contractuel, RTDCiv. 1964. 5 et s.

1071. G. PLUYETTE, La médiation judiciaire en matière civile, art. préc. Gaz. Pal. 1994, p. 1099 ; R. PERROT, Justice de proximité, conciliation et médiation, Procédures, avr. 1995, p. 1.

1072. P. ESTOUP, Etude et pratique de la conciliation... art. préc., p. 162.

1073. SOLUS et PERROT, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 1180.

1074. Y. DESDEVISES, Remarques sur la place de la conciliation..., art. préc., p. 243.

1075. Y. DESDEVISES, Remarques sur la place de la conciliation..., art. préc., p. 243.

1076. SOLUS et PERROT, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 1180 ; R. PERROT, Justice de proximité..., art. préc., p. 1.

1077. L'expression « *conciliation retenue* » est directement inspirée de celle de « *justice retenue* » employée au dix-neuvième siècle pour qualifier la justice administrative rendue antérieurement à la loi du 24 mai 1872. A cette époque, le Conseil d'Etat statuant au contentieux n'était pas investi d'un pouvoir propre de décision, ce dernier appartenant exclusivement au chef de l'Etat. La juridiction administrative ne rendait qu'un avis qu'il appartenait au chef de l'Etat d'entériner ou non lorsqu'il statuait définitivement. De cette justice administrative retenue, nous ne voulons retenir que l'idée du pouvoir et de la tutelle que le chef de l'Etat, maître de la décision finale, exerçait - en théorie tout au moins - sur le

Conseil d'Etat. Appliquée aujourd'hui à la conciliation, cette expression entend souligner et mettre en évidence la tutelle du juge sur la mission de conciliation dont il a la charge mais dont il entend confier l'exercice à un tiers. La conciliation retenue apparaît ainsi comme une modalité d'application de la conciliation judiciaire, dont le propre est d'être déléguée – dans son exercice – à un tiers, sous l'étroit contrôle du juge qui reste maître de la procédure et garant de son bon déroulement. Sur le concept de justice retenue : V. R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 9^e éd., Domat Droit public, Montchrestien, 2001, n° 67 ; A. BATBIE, *Rapport sur le projet de loi*, D. 1872. L. 88 ; T. SAUVEL, *La justice retenue de 1806 à 1872*, RDP. 1970. 237 ; R. DRAGO, *La loi du 24 mai 1872*, EDCE. 1972, n° 25, p. 13.

1078. M. ARMAND-PREVOST, *L'avocat, le juge, le médiateur*, Les petites affiches, 8 juillet 1998, p. 19 et s. ; G. PLUYETTE, *La médiation judiciaire en matière civile*, Gaz. Pal. 1994. doct. 1098 et s. ; *La médiation judiciaire*, Gaz. Pal. 1998. doct. 702 et s. ; P. DRAI, *Libres propos sur la médiation judiciaire*, Mélanges P. BELLET, p. 123 et s. ; A. LORIEUX, *Place de la médiation dans le procès civil*, Gaz. Pal. 1991. doct. 66 ; S. BRAUDO, *Propos sur la médiation en matière civile*, Gaz. Pal. 1995. doct. 467 ; Ph. GRANDJEAN, *L'expérience d'un médiateur*, Gaz. Pal. 1996. doct. 961 ; Ch. JARROSSON, *Médiation et conciliation, définition et statut juridique*, Gaz. Pal., 1996. doct. 951. Et concernant la médiation judiciaire en matière sociale : V. B. BLOHORN-BRENNEUR, *La médiation judiciaire dans les conflits individuels du travail : une initiative et une expérience grenobloise*, Gaz. Pal. 1998, doct., p. 166 ; *La médiation judiciaire, vers un nouvel esprit des lois ?*, Gaz. Pal. 1998. doct. p. 821 et s. ; *Une année de médiation judiciaire devant la chambre sociale de Grenoble, bilan et perspectives*, Gaz. Pal. 1999, doct. p. 150 ; *La médiation judiciaire en matière prud'homale, le protocole d'accord et l'homologation*, D. 2001. 251 et s. ; *Exemple d'une médiation prud'homale réussie : un accord gagnant-gagnant*, Gaz. Pal. 2002, 16-17 janvier, p. 3.

1079. P. ESTOUP, *Le projet de réforme de la procédure civile*, art. préc., p. 177.

1080. Sur cette mission, V. *supra* n° 263 et s. ; V. *infra* n° 485.

1081. M. ARMAND-PREVOST, *L'avocat, le juge, le médiateur*, Les petites affiches, 8 juillet 1998, p. 20.

1082. L. CADIET, *Droit judiciaire privé*, 1^e éd., 1992, Litec, p. 404, n° 778 ; *Solution judiciaire et règlement amiable : de la contradiction à la conciliation*, art. préc., p. 123 et s., spéc. p. 130, n° 14 ; G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, *op. cit.* p. 57.

1083. P. DRAI, *Libres propos sur la médiation*, Etudes offertes à Pierre Bellet, 1991, Litec, p. 126 ; G. PLUYETTE, *La médiation judiciaire en matière civile*, art. préc., p. 1100 ; *La médiation judiciaire*, article préc., p. 703 ; *Principes et applications récentes des décrets des 22 juillet et 13 décembre 1996*, Rev. arb. 1997. 505 et s.

1084. H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, n° 1180 et la jurisprudence citée ; G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, *op. cit.*, p. 57 ; L. CADIET, *Droit judiciaire privé*, *op. et loc. cit.* ; Par exemple, Versailles, 10 nov. 1988, Gaz. Pal. 1989. 213, à propos d'un

litige opposant la SACEM à des exploitants de discothèques, ayant occasionné de très fortes tensions entre les parties : « *Mieux qu'une mesure d'instruction, une négociation menée sous la médiation d'un expert commis à cette fin, devrait permettre aux parties en présence de déboucher sur un accord propre à mettre fin à une querelle vieille déjà de plus de dix ans* », note MARCHI p. 215 et s. ; Trib. com. Nanterre, 8 juillet 1993, Le Quot. jur., 1993, n° 103, p. 7.

1085. TGI Paris, 1^{er} juin 1988, Gaz. Pal. 1994, doct. 1105, à propos d'un litige en matière de bail d'habitation causé par des travaux effectués sans autorisation, envenimé par la dégradation des relations autrefois amicales des parties (V. *supra* n°) ; 16 nov. 1988, Gaz. Pal. 1989, juris. 790 ; 28 mars 1989, Gaz. Pal. 1994, doct. 1106, à propos d'un litige en matière de bail d'habitation portant sur une demande d'expulsion et de remise en état des lieux ; 30 juin 1989, *ibid.* 1104 ; 30 janv. 1989, *ibid.* 1103 ; 18 mai 1988, *ibid.* 1109 ; 13 juil. 1988, *ibid.* 1110.

1086. Par exemple : CA Paris, 17 déc. 1987, Sté CANAL PLUS c./ Féd. nat. des cinémas fr., Le droit ouvrier, 1988. 527, Juris Data n° 601162 : "*La médiation qui permet d'assurer, sous le contrôle du juge qui l'ordonne et en présence d'une personnalité ayant sa confiance, la confrontation des points de vue respectifs des parties à un litige, en vue de la négociation préliminaire d'un protocole d'accord, constitue une modalité d'application de l'article 21 du nouveau code de procédure civile, aux termes duquel il entre dans la mission du juge de concilier les parties*" ; V. également : Paris, 6 juin 1989, Gaz. Pal. 1989. 2. 618 ; Paris, 12 janv. 1994, Gaz. Pal. 1994, doct. 1104 : différend opposant un ordre professionnel et un journal d'annonces légales relativement à la publication d'un discours tenu dans un congrès professionnel ; Paris, 3 juin 1994, *ibid.* 1108 : litige affectant des relations sportives au niveau international et mettant en jeu des sommes financières importantes.

1087. G. CORNU et J. FOYER, Procédure civile, *op. cit.*, p. 57 ; L. CADIET, Solution judiciaire et règlement amiable des litiges..., art. préc., p. 130, n° 14.

1088. Cass. 2^e civ. 16 juin 1993, Bull. civ. II, n° 211 ; D. 1993. IR. 176 ; Gaz. Pal. 1993, pan. 235 ; L. CADIET, JCP 1993. I. 3723, n° 3 ; P. KAYSER, La recherche en France de la diminution des contentieux judiciaire et administratif par le développement des règlements amiables, Justices, 1995, n° 3, p. 203 et s, spéc. p. 210.

1089. G. PLUYETTE, La médiation judiciaire en matière civile, art. préc., p. 1100 : « *On se réfère trop souvent aux grands procès médiatiques ayant donné lieu à désignation de médiateur ; on a souvent fait allusion aux médiations ordonnées dans les litiges ayant opposé le président Carcassonne à Marcel Bleustein Blanchet pour la rupture d'un contrat en 1986, à celui des héritiers de Jean Anouilh pour la protection et l'exploitation de son œuvre (1989). [...] on cite de même toutes les grandes médiations en matière sociale ou de conflit du droit du travail : Air France, SNCF ou autres cas d'occupation des lieux de travail ou de grèves dures* ». Sur l'affaire Carcassonne c./ Bleustein Blanchet, CA, 24 sept. 1986 et 14 janvier 1987.

1090. G. PLUYETTE, La médiation judiciaire en matière civile, art. préc., p. 1100.

- 1091.** TGI Paris, 1er juin 1988, cité par G. PLUYETTE, La médiation judiciaire en matière civile, art. préc., p. 1101 et 1105.
- 1092.** G. PLUYETTE, La médiation en matière civile, art. préc., p. 1101 et 1106.
- 1093.** Paris, 3 juin 1994, cité par G. PLUYETTE, La médiation en matière civile, art. préc., p. 1108 ; cf. *supra* notes n° 604 et 606.
- 1094.** G. PLUYETTE, La médiation en matière civile, art. préc., p. 1099 et 1102.
- 1095.** TGI Paris, 22 oct. 1986, Gaz. Pal. 1987. 1. somm. 129, litige successoral.
- 1096.** G. PLUYETTE, La médiation en matière civile, art. préc., p. 1102.
- 1097.** G. PLUYETTE, La médiation en matière civile, art. préc., p. 1100.
- 1098.** M. GUILLAUME-HOFNUNG, La médiation, Que sais-je ?, PUF, 1995, n° 2930, p. 64.
- 1099.** P. ESTOUP, Le projet de réforme de la procédure civile, Gaz. Pal. 1989, doct. 176 et s. ; GEGOUT, Le projet de loi instituant la médiation judiciaire devant les juridictions de l'ordre judiciaire, Les petites affiches, 19 juin 1989, p. 16.
- 1100.** V. *supra* n° 274 et s. ; M. GUILLAUME -HOFNUNG, La médiation, *op. cit.*, p. 64.
- 1101.** G. PLUYETTE, La médiation en matière civile, art. préc., p. 1100 ; M. GUILLAUME-HOFNUNG, La médiation, *op. cit.* p. 64.
- 1102.** M. GUILLAUME-HOFNUNG, La médiation, *op. cit.*, p. 64.
- 1103.** M. GUILLAUME -HOFNUNG, La médiation, *op. cit.*, p. 65 ; H. SOLUS et R. PERROT, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 1181.
- 1104.** L. TOPOR, La médiation familiale, Que sais-je ?, PUF, 1992, p. 108 ; P. ESTOUP, Le projet de réforme de la procédure civile, art. préc., p. 177.
- 1105.** P. ESTOUP, Le projet de réforme de la procédure civile, art. préc., p. 177.
- 1106.** P. ESTOUP, Le projet de réforme de la procédure civile, art. préc., p. 178.
- 1107.** Critique que l'on retrouvera tout au long des travaux préparatoires de la loi du 8 février 1995.
- 1108.** P. ESTOUP, Le projet de réforme de la procédure civile, art. préc., p. 178.
- 1109.** M. GUILLAUME-HOFNUNG, La médiation, *op. cit.*, p. 65.
- 1110.** Député PORCHER, in Rapport PORCHER, Assemblée Nationale, n° 1829 -Rapport FAUCHON, Sénat, n° 180, 1994, p. 5.
- 1111.** Ch. JARROSSON, Justices, n° 6, avril/juin 1997, p. 280.
- 1112.** V. *supra* n° 82.
- 1113.** V. *supra* n° 81 et s.
- 1114.** P. ESTOUP, Le projet de réforme de la procédure civile, art. préc., p. 178.
- 1115.** Ch. JARROSSON, Modes alternatifs de règlement des conflits, Justices, n° 6, p. 279 et 280 ; G. CORNU et J. FOYER, Procédure civile, *op. cit.*, p. 57.
- 1116.** P. KAYSER, La recherche en France de la diminution des contentieux..., art. préc., p. 210.
- 1117.** Sur la portée du contrôle dont bénéficient les contrats types réglementaires par rapport à celui dont bénéficient les contrats types privés, V. J. LEAUTE, Les contrats-types,

art. préc.

1118. V. *supra* n° 187.

1119. Rapport Sénat préc., p. 5, M. François TERRE a fait observer que « *les frais de la médiation seraient à la charge des plaideurs* » ce qui l'a conduit à mettre en doute « *l'opportunité de permettre au juge de recourir d'office à cette procédure* » ; de son côté, M. Jean-René FARTHOUAT (Rapport préc., p. 13) a rappelé que « *le barreau de PARIS n'était pas hostile à la médiation, sous réserve d'un contrôle judiciaire et à la condition qu'elle ne puisse pas être décidée d'office par le juge* », ce qu'a confirmé Mme Huguette ANDRECORRET (Rapport préc., p. 14) : « *Pour ce qui est de la médiation, elle s'est déclarée opposée à tout renvoi d'office à la médiation, les parties ayant un droit à être jugées. Elle a ajouté que le système de la médiation d'office était contraire à la philosophie même de la médiation qui supposait le libre consentement des parties, le développement de la médiation d'office risquant de devenir une solution de facilité relativement coûteuse* ».

1120. Y. DESDEVISES, Remarques sur la place de la conciliation dans les textes récents de procédure civile, art. préc., p. 241.

1121. Nous appelons conciliation non-judiciaire la catégorie de conciliation qui englobe tout à la fois la conciliation extrajudiciaire et la conciliation para-judiciaire.

1122. Il s'agit alors de modes extrajudiciaires de règlement des différends : V. par exemple, J. VINCENT, S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER et A. VARINARD, Institutions judiciaires, *op. cit.*, n° 35 ; et *supra* n° 28 s.

1123. Il s'agit alors de modes para-judiciaires de règlement des différends ; V. J. VINCENT, S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER et A. VARINARD, Institutions judiciaires, *op. cit.*, n° 35 ; et *supra* n° 99 s.

Chapitre II. Le dirigisme contractuel hors les murs

- 1 **294.Mouvement de déjudiciarisation** - C'est à partir des années soixante-dix, probablement sous l'influence des pays anglo-saxons qui proposaient depuis de nombreuses années déjà à leurs justiciables de multiples formes de conciliation non-judiciaires dénommées *Alternative Dispute Resolution* (ADR) ¹¹²⁴, que le législateur français a commencé à créer à son tour des institutions spécialisées dans le règlement amiable des conflits en dehors de tout contexte judiciaire. Ce mouvement législatif a pu être interprété comme procédant à une déjudiciarisation de la conciliation - la mission de conciliation n'étant plus seulement confiée au juge mais également à divers organes ou institutions spécialisés, indépendamment de toute instance judiciaire - ainsi qu'à une déjudiciarisation des contentieux concernés, le plus souvent, contentieux dits de masse. En procédant à cette déjudiciarisation progressive, le législateur avait un double objectif ¹¹²⁵.
- 2 **295.Création de procédures alternatives d'accès au droit** - Le premier était de créer autant de « *circuits de dérivation du contentieux* » ¹¹²⁶, destinés à favoriser le traitement non-judiciaire des litiges et par-là, à offrir aux justiciables des réponses plus adaptées à leurs différends que la voie strictement judiciaire ou, tout simplement plus justes, plus protectrices de leurs intérêts. On observe en effet que souvent, la conciliation a été institutionnalisée dans des domaines mettant en

relation des personnes entre lesquelles existe une forte disparité économique ou sociale ¹¹²⁷, en vue d'offrir une protection plus efficace des droits de la partie la plus faible. Les organismes ainsi créés ont en quelque sorte été chargés de veiller « *au respect de l'ordre public de protection* » ¹¹²⁸. Ils ont été créés en vue de devenir « *une alternative à la voie judiciaire pour faire respecter les droits des parties faibles* » ¹¹²⁹ ; en vue d'être des « *instruments d'application d'une législation dans des secteurs où l'action des justiciables reste faible et dispersée* » ¹¹³⁰. Il semble donc qu'aujourd'hui, « *ces modes de résolution des litiges tendent à définir des procédures alternatives d'accès au droit* » ¹¹³¹ ou, en d'autres termes, à devenir des modes spécifiques d'application de la législation des Etats ¹¹³² qui, sans cela, resterait lettre morte.

- 3 **296. Désengorgement des juridictions** – Indirectement - et c'était le deuxième objectif - les pouvoirs publics espéraient que le développement de modes non-judiciaires de règlement des conflits, en favorisant la dérivation du contentieux – ou « *l'évitement du procès* » ¹¹³³ - contribuerait à mieux réguler le flux des affaires encore portées devant le juge et partant, à désengorger les juridictions civiles.
- 4 **297. Une justice plurielle** -L'apparition et le développement de la conciliation hors les murs est une manifestation de l'évolution que « *l'idée et [...] l'institution de la justice* » ¹¹³⁴ ont connues au cours des années soixante-dix. Le concept de justice civile et la manière dont on doit la rendre ont profondément changé : dans le cadre judiciaire, le juge a vu son office considérablement diversifié et étendu ; parallèlement, en dehors et surtout *en réaction* contre ce cadre encore trop formel, souvent injuste et aléatoire, sont apparus de multiples modes *alternatifs* de règlement des confits. A partir de cette époque, la justice, entendue comme procédé, est devenue plurielle.

L'idéal de la justice purement étatique est révolu. Si l'objectif poursuivi est toujours le même – parvenir à la paix sociale – les voies pour y parvenir se sont sensiblement diversifiées. La nouvelle aspiration est d'offrir aux justiciables un panel de modes de règlement de leurs conflits leur permettant de choisir celui qui répond le mieux à leurs besoins, à leur situation, à leurs attentes et à leurs intérêts.

- 5 **298. *Variété des pratiques*** - L'essor de la conciliation hors les murs s'est traduit par l'apparition d'une multitude d'organismes spécialisés dans le règlement amiable des conflits, couvrant de très nombreux domaines socioéconomiques ¹¹³⁵. La conséquence de cette multiplicité est qu'elle a directement été à l'origine de pratiques très variées de conciliation, à telle enseigne qu'il y a pratiquement autant de pratiques distinctes que d'institutions en place. Cette variété n'est pas sans inconvénient : elle rend difficile toute tentative de classification voire, de contrôle, ce qui est plus grave car susceptible de donner lieu à des dérives.
- 6 Néanmoins, il existe un critère de distinction entre ces diverses procédures, qui se recoupe d'ailleurs avec celui dont nous nous sommes déjà inspirés pour présenter les deux familles de conciliation non-judiciaires et qui oppose les modes amiables menés de manière parfaitement autonome et indépendante du monde judiciaire ¹¹³⁶, des modes amiables qui restent en liaison avec celui-ci, sans pour autant dépendre de l'existence d'une instance ¹¹³⁷. Ce critère de distinction repose sur les méthodes utilisées par le législateur pour parvenir à l'objectif qu'il s'est fixé ¹¹³⁸ en instituant ces diverses institutions chargées d'une mission de conciliation en dehors du judiciaire. Deux méthodes se distinguent : la *juridictionnalisation* de la procédure amiable et la *judiciarisation* de la procédure amiable.

- 7 **299. Juridictionnalisation des procédures amiables** – Afin de s’assurer que les institutions qu’il a mises en place offrent de manière effective une alternative à la voie judiciaire et ce, dans des conditions qui garantissent le respect des droits des parties qui les saisissent, le législateur a doté ces institutions d’importants pouvoirs d’investigation ou de commandements, dans une certaine mesure comparables à un *imperium* ¹¹³⁹. Plus encore, on observe que certaines procédures exigent des parties le respect de règles de formes impératives, très similaires à celles qui caractérisent les procédures juridictionnelles. Là où pourtant le législateur a trouvé judicieux de libérer les parties du carcan judiciaire, il est apparu en définitive qu’un regain de formalisme ou d’autorité était nécessaire pour assurer aux parties que leurs droits seraient respectés. C’est cette résurgence des caractéristiques de la procédure juridictionnelle au sein de procédures amiables que nous entendons évoquer en ayant recours à l’expression de juridictionnalisation. Ce phénomène a pu être interprété comme une incapacité, de la part de toute institution nouvelle, à se démarquer totalement des institutions dont elle a pour ambition de se distinguer ¹¹⁴⁰. On peut y voir également une manière, pour le législateur, de donner une assise à ces modes alternatifs, une légitimité qu’ils tireraient précisément de leur rattachement plus ou moins symbolique avec le mode juridictionnel étatique de règlement des litiges.
- 8 **300. Judicialisation des procédures amiables** – Une autre méthode a consisté, pour le législateur, à restaurer ou créer de toute pièce des liens entre l’institution chargée d’une mission de conciliation non-judiciaire et le système judiciaire. Cette fois-ci, la garantie du respect des droits des parties résulte de la tutelle judiciaire ainsi mise en place. Le rattachement, non plus symbolique mais cette fois-ci réel à l’institution judiciaire assure une légitimité sans faille à la procédure

considérée. Parfois utilisée aux seules fins de légitimation ¹¹⁴¹, la méthode de la judiciarisation est cependant le plus souvent utilisée aux fins de renforcer la sécurité juridique de la procédure considérée ou encore de la rendre plus effective. Par la *judiciarisation*, le législateur re-judiciarise des procédures qu'il avait initialement déjudiciarisées en les instituant en dehors du judiciaire.

- 9 Avec la juridictionnalisation (**Section I**) et la judiciarisation (**Section II**), on assiste à un mouvement de balancier entre la conciliation et l'institution judiciaire : celle-là ne parvenant pas à se démarquer totalement du modèle vis à vis duquel elle souhaite pourtant se distinguer et dont elle emprunte soit les aspects formels et impératifs, soit la tutelle judiciaire.

SECTION I – LA JURIDICTIONNALISATION

- 10 **301. La juridictionnalisation : forme de compensation de la déjudiciarisation** -Le mouvement de déjudiciarisation de la conciliation s'est d'abord manifesté par la mise en place d'institutions et organismes parfaitement étrangers au monde judiciaire, puisque nés en réaction contre ce dernier. L'absence de tout lien avec le judiciaire n'était pas sans risque. Aussi, pour éviter que l'autonomie de ces procédures alternatives ne s'accompagne d'une diminution des garanties offertes aux parties relativement au respect de leurs droits, quelques mesures ont été prises.
- 11 Ces mesures ont eu en quelque sorte pour objectif de *compenser* l'absence de tutelle judiciaire. La compensation s'est faite, soit par l'attribution d'importants pouvoirs d'investigation, de commandement ou de toutes autres formes de pouvoirs coercitifs aux institutions privées ou parapubliques chargées d'une mission de conciliation, moyens destinés à leur permettre de mener à bien leur mission ; soit par la soumission de la procédure amiable au respect de règles de forme impératives. Comme si l'absence de *jurisdictio* se devait d'être compensée par un regain d'autorité ou de formalisme.
- 12 Ne pouvant, dans le cadre de cette étude, procéder à l'examen de toutes les institutions chargées d'une mission de conciliation extrajudiciaire ¹¹⁴², nous procèderons à une sélection au sein de ces institutions qui sera fondée sur les deux critères suivants :
- 13 **302. Mimétisme avec la procédure juridictionnelle** – Le premier critère de sélection reposera sur le mimétisme que les institutions sélectionnées auront avec la procédure juridictionnelle, autrement dit, sur la forte présence, au sein de ces procédures amiables, de caractéristiques de la procédure juridictionnelle.

- 14 **303. Protection de catégories de personnes en position de faiblesse** – Le second critère de sélection sera de privilégier au sein des diverses institutions chargées d'une mission de conciliation, celles intervenant dans des domaines mettant en cause des parties ayant une forte disparité économique ou sociale entre elles. Seront étudiées des institutions dont la finalité est de protéger des catégories de personnes à l'égard desquelles la procédure juridictionnelle étatique s'avère insatisfaisante car trop complexe ou disproportionnée par rapport à l'enjeu économique du litige, autrement dit, des institutions qui favorisent effectivement l'accès au droit.
- 15 Cette tendance à la juridictionnalisation des procédures amiables se traduit donc par l'attribution de pouvoirs coercitifs **(A)** ou par la soumission à un certain formalisme **(B)**, si ce n'est par les deux cumulativement **(C)**.

A. Octroi de pouvoirs coercitifs

- 16 Parmi les principales institutions dotées d'importants pouvoirs de coercition destinés à leur permettre de mener à bien la mission de conciliation dont elles ont été chargées par les pouvoirs publics, le médiateur de la République (1°) et le médiateur du cinéma (2°) sont assez représentatifs, parce que pionniers en la matière.

1°. Le médiateur de la République ¹¹⁴³

- 17 **304.Mission** - Autorité administrative ¹¹⁴⁴ indépendante instituée par la loi n° 73-6 du 3 janvier 1973 ¹¹⁴⁵ modifiée ¹¹⁴⁶, le médiateur de la République ¹¹⁴⁷ est chargé de connaître des réclamations concernant, dans leurs rapports avec les administrés, le fonctionnement des administrations de l'Etat et de tout organisme

investi d'une mission de service public ¹¹⁴⁸. Sa mission n'est donc pas celle de contrôler la légalité des décisions administratives, mais plutôt d'apprécier les conditions de fonctionnement de l'Administration lorsqu'elles donnent lieu à des situations inévitables. La création du médiateur de la République est directement inspirée d'une institution homologue suédoise : l'Ombudsman ¹¹⁴⁹, « *institution de contrôle de l'Administration qui se situe en dehors des voies de recours ordinaires* » ¹¹⁵⁰.

- 18 **305. Pouvoirs d'enquête** - Lorsqu'il est saisi d'une réclamation, après s'être assuré que la demande entraine bien dans son champ de compétence, le médiateur de la République procède à une enquête pour apprécier si elle est bien fondée. A cette fin, il dispose d'importants pouvoirs d'information auprès des administrations et des ministères ¹¹⁵¹ lui permettant non seulement de procéder à des consultations de documents écrits mais également à des auditions et interrogatoires. Ces enquêtes sont rarement le fait personnel du médiateur, mais plutôt celui de collaborateurs nationaux ou locaux (membres de ministères, préfets, procureurs etc.) ¹¹⁵². Dans le cadre de ces enquêtes, le médiateur comme ses collaborateurs sont tenus au secret professionnel.
- 19 **306. Pouvoirs de recommandation** - Si la réclamation lui semble justifiée, le médiateur va alors faire « *toutes les recommandations qui lui semblent de nature à régler les difficultés dont il est saisi et, le cas échéant, toutes propositions tendant à améliorer le fonctionnement de l'organisme concerné* » ¹¹⁵³. Le médiateur de la République ne dispose pas du pouvoir d'ordonner des décisions impératives à l'Administration. Mais dans l'hypothèse où ses recommandations ou propositions resteraient sans réponse, le médiateur peut les assortir d'un délai d'exécution à l'expiration duquel il s'engage à les rendre publiques, ce qui constitue un moyen de pression important ¹¹⁵⁴.

- 20 **307. Pouvoirs d'injonction et autres** - Avec la loi du 24 décembre 1976, le médiateur de la République a vu ses pouvoirs renforcés : il peut tout d'abord *régler en équité* toute situation qui, résultant de l'application de dispositions législatives ou réglementaires, a abouti à une iniquité ¹¹⁵⁵. Il peut ensuite *enjoindre* à l'Administration de procéder à l'exécution d'une décision de justice passée en force de chose jugée sous peine que la persistance de cette inexécution fasse l'objet d'un rapport spécial publié au journal officiel. Il peut enfin *faire toute proposition de réforme législative* s'il constate que l'origine d'un préjudice résulte des termes mêmes de la loi et que cette situation de droit est susceptible d'entraîner de nombreuses autres iniquités. Le médiateur de la République, de « *redresseur de torts* », se transforme alors en « *détecteur de réformes* » ¹¹⁵⁶. Pour terminer, précisons que le médiateur de la République s'est vu reconnaître le pouvoir de saisir, au lieu et place de l'autorité compétente, certaines instances disciplinaires ou la juridiction répressive aux fins de poursuites pénales s'il s'estime saisi de faits susceptibles d'entrer dans le champ de compétence de ces juridictions (L. 1973, art. 10) ¹¹⁵⁷. Chaque année, le médiateur de la République publie un rapport qui rend compte de son activité.
- 21 **308. Succès de l'institution** - Le succès de l'institution se manifeste doublement : par le nombre élevé des réclamations qui lui sont adressées – quatre à cinq mille par an ¹¹⁵⁸ – ainsi que par la création de correspondants locaux ¹¹⁵⁹, placés auprès des préfetures ¹¹⁶⁰, qui peuvent recevoir directement les administrés, les conseiller, les orienter vers les administrations compétentes et le cas échéant, tenter de régler à l'amiable certaines difficultés. Ces représentants déconcentrés permettent ainsi une humanisation de la médiation de la République ¹¹⁶¹, ainsi que son rapprochement – géographique – des administrés, ce qui contribue au développement

d'une justice de proximité. Précisons que les correspondants locaux ne sont pas compétents pour saisir directement le médiateur de la République : les parlementaires conservent leur monopole en la matière ; cependant, leur rôle pourra consister à informer les administrés des démarches à effectuer aux fins de saisir le médiateur.

- 22 **309. *Le médiateur de la République, autorité investie d'un rôle quasi décisive*** - Le médiateur de la République dispose donc de pouvoirs très étendus : s'il ne peut prendre de décisions qui s'imposent à l'Administration, il dispose néanmoins d'importants moyens de pression afin d'obtenir l'exécution de ses recommandations ou propositions. Il peut adresser des injonctions en cas d'inexécution de décisions de justice ; être à l'origine de réformes législatives voire, de poursuites disciplinaires ou pénales à l'encontre de tout agent auteur de faits susceptibles d'engager sa responsabilité. Enfin, pour pouvoir exécuter sa mission, le médiateur de la République a été doté d'importants pouvoirs d'instruction à l'égard desquels l'Administration et ses représentants ne peuvent se soustraire, pouvoirs qu'il peut en outre déléguer à des *collaborateurs*, agents en fonction au sein même des administrations en cause.
- 23 **310. *La médiation de la République, procédure quasi juridictionnelle*** - Il s'ensuit que la médiation de la République, bien que procédure amiable et extrajudiciaire de règlement des conflits, s'inspire sensiblement de la procédure juridictionnelle traditionnelle, ce que la réforme de 1976 n'a fait qu'amplifier. Le médiateur dispose de pouvoirs d'instruction de type inquisitoire ; il jouit d'une autorité morale très forte ; sans faire œuvre de jurisprudence, partir du traitement de cas particuliers, être à l'origine de réformes législatives. Comme le juge, il dispose d'un pouvoir d'appréciation qui lui permet d'interpréter la loi, le cas échéant de la compléter,

d'en modérer les effets etc.... Ainsi le souligne un auteur ¹¹⁶², « *on s'éloigne de plus en plus de l'image d'un personnage de bonne volonté simplement chargé de s'entremettre entre personnes en litige pour faciliter leur accord : il serait plus exact de voir aujourd'hui dans le médiateur une autorité investie d'un rôle quasi-décisoire exercé dans le cadre d'une mission de caractère éventuellement très directif* ». La seule différence d'avec le juge est que le médiateur de la République ne peut pas trancher de différends en application de la règle de droit.

- 24 Ces caractéristiques se retrouvent approximativement chez le médiateur du cinéma.

2°. Le médiateur du cinéma ¹¹⁶³

- 25 **311.Mission ; saisine** - Autorité administrative indépendante instituée par la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 ¹¹⁶⁴, complétée par le décret n° 8386 du 9 février 1983 ¹¹⁶⁵, le médiateur du cinéma ¹¹⁶⁶ a pour mission de tenter une conciliation préalable dans les litiges « *relatifs à la diffusion en salle des œuvres cinématographiques [...] qui ont pour origine une situation de monopole de fait, une position dominante ou toute autre situation ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence et révélant l'existence d'obstacles à la plus large diffusion des œuvres cinématographiques conforme à l'intérêt général* » ¹¹⁶⁷. Plus simplement, le médiateur du cinéma est chargé de « *veiller au respect d'une concurrence loyale sur le marché de la programmation des salles de cinéma* » ¹¹⁶⁸.

- 26 Sa saisine est faite sans forme ¹¹⁶⁹, par toute personne physique ou morale concernée par un litige répondant à la définition de l'article 92 de la loi du 29 juillet 1982 ¹¹⁷⁰, par toute organisation professionnelle ou syndicale intéressée ou par le directeur général du Centre National de la Cinématographie (CNC) ¹¹⁷¹. Le médiateur

dispose également du pouvoir de s'autosaisir, pouvoir qu'il n'a cependant à notre connaissance encore jamais mis en œuvre ¹¹⁷². La pratique montre que la majorité des saisines sont le fait des exploitants de salles indépendantes ou de leurs programmeurs, souvent en situation de faiblesse dans les négociations qu'ils mènent avec les distributeurs.

- 27 **312. Pouvoirs d'instruction** - Selon les termes de la loi de 1982, la mission du médiateur est de favoriser ou de susciter toute solution de conciliation. A cette fin, le médiateur convoque les parties en litige à une réunion contradictoire. Préalablement, le médiateur procède à une *instruction* de l'affaire, en demandant d'abord aux parties de lui soumettre leur version des faits, puis en procédant lui-même à quelques recherches - le plus souvent auprès du CNC qui met à sa disposition toutes ses bases de données sur l'activité des salles, mais aussi en se référant aux décisions rendues par les tribunaux et le conseil de la concurrence - afin de vérifier la véracité des informations données par les parties et de pouvoir élaborer des ébauches de solutions.
- 28 **313. Procédure contradictoire** - Tous ces éléments sont ensuite portés à la connaissance de toutes les parties, avant la tenue de la réunion, dans le souci de respecter le principe du contradictoire ¹¹⁷³ et de procéder aussi à une sorte de rappel à la loi. On constate souvent, en effet, qu'il suffit parfois d'informer les parties de quelques éléments de droit positif ou prétorien pour que celles-ci s'y soumettent. Le médiateur assume donc également une fonction de « *pédagogue du droit de la concurrence* » ¹¹⁷⁴ auprès des professionnels du cinéma, ce qui explique qu'il est considéré par beaucoup comme une sorte de « *prolongement du conseil de la concurrence* » ¹¹⁷⁵.
- 29 **314. Issue de la procédure** - En cas d'accord, celui-ci est constaté dans un procès-verbal de conciliation qui acquiert force exécutoire « du

seul fait de son dépôt au greffe du tribunal d'instance » 1176 . Les procès-verbaux des réunions de « conciliation » (sic.) tenues devant le médiateur sont extrêmement précis. Y figure tout ce qui y a été dit par les parties en conflit et par le médiateur. En cas d'échec, le médiateur peut saisir le conseil de la concurrence si les faits qui ont été portés à sa connaissance entrent dans le champ de compétence du conseil, voire saisir le procureur de la République s'il estime que les faits sont susceptibles de recevoir une qualification pénale 1177 . C'est la loi de 1982 qui avait souhaité une articulation entre ces différentes autorités 1178 . Il peut également prononcer une injonction et la rendre publique 1179 ce qui constitue un moyen de pression important. Précisons toutefois que le médiateur ne dispose d'aucun pouvoir destiné à assurer la sanction d'une inexécution de ses injonctions 1180 , ce qui atténue leur portée 1181 . Chaque année, le médiateur du cinéma publie un rapport annuel qui rend compte de son activité 1182 .

- 30 **315. La médiation du cinéma, procédure relativement formelle et directive** - De ces quelques éléments, on retiendra que le médiateur du cinéma dispose de pouvoirs non moins importants que ceux du médiateur de la République : tout comme ce dernier, il peut procéder à des recherches approfondies afin d'avoir un aperçu complet et le plus objectif possible de l'affaire dont il est saisi ; n'ayant pas le pouvoir d'ordonner des décisions impératives, il peut néanmoins assortir ses recommandations et avis d'injonctions. Plus encore, on observe que la procédure de médiation organisée par la loi de 1982 est extrêmement soucieuse d'assurer le respect du principe du contradictoire : rien de ce qui est dit par l'une des parties ne semble devoir échapper à la connaissance de l'autre, ce que corroborent les procès-verbaux constatant la réussite ou l'échec des médiations puisqu'ils relatent l'intégralité des propos tenus par les parties lors

des audiences de conciliation. Ce souci d'assurer le respect des droits de la défense des parties intéressées, autrement dit cette trace de formalisme, marque véritablement l'influence que les procédures juridictionnelles ont eue sur cette procédure amiable de règlement des conflits.

- 31 « Ici encore, on est loin de la médiation au sens classique du terme » 1183 . On se rapprocherait plutôt du « succédané » d'arbitrage dont Motulsky avait fait la critique 1184 .

B. Formalisme de la procédure

- 32 **316.L'exemple des commissions départementales de conciliation en matière de baux** - Une seule institution sera étudiée pour illustrer le formalisme auquel le législateur a pu décider de soumettre la procédure de certaines institutions extrajudiciaires chargées d'une mission de conciliation, en vue de compenser l'absence de contrôle judiciaire qui les caractérise : il s'agit des commissions départementales de conciliation en matière de baux. La loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 1185 tendant à améliorer les rapports locatifs (art. 20) a maintenu en place, auprès du représentant de l'Etat, dans chaque département, les commissions départementales de conciliation 1186 .
- 33 **317.Mission** - Ces commissions, instituées par la "loi Méhaignerie" du 23 décembre 1986, sont les héritières des commissions départementales des rapports locatifs, instituées dans chaque département par la « loi Quilliot » du 22 juin 1982. Initialement, les commissions départementales de conciliation 1187 étaient essentiellement compétentes pour connaître des litiges relatifs aux loyers – plus précisément, résultant de l'application de l'article 17 de la loi de 1989 1188 – ainsi que des litiges concernant les locataires

tombant sous le coup de la loi du 1^{er} septembre 1948 et résultant de l'application des articles 30 et 31 de la loi du 23 décembre 1986 ¹¹⁸⁹ . Mais, depuis la loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000, le champ de compétence des commissions a été étendu plus largement également aux litiges relatifs à l'état des lieux, aux dépôts de garantie, aux charges locatives etc ¹¹⁹⁰ .

- 34 **318.Composition ; saisine** - La commission départementale de conciliation territorialement compétente est celle du département où est situé le logement loué ¹¹⁹¹ . Chaque commission est composée de représentants d'organisations de bailleurs et d'organisations de locataires en nombre égal. La saisine préalable de la commission départementale de conciliation, avant la saisine du tribunal, est obligatoire, à défaut de quoi, la demande portée directement devant le tribunal peut être déclarée irrecevable. Elle est enfermée dans des délais extrêmement rigoureux dont le non-respect emporte irrecevabilité de la saisine ¹¹⁹² et reconduction de plein droit du bail dans les conditions antérieures. Ces délais sont destinés à empêcher les demandes abusives. On peut y voir un formalisme à finalité protectrice.
- 35 La commission est saisie par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ¹¹⁹³ . La demande doit indiquer les noms, qualités et adresses des parties ainsi que l'objet du litige. A défaut de saisine correcte et complète de la commission, le délai de deux mois dans lequel celle-ci doit rendre son avis ne court pas.
- 36 **319.Comparution des parties en personne** - Les parties sont ensuite convoquées par lettre simple à se présenter en personne devant la commission, sauf à se faire représenter en cas de motif légitime. Elles peuvent se faire assister de la personne de leur choix. En cas d'absence ou de non-représentation de l'une ou des parties, la commission les convoque une seconde fois, par lettre recommandée

avec demande d'avis de réception. Cette seconde convocation est obligatoire et la seconde séance de conciliation devra se tenir au plus tard la veille du terme de deux mois imparti à la commission pour se prononcer. En toute hypothèse, la commission doit avoir émis un avis, que les parties aient été ou non présentes ou représentées et qu'il y ait eu ou non conciliation, dans un délai de deux mois qui court à compter de sa saisine ¹¹⁹⁴. Les parties doivent se présenter devant la commission munies de documents justifiant leur position et sur lesquels la commission se fondera pour rendre son avis.

- 37 **320. Avis de la commission** - L'avis de la commission contient l'exposé du différend et constate, soit la conciliation totale ou partielle des parties, soit leur non-conciliation. En cas de conciliation totale, les termes de la conciliation font l'objet d'un document signé par les parties et annexé à l'avis de la commission. Ce procès-verbal n'a pas force exécutoire. Si la conciliation n'est que partielle, l'avis mentionne, en outre, les points de désaccord qui subsistent entre les parties. Il indique la position de la commission sur ces points et éventuellement l'avis particulier de certains de ses membres. Enfin, en cas de non-conciliation, l'avis fait état des positions respectives des parties, ainsi que celle de la commission de conciliation et, éventuellement, de certains membres. Le détail des informations qui doivent être mentionnées dans l'avis de la commission peut surprendre et l'on peut s'interroger de la compatibilité d'une telle exigence avec les principes de confidentialité et d'impartialité. L'avis est signé par l'un des représentants des organisations de bailleurs et l'un des représentants des organisations de locataires ayant siégé à la séance.
- 38 **321. Formalisme à finalité protectrice** - Le formalisme de la procédure organisée devant les commissions départementales de conciliation en matière de baux est clairement destiné à protéger la

partie faible de ce genre de contentieux : le locataire. A ce titre, un rapprochement peut être fait avec la procédure organisée devant les bureaux de conciliation des conseils de prud'hommes. En effet, comme cette dernière, on observe que les textes requièrent une institution composée de manière paritaire, que sa saisine préalablement à l'introduction d'une instance aux fins de jugement est obligatoire, que la demande aux fins de conciliation est soumise au respect de formes strictes et que les parties sont tenues de comparaître en personne. Le formalisme protecteur de la procédure devant les commissions semble d'autant plus justifié qu'il n'existe aucun contrôle judiciaire de la conciliation qui puisse assurer ce rôle.

- 39 Pour terminer, envisageons la dernière hypothèse où la juridictionnalisation de l'institution amiable ne résulte pas seulement de sa soumission au respect de règles de forme ou de l'attribution à l'organe considéré d'importants pouvoirs coercitifs, mais des deux éléments réunis cumulativement.

C. Cumul des deux procédés

- 40 **322.***L'exemple des Comités consultatifs de règlement amiable des différends en matière de marchés publics* ¹¹⁹⁵ – Une institution illustre très nettement ce double degré de juridictionnalisation par l'attribution d'importants pouvoirs de direction à l'organe chargé de la conciliation, associée à la consécration de nombreuses règles de forme censées ponctuer toute la procédure amiable : il s'agit des Comités consultatifs de règlement amiable des différends en matière de marchés publics.
- 41 **323.***Historique*- C'est au début du vingtième siècle qu'est apparue pour la première fois « l'idée de substituer à la procédure contentieuse des modalités plus souples de règlement des litiges relatifs aux marchés »

¹¹⁹⁶ . Un premier décret du 24 décembre 1907 ¹¹⁹⁷ créait ainsi un Comité consultatif de règlement amiable auprès du ministère des Travaux public chargé, sur saisine du ministre, de donner des avis et de « *chercher dans chaque litige soumis à son examen les bases susceptibles d'être équitablement adoptées pour la liquidation amiable des comptes* ». D'autres comités, du même modèle, furent institués par la suite auprès d'autres ministres, puis finalement dans chaque ministère. Pour diverses raisons ¹¹⁹⁸, tenant notamment à la réticence des ministres - seuls compétents - à saisir les comités consultatifs de règlement amiable qui leur étaient rattachés, l'activité de ces institutions fut rapidement réduite à néant, si bien qu'une réforme d'ampleur due être envisagée au début des années 1980 ¹¹⁹⁹ .

- 42 **324. Mission ; saisine** - Celle-ci fut réalisée par le décret du 18 mars 1981 ¹²⁰⁰ . Ce texte institua un Comité interministériel unique placé auprès du premier ministre - dénommé Comité consultatif de règlement amiable des marchés - qui se substituait alors aux divers comités précédents. La mission de ce comité, inscrite à l'article 239 du Code des marchés publics, était de « *rechercher, dans les différends ou litiges relatifs aux marchés de l'Etat et de ses établissements publics, autres que ceux qui ont le caractère industriel et commercial, les éléments de droit et de fait pouvant être équitablement adoptés en vue d'une solution amiable* ». La compétence du comité était donc initialement limitée aux seuls marchés de l'Etat et de ses établissements publics. La grande nouveauté de la réforme est qu'elle ouvrait la saisine du comité non plus seulement au ministre ou au représentant légal de l'établissement public, mais également, directement au titulaire du marché ¹²⁰¹ . Cependant, ce dernier ne se trouvait pas encore dans une position parfaitement équivalente à celle attribuée au ministre ou représentant de l'établissement public : il était tenu, préalablement à la saisine du comité, de procéder à un recours

administratif préalable devant le responsable du marché avant de pouvoir saisir le comité aux fins de conciliation (C. mar. pub., art. 242). L'ouverture de la saisine du comité consultatif au titulaire du marché eut pour conséquence de multiplier le nombre des demandes, si bien que le comité se trouva rapidement submergé. D'où la nécessité d'ajouter au comité consultatif initial d'autres comités qui pourraient tout à la fois le décharger d'une partie du contentieux dont il était saisi et d'autre part, se charger de régler à l'amiable les différends relatifs aux marchés passés par les collectivités ices décentralisés de l'Etat ¹²⁰², différends qui se multipliaient et dont l'exclusion du champ de la procédure de règlement amiable n'était plus justifiée. C'est ce que fit le décret du 25 février 1991 ¹²⁰³ en créant des comités régionaux et interrégionaux implantés sur tout le territoire qui venaient ainsi compléter l'ancien comité consultatif, devenu *Comité consultatif national*.

- 43 **325. Formalisme de la procédure devant les comités ; pouvoirs d'instruction des comités** – La saisine des comités – qui peut être aussi bien le fait du responsable du marché que de son titulaire – se fait par écrit au moyen d'un mémoire exposant les motifs de la réclamation. Elle emporte suspension des délais de recours contentieux jusqu'à ce que le comité rende son avis, mais en revanche, elle est sans effet sur le sort des instances en cours. Une fois saisi, le comité – *via* un rapporteur qu'il désigne – procède à l'instruction de l'affaire : il dispose à cette fin d'importants pouvoirs d'investigation. Il peut, par exemple, demander à avoir accès à tous les documents administratifs susceptibles de l'informer sur le dossier dont il est saisi ¹²⁰⁴ ou bien encore procéder à des interrogatoires. Le président du comité peut également ordonner une expertise. A la fin de l'instruction, le rapporteur présente

oralement son rapport au comité. Ce dernier procède ensuite à l'examen des mémoires des parties et le cas échéant à leur audition ainsi qu'à celle de toute autre personne dont l'intervention lui paraît utile. Le respect du principe du contradictoire n'est pas expressément exigé par les textes ; il est en pratique généralement respecté, mais rien n'oblige le comité à porter à la connaissance de chacune des parties le mémoire de son adversaire ni de les interroger simultanément.

44 **326. Issue de la procédure** - A l'issue de cette procédure, le comité délibère à huis clos. Il doit rendre un avis dans un délai de six mois prorogeable pour une période de trois mois sur décision motivée du président. L'avis du comité est rendu *en droit ou en fait* : ce qui signifie qu'il doit privilégier des considérations d'équité plutôt que la stricte application de la règle de droit même si celle-ci reste une référence prioritaire. L'avis doit être notifié au ministre et au titulaire du marché. Bien que simplement facultatif, il n'est cependant pas sans effet : il oblige la personne publique à se prononcer à son égard dans un délai de deux mois. A l'expiration de ce délai, en cas de silence de l'Administration, l'avis est réputé rejeté et le titulaire du marché peut porter l'affaire devant la juridiction contentieuse. Dans la pratique, l'autorité morale des avis des comités est très forte.

45 **327. Une institution très fortement juridictionnalisée** - Les comités consultatifs de règlement amiable disposent de très importants pouvoirs d'investigation et d'une très grande liberté d'action afin de mener à bien l'instruction des affaires dont ils sont saisis. La procédure suivie s'apparente sur de nombreux points, comme nous l'avons déjà souligné à propos d'autres procédures de conciliation, aux procédures de type juridictionnel et plus particulièrement au contentieux administratif : rédaction de mémoires, instruction inquisitoriale, délibéré etc.... Qui plus est, il ne semble pas que les

parties soient véritablement associées à la recherche d'une solution au différend qui les oppose : seul le comité propose, via des avis dont l'autorité morale est très forte.

46 **328. Une institution quasi arbitrale** - Un auteur ira plus loin en affirmant que « *le rapprochement [de la procédure de règlement amiable des comités consultatifs] avec la justice arbitrale s'impose avec insistance* » ¹²⁰⁵. Selon cet auteur, ce rapprochement résulte en partie du fait que dès l'origine, les comités consultatifs ont été institués en vue de constituer des substituts de la justice administrative, trop lente et trop formaliste pour ce genre de litige ¹²⁰⁶ ; d'autre part, il résulte du fait que la mission des comités « *ne se borne pas à rassembler des éléments de fait et de droit susceptibles d'être retenus en vue d'une solution amiable et à émettre de simples avis sur le quantum de l'indemnité à allouer en règlement du différend* ». Les comités entendent en réalité leur rôle « *de manière beaucoup plus extensive et directive* », au point que l'on peut s'interroger sur la nature véritable de ces organismes : s'agit-il de « *simples organes de conciliation sans pouvoir de décision* » ou plutôt « *d'instances quasi-arbitrales statuant en équité avec l'autorité d'une véritable juridiction destinée à se substituer à une justice administrative encombrée et exigeante* » ¹²⁰⁷ ? L'interrogation est justifiée.

47 **329. Conclusion** - On observe donc que les procédures de conciliation extrajudiciaires, toutes natures confondues, se caractérisent par cette tendance à la juridictionnalisation, comme si elles cherchaient à compenser la tutelle judiciaire à laquelle elles ont sciemment et expressément renoncé. Une autre interprétation de la juridictionnalisation des procédures amiables est d'y voir une manière, pour le législateur, de légitimer ces procédures, en leur attribuant certaines des caractéristiques de la procédure traditionnelle de règlement des litiges.

48 Mais c'est surtout par la judiciarisation que le législateur a pu compenser pleinement le défaut de tutelle judiciaire et, ce faisant, assortir les modes alternatifs de règlement amiables qu'il a institués hors les murs, de toute la sécurité juridique nécessaire. C'est avec le développement des modes para-judiciaires de règlement des conflits que transparaît le phénomène de judiciarisation.

SECTION II – LA JUDICIARISATION

- 49 **330. *Finalité*** - Sans pour autant faire partie du judiciaire, les procédures de conciliation dites para-judiciaires ont été instituées dès le départ en relation avec le juge ou réformées dans le sens d'une intervention ou d'une sollicitation toujours plus accrue du juge. L'intervention du juge consiste le plus souvent en un contrôle de la procédure amiable, plus ou moins direct, mais elle peut également conduire le juge à participer activement au mode alternatif de règlement du litige en vue d'en favoriser le bon déroulement.
- 50 La création de liens avec l'institution judiciaire, la sollicitation du juge, répond à des finalités différentes. Elle peut être destinée simplement à légitimer une institution de conciliation en mal d'identité (A). Elle peut encore être destinée à améliorer la sécurité juridique de la procédure amiable considérée et à offrir plus de garanties aux personnes qui ont recours à cette institution (B). Elle peut enfin être destinée à améliorer l'efficacité d'un mode amiable de règlement des différends qui ne parvient pas à s'épanouir ou qui est en perte de vitesse (C).

A. La judiciarisation aux fins de légitimation

- 51 **331. *L'exemple des conciliateurs de justice*** - L'institution des conciliateurs de justice ¹²⁰⁸ illustre particulièrement bien la méthode qui consiste, pour le législateur, à judiciariser une institution non-judiciaire en vue de la légitimer. Si les conciliateurs de justice ont dès l'origine été institués en liaison avec le monde judiciaire ¹²⁰⁹ - et avec le juge d'instance en particulier cette tendance n'a cessé d'être renforcée au fil des réformes successives ¹²¹⁰, dans l'espoir que la judiciarisation de l'institution

s'accompagne d'un regain d'activité pour des conciliateurs en perte de vitesse (1°). Cette marche vers la judiciarisation ne s'est pas accompagnée d'une juridictionnalisation de l'institution (2°), ce qui montre que judiciarisation et juridictionnalisation sont deux phénomènes distincts et autonomes.

1°. Les étapes de la judiciarisation

- 52 **332. Des suppléants des juges de paix aux conciliateurs** - Les conciliateurs de justice sont nés d'une expérience menée en 1977 dans quatre départements ¹²¹¹, qui avait consisté à combler la lacune créée par la suppression des suppléants des juges de paix lors de la réforme judiciaire de 1958 ¹²¹². Ces derniers, institués par la loi du 29 ventôse an IX ¹²¹³, étaient des notables locaux, choisis pour leur bon sens et leur assise dans le milieu local où ils exerçaient leurs fonctions judiciaires. Celles-ci consistaient en l'exercice, de manière bénévole et intermittente, des fonctions de magistrat cantonal en cas d'absence ou d'empêchement du juge de paix. Ils étaient dotés des mêmes pouvoirs que ce dernier, en matière gracieuse comme en matière contentieuse : autrement dit, à défaut d'être parvenus à concilier les parties – première de leur mission – ils pouvaient trancher le litige en application des règles de droit.
- 53 Les réformes opérées par les ordonnances du 22 décembre 1958 ont supprimé l'institution des suppléants des juges de paix en même temps qu'elles supprimaient les justices de paix. Cela a eu pour conséquence, du fait de la concentration des tribunaux d'instance, « d'éloigner géographiquement la justice des justiciables » ¹²¹⁴ et de diminuer sensiblement les « effectifs globaux du personnel amené à traiter des petits litiges de la vie courante » ¹²¹⁵.
- 54 D'où l'idée de restaurer, sous une forme contemporaine, ces suppléants du juge de paix. Contrairement à ces derniers, les

conciliateurs ne sont pas intégrés à l'appareil judiciaire : ils n'ont pas vocation à être des juges d'instance intermittents et supplétifs.

55 **333. Mission des conciliateurs** – Choisis en dehors du corps judiciaire, les conciliateurs ne sont dotés d'aucun pouvoir juridictionnel ; ils sont simplement chargés de favoriser le règlement amiable des différends portant sur des droits dont les parties ont la libre disposition (Décr. 1978, art. 1^{er}). Ils ont donc une compétence générale en droit privé pour le « *tout-venant des affaires civiles* » ¹²¹⁶, quel que soit le domaine considéré - droit commercial, droit du travail, droit de la consommation, droit civil etc. - la seule limite à leur champ de compétence étant la disponibilité des droits litigieux.

56 A l'origine, aucune condition de formation particulière n'était requise pour pouvoir devenir conciliateur : il suffisait d'être inscrit sur une liste électorale et de faire partie des « *hommes ou des femmes jouissant de la considération générale dans la localité où ils sont amenés à exercer leurs fonctions [...] les qualités primordiales qu'ils doivent présenter sont, outre le bon sens, la faculté d'écoute [...] les connaissances juridiques n'étant pas indispensables* » ¹²¹⁷. La justification de cette souplesse résidait dans la nature des litiges susceptibles de faire l'objet d'une telle mesure : les petits litiges de la vie quotidienne, censés être d'une faible juridicité.

57 **334. La marche vers la judiciarisation** - L'absence de toute exigence de connaissances juridiques fut très vite déplorée, par les praticiens comme par les conciliateurs eux-mêmes qui souhaitaient bénéficier en contrepartie d'un certain rattachement à l'institution judiciaire ¹²¹⁸. Une série de textes est donc venue modifier le décret du 20 mars 1978 en ce sens : en procédant à une intégration de plus en plus marquée des conciliateurs au sein de l'appareil judiciaire et en renforçant plus particulièrement le lien les unissant au juge d'instance.

- 58 **335. Le décret du 18 mai 1981** - Ainsi, le décret du 18 mai 1981 ¹²¹⁹ a : rendu compatibles les fonctions de conciliateur avec celles de suppléant du juge d'instance ; a autorisé les autorités judiciaires à saisir un conciliateur ; a exigé que les accords de conciliation soient déposés au secrétariat-greffe du tribunal d'instance auquel le conciliateur est rattaché et enfin a incité les juges d'instance à donner leur avis lors du recrutement des conciliateurs.
- 59 **336. Le décret du 25 février 1993** - Près de quinze ans plus tard, le décret du 25 février 1993 ¹²²⁰ continue sur la lancée de son prédécesseur et renforce plus encore le « *glissement de l'institution du conciliateur judiciaire vers le juridique* » ¹²²¹ . Ainsi, il est exigé des conciliateurs qu'ils justifient d'une expérience d'au moins cinq ans en matière juridique ; leur candidature est soumise à l'avis du Conseil départemental de l'aide juridique et les parties qui se présentent devant eux peuvent se faire accompagner par la personne de leur choix en vue d'une amorce de garantie des droits de la défense ¹²²² .
- 60 **337. Le décret du 13 décembre 1996 ; la naissance des conciliateurs « de justice »** - La dernière réforme du statut des conciliateurs, réalisée par le décret du 13 décembre 1996 ¹²²³ , parfait les avancées précédentes : le lien unissant les conciliateurs de justice au juge d'instance est sensiblement accentué, dans le souci d'associer plus étroitement encore les conciliateurs à l'œuvre de justice et d'en faire, désormais, de véritables auxiliaires de justice ¹²²⁴ . Ce renforcement a notamment consisté à accroître les pouvoirs du juge d'instance dans le recrutement, la formation et le renouvellement des conciliateurs de justice ¹²²⁵ , à la place du Conseil départemental de l'aide juridique qui n'intervient plus directement dans le processus de nomination. Le changement de statut des conciliateurs est mis en valeur par leur nouvelle dénomination

puisque'ils prennent désormais le titre de conciliateurs « de justice ». Il s'agit ainsi de souligner leur appartenance et leur collaboration au service public de la justice. Moins que des « *particuliers dévoués* »¹²²⁶, ils sont élevés au rang d'auxiliaires du juge, lequel peut, à ce titre, les saisir directement en vue de procéder « *aux tentatives préalables de conciliation prescrites par la loi [...] dans les conditions et selon la procédure prévues par les articles 831 à 835 du nouveau code de procédure civile* » (D. 1978, art. 1^{er} al. 2, aj. D. 1996, art. 2). Inversement, l'expérience juridique requise de la part des conciliateurs est ramenée de cinq à trois ans : probablement parce que l'accroissement des pouvoirs de contrôle du juge d'instance sur leur recrutement et leur carrière a été perçu comme une garantie plus fiable de leurs qualités personnelles qu'une exigence un peu abstraite « *d'expérience en matière juridique* ».

61 Les conciliateurs de justice sont aujourd'hui nommés pour une première période de un an par ordonnance du premier président de la cour d'appel, *sur proposition du juge d'instance* après avis du procureur général (D. 78-381 du 20 mars 1978, art. 3, aj. D. n° 96-1091 du 13 décembre 1996). Ils peuvent être reconduits dans leurs fonctions pour une période renouvelable de deux ans. Rattachés à un tribunal d'instance, leur compétence est limitée à une circonscription territoriale.

62 **338.Bilan** – Les conciliateurs de justice ont donc cela de particulier qu'ils sont *organiquement* dépendants de l'institution judiciaire – leur recrutement et leur carrière en dépendent – et lui sont même associés sur le plan *fonctionnel* de plus en plus étroitement¹²²⁷ puisqu'ils peuvent être amenés à tenter, sur demande du juge, des conciliations judiciaires (NCPC, art. 831 et s.). Néanmoins, la forte présence du judiciaire n'empêche pas ce mode de règlement des conflits d'être avant tout, et par essence, un mode *non-judiciaire*, ce

que l'article 1^{er} du décret de 1978 rappelle lorsqu'il précise que la mission des conciliateurs est de « *faciliter, en dehors de toute procédure judiciaire, le règlement amiable des différends...* ».

2°. L'autonomie de la judiciarisation

63 L'examen très sommaire de la procédure de conciliation proposée par les conciliateurs de justice révèle que le recours à la judiciarisation ne s'accompagne pas nécessairement d'une juridictionnalisation de l'institution.

64 **339. Une procédure informelle et purement consensuelle** - Les conciliateurs de justice sont saisis sans forme, directement par les particuliers ¹²²⁸. Afin d'exécuter leur mission, les conciliateurs de justice se sont vu conférer certains pouvoirs : ils peuvent se rendre sur les lieux et entendre toutes personnes dont l'audition leur paraît utile, si celles-ci l'acceptent ¹²²⁹. Ils sont libres de mener la tentative de conciliation comme ils l'entendent, le silence des textes sur ce point exclut toute sorte de formalisme. Plus encore, depuis le décret du 13 décembre 1996, l'accord de conciliation n'a même plus à être consigné dans un procès-verbal, sauf à ce qu'il ait pour effet la renonciation à un droit ¹²³⁰ ou que la conciliation ait été ordonnée dans le cadre d'une instance contentieuse ¹²³¹. Enfin, précisons que les conciliateurs de justice exercent leurs fonctions à titre bénévole ¹²³².

65 **340. Bilan** - Malgré sa nature para-judiciaire, la procédure de conciliation menée par les conciliateurs de justice s'inspire beaucoup moins des caractéristiques des procédures de type juridictionnel que la plupart des procédures de conciliation purement extrajudiciaires que nous avons étudiées jusqu'ici. Elle est dénuée de tout formalisme et le conciliateur ne dispose pratiquement d'aucun pouvoir pour mener à bien sa mission. Tout est affaire de dialogue, de réflexion, de

sensibilité, de force de persuasion, d'autorité morale, de tactique de négociation... Il n'est aucunement question d'autorité, de commandement, de recommandations, d'injonctions ni d'enquête. La judiciarisation des modes amiables de règlement des conflits peut donc être réalisée indépendamment de toute juridictionnalisation ; l'une et l'autre sont parfaitement autonomes, probablement parce qu'elles ne remplissent pas le même objectif.

- 66 Cependant, il est des cas où l'association des deux méthodes peut s'avérer utile, sinon indispensable. Il n'est alors plus question de légitimation mais de sécurité juridique.

B. La judiciarisation aux fins de sécurité juridique

- 67 **341. L'exemple des commissions de surendettement des particuliers** – La judiciarisation de modes alternatifs de règlement des conflits dans l'optique de leur assurer toute la sécurité juridique nécessaire au respect des droits fondamentaux des parties qui y ont recours est une technique que le législateur a notamment utilisée en matière de surendettement des particuliers ¹²³³.
- 68 **342. Mission ; saisine** - Les commissions départementales d'examen des situations de surendettement des particuliers ont été créées par la loi n° 89-1010 du 31 décembre 1989 ¹²³⁴ (dite loi Neiertz). Leur actuelle mission : *traiter* ¹²³⁵ les situations de surendettement des personnes physiques qui les saisissent, caractérisées par « l'impossibilité manifeste pour le débiteur de bonne foi ¹²³⁶ de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles ¹²³⁷, exigibles et à échoir » (C. cons., art. L. 331-2), résulte des termes de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 ¹²³⁸ qui a profondément réformé la procédure de traitement des situations de surendettement. Dernièrement, la loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions n° 98-657 du 29

juillet 1998 ¹²³⁹ a encore modifié la procédure dans le sens d'un renforcement des pouvoirs des commissions afin de leur permettre de traiter des situations de surendettement *passif* - celles résultant d'une diminution sensible des ressources du débiteur et entraînant son insolvabilité -et non plus seulement des situations de surendettement *actif* - celles qui trouvent leur origine dans le recours excessif au crédit ¹²⁴⁰ .

69 La saisine des commissions est simplifiée, mais néanmoins formelle : elle doit être le fait personnel du débiteur surendetté qui est tenu de s'adresser au secrétariat de la commission dans le ressort de laquelle est situé son domicile ou sa résidence. Le débiteur devra alors remplir une déclaration type, seule à même de permettre un premier examen de la recevabilité de sa demande par la commission. A peine d'irrecevabilité, la déclaration doit comporter un certain nombre de mentions obligatoires ¹²⁴¹ .

70 **343.Examen de la recevabilité de la demande ; établissement de l'état du passif du débiteur** - Une fois saisie, la commission apprécie la recevabilité de la demande du débiteur ¹²⁴² et le cas échéant, dresse l'état du passif de celui-ci. A cette fin, la commission dispose d'importants pouvoirs d'investigation ¹²⁴³ : elle peut entendre le débiteur comme toute personne dont elle estime l'audition utile ; elle peut faire publier un appel aux créanciers ¹²⁴⁴ ; elle peut se faire communiquer auprès des administrations publiques, des établissements de crédit, des organismes de sécurité et de prévoyance sociales ainsi que des services chargés de centraliser les risques bancaires et les incidents de paiement tous renseignements de nature à lui donner une exacte information sur la situation du débiteur, l'évolution possible de celle-ci et les procédures de règlement amiable en cours ; elle peut enfin demander aux

collectivités territoriales ou aux organismes de sécurité sociale de procéder à des enquêtes sociales.

- 71 Au vu de tous ces éléments, la commission dresse l'état du passif du débiteur et en informe toutes les parties intéressées ¹²⁴⁵. Dans les vingt jours qui suivent la notification de cet état au débiteur, ce dernier peut le contester ¹²⁴⁶ en demandant à la commission de saisir le juge de l'exécution aux fins de vérification de la validité des titres de créance et du montant des sommes réclamées. Sa demande doit être motivée ¹²⁴⁷.
- 72 **344.Elaboration du plan conventionnel de redressement** - S'ouvre ensuite la phase de conciliation dont l'objet est de permettre « l'élaboration d'un plan conventionnel de redressement approuvé par le débiteur et ses principaux créanciers » (C. cons., art. L. 331-6). Les modalités de recherche d'un accord entre les parties en vue de leur permettre d'élaborer ce plan conventionnel de redressement ¹²⁴⁸ ne sont pas précisées par la loi ni son décret d'application ¹²⁴⁹. En revanche, quelques mesures concrètes de redressement sont proposées aux parties ¹²⁵⁰ (C. cons., art. L. 331-6).
- 73 La mission des commissions est de s'assurer que toutes les mesures possibles – même celles non expressément prévues par la loi - auront bien été envisagées par les parties, et à défaut, de les leur soumettre ¹²⁵¹. D'autre part, elles sont aussi chargées de déterminer, parmi les différentes mesures envisageables, celles qui correspondent le mieux au cas d'espèce qui leur est soumis. Ainsi, les commissions devront s'efforcer d'obtenir des remises d'intérêts ou de créances chaque fois que l'instruction aura fait apparaître que les créanciers ont manqué aux usages de leur profession ¹²⁵². Enfin, afin de favoriser l'élaboration du plan conventionnel de redressement, elles peuvent saisir le juge de l'exécution ¹²⁵³ aux fins de suspension provisoire des procédures d'exécution ¹²⁵⁴.

74 Toutes les informations échangées pendant la procédure de conciliation devant la commission de surendettement sont couvertes par le secret : les membres de la commission comme toute partie qui a été appelée à la procédure ont interdiction de les divulguer à des tiers (C. cons., art. L. 331-10).

75 **345. *Echec de la conciliation ; recommandations de la commission*** – A défaut de conciliation, autrement dit, si créanciers et débiteur ne sont pas parvenus à établir un plan conventionnel de redressement, ce dernier peut alors demander ¹²⁵⁵ à la commission d'adopter un certain nombre de mesures de redressement – plus exactement des *recommandations* – destinées à lui permettre de faire face à sa situation de surendettement ¹²⁵⁶. Dans ce cas, la commission, après avoir invité les parties à présenter leurs observations – autrement dit, selon une procédure contradictoire – détermine, parmi les mesures limitativement énumérées par la loi, celles qui semblent les plus adaptées à la situation qui lui est soumise et les adresse aux parties sous forme de recommandations dans un délai de deux mois. Ces mesures s'inspirent de celles que les parties auraient pu insérer dans leur plan de redressement en cas de conciliation, mais bénéficient de moins de souplesse ¹²⁵⁷. L'avis de la commission, qui contient ces recommandations, est notifié aux parties par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Les parties disposent alors d'un délai de quinze jours pour contester tout ou partie de ces recommandations devant le juge de l'exécution, ou bien au contraire en solliciter l'exécution provisoire (C. cons., art. L. 332-2 et R. 331-20).

76 **346. *La procédure aux fins de recommandation : une procédure quasi arbitrale*** – Cette seconde phase de la procédure devant la commission n'est plus à proprement parler une conciliation mais plutôt une procédure *quasi arbitrale* ¹²⁵⁸ en vertu de laquelle la

commission est chargée de « recommander » des mesures qui, sans avoir autorité de la chose jugée, seront néanmoins obligatoires pour les parties et obtiendront automatiquement force exécutoire après leur soumission au juge de l'exécution (C. cons., art. L. 332-1). Le fait que les recommandations de la commission soient susceptibles de faire l'objet d'un recours devant ce même juge ou encore, soient passibles d'exécution forcée, accentue le rapprochement entre cette procédure et la procédure arbitrale et, simultanément, renforce son éloignement de la procédure purement « amiable » qu'est la conciliation.

77 **347.Saisine du JEX aux fins de renforcer l'autorité des recommandations** - A défaut de contestation, la commission adresse ces mesures au juge de l'exécution afin qu'il leur soit conféré force exécutoire (C. cons., art. R. 332-1). Pour ce faire, le juge procède préalablement à un examen de leur régularité et, s'il s'agit d'un effacement de créance (C. cons., art. L. 331-7-1 al. 3), à un examen de leur bien fondé (C. cons., art. R. 332-2) ¹²⁵⁹. En cas de refus du juge de l'exécution de conférer force exécutoire aux mesures qui lui sont soumises, il invite la commission à formuler de nouvelles propositions conformes au dispositif législatif et réglementaire (C. cons., art. R. 332-3).

78 **348.Saisine du JEX aux fins de contester les recommandations** - En cas de contestation des mesures recommandées par la commission, le juge de l'exécution devra alors se prononcer ¹²⁶⁰, selon une procédure contradictoire ¹²⁶¹. Préalablement, le juge pourra prescrire toute mesure d'instruction qu'il estime utile, faire publier un appel au créancier, vérifier la validité et le montant des titres de créance, ou bien encore obtenir communication de tout renseignement lui permettant d'apprécier la situation du débiteur et son évolution possible (C. cons., art. L. 332-2). Le juge peut

également, avant de statuer, ordonner l'exécution provisoire des mesures recommandées par la commission ¹²⁶² si l'une des parties lui en fait la demande (C. cons., art. R. 332-5 et suiv.). Les décisions du juge de l'exécution sont exécutoires de plein droit, à titre provisoire. Elles sont susceptibles d'appel (C. cons., art. R. 332-9).

79 **349.Bilan** - Le propre de la procédure de conciliation organisée devant les commissions de surendettement des particuliers est donc de prévoir, dans de multiples hypothèses, l'intervention du juge de l'exécution sur demande des parties ou bien directement à l'initiative de la commission. Les liens tissés entre ce mode alternatif de règlement des conflits et le monde judiciaire procèdent d'un système de recours devant le juge de l'exécution, d'un système de passerelles, utilisable chaque fois que des difficultés se présentent ou bien au contraire, chaque fois qu'il s'agit de conforter ¹²⁶³ les mesures prises par la commission. De ce lien avec le juge de l'exécution ¹²⁶⁴, on déduit la nature *para-judiciaire* ¹²⁶⁵ de la procédure de conciliation devant les commissions de surendettement.

80 **350. Respect des droits fondamentaux du débiteur** - Mais surtout, l'établissement de ces passerelles vers le juge est révélateur de la volonté du législateur d'assurer que les droits fondamentaux du débiteur ¹²⁶⁶ seront respectés. Respect des droits de la défense, tout d'abord, puisque toute décision de la commission peut être contestée devant le juge ; respect des droits substantiels ensuite, puisque toute décision de la commission peut voir son autorité renforcée ou son exécution assurée grâce au juge de l'exécution.

81 On retrouve ce même souci d'efficacité avec les procédures de règlement amiable des difficultés des entreprises, pour lesquelles le législateur a également prévu une intervention du juge, mais selon un concept différent : non plus moyennant la mise en place d'un

système de voies de recours, mais moyennant l'instauration de contrôles *a priori* et *a posteriori*.

C. La judiciarisation aux fins d'efficacité

- 82 **351. *L'exemple de la procédure de règlement amiable des difficultés des entreprises*** - C'est avec la loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984 (C. com., art. L. 611-1 et s.) qu'a été instituée la procédure de règlement amiable des difficultés des entreprises ¹²⁶⁷, après deux premières expériences législatives ¹²⁶⁸ négatives. La finalité de la loi est d'inciter les entreprises, et plus largement toute personne morale de droit privé, à tenter de conjurer la faillite qui les menace, avant la cessation de paiements qui les contraindra à déposer le bilan. Pour ce faire, il leur suffit de saisir le président du tribunal de grande instance ou du tribunal de commerce ¹²⁶⁹ d'une demande tendant à la désignation d'un conciliateur aux fins de rechercher la conclusion d'un accord avec ses principaux créanciers.
- 83 **352. *Judiciarisation de la procédure*** - Le faible succès de la loi de 1984, lié à « *l'attitude de créanciers récalcitrants refusant de s'associer à son déroulement [...] et à son couronnement* », a conduit le législateur à réformer la procédure de règlement amiable, ce qu'il a fait avec la loi n° 94 475 du 10 juin 1994, dans le sens d'une judiciarisation de la procédure. Ainsi, les pouvoirs du président du tribunal ont été accentués tout au long de la procédure : il a la possibilité, notamment, outre de désigner le conciliateur, d'ordonner la suspension des poursuites engagées par des créanciers ou encore, d'homologuer l'accord qui résulterait de la procédure amiable, le cas échéant en assortissant sa décision de délais de grâce à l'encontre des créanciers non parties à l'accord. L'espoir du législateur est donc que par cette judiciarisation, la procédure de règlement amiable y

puise « *des forces nouvelles susceptibles de la promouvoir* » ¹²⁷⁰ et en sorte plus efficace.

84 **353. Conditions de validité et de recevabilité de la requête aux fins de règlement amiable** - La procédure de règlement amiable est ouverte à « *toute entreprise commerciale ou artisanale qui, sans être en cessation de paiement, éprouve une difficulté juridique, économique ou financière ou des besoins ne pouvant être couverts par un financement adapté aux possibilités du débiteur* » (C. com., art. L. 611-3 al. 1^{er}), sur simple requête adressée au président du tribunal. Cette procédure est également ouverte aux personnes morales de droit privé (C. com., art. L. 611-5). La requête ne peut être formée que par les dirigeants ou représentants de l'entreprise en difficulté. Elle doit exposer la situation financière, économique et sociale de l'entreprise, ses besoins de financement ainsi que les moyens dont elle dispose pour y faire face et doit être accompagnée d'un certain nombre de documents annexes ¹²⁷¹, susceptibles de permettre au président du tribunal d'apprécier la situation présente et à venir de l'entreprise.

85 En vue d'apprécier la recevabilité et l'opportunité de la demande, le président convoque le représentant légal de la personne morale ou le chef d'entreprise pour recueillir ses explications. Le président dispose de très importants pouvoirs d'information ¹²⁷² (C. com., art. L. 611-2 al. 2) en vertu desquels il peut requérir tous renseignements de nature à lui donner une exacte information sur la situation économique et financière du débiteur. Il peut également désigner un expert à cette fin.

86 **354. Désignation et mission du conciliateur** - C'est sur la base de ces informations que le président décidera s'il nomme ou non un conciliateur ¹²⁷³. Le cas échéant, la mission du conciliateur est déterminée par le président du tribunal dans l'ordonnance qui le désigne. D'une manière générale, elle doit avoir pour objet de

« favoriser le fonctionnement de l'entreprise et rechercher la conclusion d'un accord avec les créanciers » (C. com., art. L. 611-4). A cette fin, le conciliateur peut disposer de toutes les informations recueillies par le président du tribunal ainsi qu'éventuellement des résultats de l'expertise que ce dernier aurait ordonnée. Il ne dispose d'aucun pouvoir d'instruction, coercitif ou décisionnel. Néanmoins, s'il l'estime nécessaire et susceptible de favoriser la conclusion d'un accord, le conciliateur peut demander au président du tribunal d'ordonner la suspension provisoire des poursuites engagées par certains créanciers. Le conciliateur est le plus souvent choisi sur une liste d'administrateurs judiciaires. Sa mission est enfermée dans un délai de trois mois, prorogeable d'un mois maximum, à sa demande.

87 **355. Issue du règlement amiable** – Si un accord est conclu, le débiteur peut en obtenir l'homologation par le président du tribunal. En vérité, l'homologation, facultative lorsque l'accord n'est conclu qu'avec les principaux créanciers, devient obligatoire si l'accord a été accepté par tous les créanciers. L'intérêt de cette procédure, lorsque l'accord ne porte pas sur toutes les créances, est qu'elle autorise le président du tribunal à accorder au débiteur des délais de paiement pour les créances non incluses dans l'accord. L'objectif d'une telle mesure est d'éviter que l'exécution de l'accord amiable ne soit perturbée, sinon empêchée, par des créanciers récalcitrants.

88 **356. Bilan** - Le nouveau rôle conféré au président du tribunal par la loi du 10 juin 1994 apparaît donc comme destiné à favoriser l'effectivité de la procédure de règlement amiable et, ce faisant, d'en promouvoir l'essor. Indirectement, c'est sur la nature même de la procédure que la judiciarisation emportera également des effets : « Cette procédure, qui était essentiellement contractuelle dans le cadre originel de la loi du 1^{er} mars 1984 » ¹²⁷⁴ a donc « depuis 1994, une figure mixte. Certes, sa base reste de type conventionnel. Mais [...] elle revêt aussi

une dimension judiciaire » ¹²⁷⁵ . En bref, elle constitue une forme de conciliation para-judiciaire.

89 **357. Conclusion du Chapitre second** - Dès les années quatre-vingt, un auteur avait mis le doigt sur cette « *tendance* » à la juridictionnalisation ou à la judiciarisation des conciliations pourtant instituées hors les murs : « *Cet essor ou ce renouveau de la conciliation, qui s'est accompli en marge de la justice étatique, voire contre elle, s'accompagne pourtant aujourd'hui d'une tendance certaine à un rapprochement de l'institution judiciaire* » ¹²⁷⁶ . Vingt ans plus tard, le rattachement des modes extrajudiciaires au monde judiciaire est perçu comme une évidence, sinon une nécessité : « *Que ce soit carrément dans le principe même de leur mise en œuvre ou, seulement, dans le contrôle de leur efficacité, les modes alternatifs de règlement des conflits ne sont concevables qu'articulés à la justice étatique. [...] La chose est évidente pour les conciliations et médiations judiciaires ; elle l'est tout autant pour les conciliations et les médiations extrajudiciaires : spontanément du reste, la pratique conciliatoire a tendance à se procéduraliser pour offrir les garanties nécessaires à une solution équitable des litiges* » ¹²⁷⁷ .

90 On assisterait donc à une sorte de va-et-vient permanent, à un mouvement de balancier entre la conciliation et l'institution judiciaire : celle-là ne parvenant pas à se démarquer totalement du modèle en réaction contre lequel elle est née, soit qu'elle en adopte certaines des caractéristiques juridictionnelles ; soit qu'elle s'en rapproche par la création de liens -organiques, fonctionnels ou processuels - qui la relie au juge.

91 **358. Dimension juridictionnelle des procédures de conciliation non-judiciaires** - La dimension juridictionnelle des procédures de conciliation extrajudiciaires se traduit par le maintien d'un certain formalisme, par l'organisation de procédures contradictoires, par

l'octroi d'importants pouvoirs d'instruction ou d'injonction au tiers conciliateur ou bien encore, par la mise en place d'un processus décisionnel particulièrement directif ¹²⁷⁸ .

92 Cette incapacité du législateur à se démarquer entièrement du modèle juridictionnel, son « *désir de cumuler les seuls avantages de ces diverses catégories* » ¹²⁷⁹ n'est pas sans risque. Le premier est d'être source d'une « *confusion des genres* » ¹²⁸⁰ et d'engendrer un contentieux portant soit sur la nature ou le régime juridique de ces nouveaux modes de règlement des conflits, soit sur la nature ou les effets de la solution qui en émane ¹²⁸¹ . Le second est de remettre en cause l'originalité des modes amiables non-judiciaires de règlement des conflits : annoncés comme devant constituer de véritables « *substituts des modes juridictionnels* » ¹²⁸² , ceux-ci s'avèrent finalement n'en être que « *des formes imparfaites mais de même nature* » ¹²⁸³ , en un mot des « *succédanés* » ¹²⁸⁴ .

93 Néanmoins, malgré l'existence de tels risques, il y a lieu de souligner que toutes les affaires portées devant ces institutions de conciliation ne dégénèrent pas systématiquement en contentieux : beaucoup échappent définitivement au traitement juridictionnel et se résolvent à l'amiable, sans heurt. Qui plus est, le maintien de certaines des caractéristiques des procédures juridictionnelles présente l'avantage d'éviter que ces nouveaux modes de règlement des conflits ne se transforment en sous-justice, comme certains ont pu le craindre ¹²⁸⁵ .

94 **359.Dimension judiciaire des procédures de conciliation non-judiciaires** - La judiciarisation des modes alternatifs de règlement des conflits, qui n'est d'ailleurs pas propre aux modes amiables - l'arbitrage en a été la première cible - constitue l'autre procédé auquel le législateur a eu recours en vue d'assurer plus d'efficacité et de garanties aux procédures considérées. Le législateur l'a compris

en instituant les modes para-judiciaires de règlement des conflits : non-judiciaires dans leur essence, ils conservent un lien avec l'institution judiciaire aux fins de renforcer leur légitimité, leur efficacité ou bien leur sécurité juridique. L'instauration d'une tutelle judiciaire permet ainsi d'éviter les écueils d'une procédure purement conventionnelle : manœuvres dilatoires, iniquité de l'accord transactionnel, inexécution de l'accord amiable, absence d'impartialité ou d'indépendance du tiers etc...

- 95 **360.Mixité des catégories processuelles entre elles** – Si ces deux mouvements – juridictionnalisation et judiciarisation – sont l'un et l'autre essentiellement fondés sur des considérations de sécurité juridique, ils résultent également du constat qu'une catégorisation trop stricte des différentes familles processuelles de règlement des conflits nuit à leur efficacité. Le « tout-judiciaire » comme le « tout-extrajudiciaire », le « tout-amiable » comme le « tout-juridictionnel » sont des modèles trop stricts, trop rigides, trop idéalisés peut-être, qui pèchent par leur incapacité à s'adapter aux cas d'espèce chaque fois que ceux-ci sortent du carcan dans lequel on veut les enfermer. D'où l'idée de créer des modes processuels hybrides, qui cumulent divers procédés pour parvenir, de la meilleure manière qui soit, au règlement du conflit.
- 96 La clef du succès des modes alternatifs de règlement des conflits réside probablement dans ce nouveau concept : privilégier la souplesse, les facultés d'adaptation du traitement du litige à chaque cas d'espèce, le non-cloisonnement, le métissage... par l'institution de passerelles à double sens, qui permettent de passer de l'amiable au juridictionnel, du non-judiciaire au judiciaire et qui autorisent, le cas échéant, un retour au procédé d'origine. Aucun choix ne doit être irrévocable, ni susceptible de contraindre les parties à rester

dans une logique de traitement de leur conflit qui ne leur convient pas.

- 97 Aussi, plus qu'une *confusion des genres*, ne devrait-on pas plutôt interpréter cette tendance du législateur à emprunter à diverses catégories processuelles, comme un *savant dosage des genres*, un *ingénieux mélange* qui permet de réunir plusieurs de leurs caractéristiques en un seul et même procédé et, ce faisant, de répondre peut-être enfin aux attentes des justiciables ?

CONCLUSION DU SOUS-TITRE I

- 98 L'examen des différents aspects que le dirigisme étatique peut revêtir relativement aux modes alternatifs de règlement des conflits, en général, indépendamment du cadre judiciaire ou non-judiciaire dans lequel ceux-ci sont amenés à évoluer, nous autorise deux remarques.
- 99 **361. Consécration du contrat-type impératif comme mode idéal d'interventionnisme étatique** - La première est que la technique la plus appropriée pour conserver une certaine maîtrise des MARC consiste à avoir recours aux contrats-types. C'est effectivement à ce procédé que les pouvoirs publics ont eu massivement recours, aussi bien en vue d'encadrer la conciliation judiciaire que la conciliation non-judiciaire. Dans le cadre judiciaire, les modèles les plus achevés de contrat-type sont ceux proposés par le décret du 22 juillet 1996 et consacrés aux articles 131-1 et suivants du nouveau code de procédure civile, sous le nom de « médiation », ainsi qu'aux articles 831 et suivants du même code, sous le nom de « tentative préalable de conciliation ». L'avantage d'un tel procédé est qu'il allie la souplesse du contrat à la rigueur du règlement ; la liberté

contractuelle à la sécurité juridique. Il permet une immixtion à la carte des pouvoirs publics dans les rapports privés.

- 100 **362. Généralisation du phénomène de métissage des catégories processuelles entre elles** - La seconde remarque est que l'examen de tous ces contrats-types de pourparlers aux fins de conciliation ou de médiation, pris dans leur globalité, révèle une tendance générale à la mixité des catégories processuelles entre elles. Aucun des modèles étudiés n'échappe à ce phénomène : ainsi, tandis que les pourparlers judiciaires font état d'un mouvement de déjudiciarisation croissant, car seul à même de leur donner une chance de s'épanouir pleinement en les libérant progressivement du carcan judiciaire dans lequel ils étaient initialement enfermés ; inversement, les pourparlers d'origine non-judiciaire cherchent par tous moyens à se rapprocher du modèle juridictionnel judiciaire duquel ils ont pourtant souhaité se distinguer, en lui empruntant diverses de ses caractéristiques, seules à même de leur offrir la sécurité juridique nécessaire à leur développement. Le judiciaire se met donc à côtoyer le non-judiciaire ; l'amiable à se teinter de juridictionnel et réciproquement.
- 101 Faut-il voir dans tout ceci une tendance à la dénaturation, un phénomène de mode qui privilégie la demi-teinte, les modes hybrides de règlement des conflits ?
- 102 Le temps et la pratique apporteront probablement des réponses à ces questions. Mais dès à présent, il suffit de constater la rapidité avec laquelle prolifèrent les modes alternatifs de règlement des conflits, dans toutes sortes de domaines ¹²⁸⁶, pour avancer sans risque que leur succès réside certainement pour une bonne part dans cette variété qui les caractérise, dans cette richesse qui résulte de leur hybridité ainsi que de leur aptitude à se transformer, à passer d'un genre à l'autre chaque fois que les intérêts des parties le requièrent.

NOTES

1124. V. notamment P. E. HERZOG, Tendances actuelles concernant les méthodes alternatives de résolution des controverses (*Alternative dispute resolution* – A.D.R.) aux Etats-Unis, RGDP 1999, n° 4 oct./déc., p. 774 et s. ; B. OPPETIT, Théorie de l'arbitrage, *op. cit.*, p. 35.
1125. E. SERVERIN, Quels lieux pour la médiation civile en Europe ?, art. préc., p. 21.
1126. B. OPPETIT, Arbitrage, conciliation et médiation, art. préc., p. 322, n° 12 ; Théorie de l'arbitrage, *op. cit.*, p. 70.
1127. E. SERVERIN, Quels lieux pour la médiation civile en Europe ?, art. préc., p. 25.
1128. X. LAGARDE, Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges, art. préc., p. 430, n° 4.
1129. X. LAGARDE, Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges, art. préc., p. 429, n° 4.
1130. E. SERVERIN, Quels lieux pour la médiation civile en Europe ?, art. préc., p. 23.
1131. X. LAGARDE, Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges, art. préc., p. 430, n° 4.
1132. E. SERVERIN, Quels lieux pour la médiation civile en Europe ?, art. préc., p. 23.
1133. E. SERVERIN, Quels lieux pour la médiation civile en Europe ?, art. préc., p. 21.
1134. B. OPPETIT, Théorie de l'arbitrage, *op. cit.*, p. 50.
1135. Pour des exemples des contentieux concernés et de leur très grande variété : E. SERVERIN, Quels lieux pour la médiation civile en Europe ?, art. préc., p. 21 et s.
1136. Autrement dit, ceux entrant dans la catégorie des conciliations extrajudiciaires. Pour J. VINCENT, S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER et A. VARINARD, Institutions judiciaires, *op. cit.*, p. 41, n° 35, la conciliation extrajudiciaire ne présente pas « d'autre lien avec le juge qu'un échec de la conciliation [...] qui conduira peut-être les parties à agir en justice ».
1137. J. VINCENT, S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER et A. VARINARD, Institutions judiciaires, *op. et loc. cit.* : « La conciliation sera para-judiciaire lorsque d'une façon ou d'une autre, un lien est établi avec le juge, avec les autorités judiciaires : lien organique de nomination, lien fonctionnel d'activité ou encore lien hiérarchique de recours devant le juge ».
1138. Objectif qui, rappelons-le, est d'offrir à des catégories de personnes particulièrement faibles, économiquement ou socialement, une alternative à la voie judiciaire qui leur permette, de manière effective, d'avoir accès au droit, sinon de rentrer dans leurs droits.
1139. Ch. JARROSSON, Réflexions sur *l'imperium*, Etudes offertes à P. BELLET, Litec, 1991, p. 245 et s., spéc. n° 16 et suiv, sur la délégation de *l'imperium* par l'Etat à ses agents.

1140. B. OPPETIT, Arbitrage, médiation et conciliation, art. préc., p. 322, n° 12 et s.

1141. V. Les conciliateurs de justice, *infra* n° 331.

1142. Pour des exemples de conciliations ou médiations extrajudiciaires, V. E. SERVERIN, Quels lieux pour la médiation civile en Europe ?, art. préc., p. 23 et s. ; l'auteur cite notamment : les procédures de conciliation ou de médiation organisées en matière de conflits collectifs du travail (C. trav., art. L. 523-1 et s.), la commission paritaire de conciliation compétente en matière de litiges sur l'indemnisation d'une invention de salarié (C. propriété intellectuelle, art. L. 615-21 et s.), la conciliation réalisée par l'Autorité de régulation des télécommunications (C. Postes et télécommunications, art. L. 36-9), les multiples institutions créées en matière de consommation - boîte postale 5000, commissions de règlement des litiges de la consommation, ex-conciliateurs spécialisés en matière de consommation -, la commission de médiation paritaire chargée de faciliter l'accès au logement des personnes défavorisées (C. constr. et habitat, art. 51-6), la commission de conciliation en droit de la santé chargée d'aider les personnes victimes de préjudices réalisés par des établissements médicaux (C. santé publique, art. L. 1112-3, mod. D. 2 nov. 1998 pris en application de l'ordonnance n° 96-346 du 24 avril 1996)...

1143. B. DELAUNAY, Le médiateur de la République, PUF, 1999, n° 3422 ; J. VINCENT, S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, A. VARINARD, Institutions judiciaires, *op. cit.*, p. 46, n. 40 ; A. GUIHAL, La conciliation et la médiation administratives, Gaz. Pal. 1996. doct. 954 et s. ; P. LEGATE, L'intervention du médiateur de la République dans le domaine de l'équité, *in* Justice, médiation et équité, La documentation française, 1995, p. 8 et suiv. ; D. AMSON, L'institution du médiateur, un coup d'épée dans l'eau, JCP. 1973. I. 2547 ; BARBET, De l'ombudsman au médiateur, Mélanges ANCEL, 1975, t. 1^{er}, p. 231 et s. ; Y. GAUDEMET, Le médiateur est-il une autorité administrative ? A propos des rapports du médiateur et du juge administratif, Mélanges CHARLIER, 1981, p. 117 et s. ; A. LEGRAND, Rép. Cont. Adm., Dalloz, V° Médiateur ; Médiateur ou ombudsman ? AJDA 1973. 229 ; R. LINDON, L'ombudsman à la française : le médiateur, JCP. 1974. I. 2634 ; R. PIEROT, Le médiateur : rival ou allié du juge administratif ? Mélanges WALINE, 1974, t. 2, p. 683 et s.

1144. Cette qualité résulte d'une décision du Conseil d'Etat du 10 juillet 1981, arrêt *Retail*, D. 1981. 622, note Y. GAUDEMET.

1145. D. 1973. 65.

1146. La loi de 1973 a été complétée par la loi n° 76-1211 du 24 décembre 1976 (D. 1977. 18) et par trois décrets du 9 mars 1973 n° 73-253, 73-254 et 73-255.

1147. Nommé pour six ans non renouvelables par décret du Président de la République en conseil des ministres, le médiateur de la République est couvert par une immunité analogue à celle des parlementaires pour les actes accomplis dans le cadre de ses fonctions, ce qui garantit son indépendance à l'égard de l'Administration. Sa saisine est indirecte : elle se fait par l'intermédiaire d'un sénateur ou d'un député, à qui les administrés doivent adresser leurs requêtes. Cette saisine indirecte a pour objet d'instaurer un système de filtrage des

demandes : les parlementaires appréciant discrétionnairement si celles-ci entrent dans le champ de compétence du médiateur. V. par ex., M. GUILLAUME-HOFNUNG, *La médiation, Que sais-je ?*, PUF, 1995, n° 2930, p. 29.

1148. B. OPPETIT, Arbitrage, médiation et conciliation, art. préc., p. 310 ; Théorie de l'arbitrage, *op. cit.*, p. 57 et s.

1149. A. LEGRAND, Médiateur, art. préc., n° 1 et s. ; J. VINCENT, S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, A. VARINARD, *Institutions judiciaires*, *op. cit.*, p. 46, n° 40.

1150. A. LEGRAND, Médiateur, art. préc., n° 1.

1151. Qui ne peuvent en principe pas s'y opposer sauf à invoquer la nécessité de respecter le secret en matière de défense nationale, de sûreté de l'Etat ou de politique extérieure : V. A. LEGRAND, Médiateur, art. préc., n° 29.

1152. A. LEGRAND, Médiateur, art. préc., n° 30.

1153. L. 1973, art. 9, al. 1^{er} ; A. LEGRAND, Médiateur, art. préc., n° 32.

1154. M. GUILLAUME-HOFNUNG, *La médiation*, *op. cit.*, p. 29.

1155. La mission du médiateur est alors de convaincre l'Administration qu'elle a fait une mauvaise application de la loi et de la conduire à prendre une décision individuelle permettant de réparer le préjudice résultant de cette interprétation erronée.

1156. A. LEGRAND, Médiateur, art. préc., n° 38.

1157. A. LEGRAND, Médiateur, art. préc., n° 40. Précisons à ce titre que ce pouvoir de saisine est insuffisant à lui seul pour faire du médiateur de la République une institution parajudiciaire : il ne constitue par un *lien* fonctionnel, matériel ou organique avec l'autorité judiciaire. Le médiateur de la République est donc bien une institution extrajudiciaire.

1158. J. VINCENT, S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, A. VARINARD, *Institutions judiciaires*, *op. cit.*, p. 47, n. 40.

1159. A. LEGRAND, Médiateur, art. préc., n° 21.

1160. J. VINCENT, S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, A. VARINARD, *Institutions judiciaires*, *op. et loc. cit.*

1161. J. VINCENT, S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, A. VARINARD, *Institutions judiciaires*, *op. et loc. cit.*

1162. B. OPPETIT, Théorie de l'arbitrage, *op. cit.*, p. 58.

1163. Y. ROBINEAU, Le médiateur du cinéma (Un exemple de procédure de conciliation au service du droit), *Mélanges en l'honneur de G. BRAIBANT*, Dalloz, 1996, p. 615 et s. ; J.-M. PONTIER, Le médiateur du cinéma, *Revue Administrative*, n° 265, Janv.-fév. 1992, p. 9 et s. ; A. LE GALLOU, *Essai d'une théorie générale des règlements amiables en droit privé*, thèse Rennes I, 1998, n° 387 et suiv.

1164. Art. 92 de la loi ; D. 1982. 360 ; JCP 1982. III. 53048.

1165. D. 1983. 146.

1166. Nommé pour quatre ans par décret, le médiateur du cinéma doit être choisi parmi les membres du Conseil d'Etat, de la Cour des comptes ou de la Cour de cassation, afin que par

sa seule appartenance à l'un de ces grands corps de l'Etat, il dégage une autorité qui inspire un certain respect. Son statut d'autorité administrative indépendante garantit que le médiateur ne s'inscrit dans aucune hiérarchie administrative et jouit d'une parfaite indépendance, ceci afin de susciter la plus grande confiance des professionnels du cinéma. V. sur ce point, J.-M. PONTIER, *Le médiateur du cinéma*, art. préc., p. 10.

1167. L. n° 82-652 du 29 juillet 1982, art. 92 ; B. OPPETIT, *Arbitrage, médiation et conciliation*, art. préc., p. 311 ; *Théorie de l'arbitrage*, *op. cit.*, p. 58.

1168. Y. ROBINEAU, *Le médiateur du cinéma*, art. préc., p. 615.

1169. Un simple appel téléphonique suffit : Y. ROBINEAU, *Le médiateur du cinéma*, art. préc., p. 623 ; Cass. com. 20 mars 1990, D. 1990. 278, conclusions JEOL : l'effet suspensif de la saisine du médiateur à l'égard des procédures engagées devant le Conseil de la concurrence ne joue pas à l'égard des actions portées devant les juridictions judiciaires.

1170. A chaque saisine, le médiateur – ou son collaborateur – s'assure que la demande qui lui est soumise entre bien dans le cadre de sa compétence matérielle. A défaut, il réoriente les parties vers l'autorité compétente : autorité judiciaire ou conseil de la concurrence.

1171. M. GUILLAUME-HOFNUNG, *La médiation*, *op. cit.*, p. 33 ; Y. ROBINEAU, *Le médiateur du cinéma*, art. préc., p. 619. Un exemple d'actualité récent a cependant fait état d'une saisine pour avis du médiateur du cinéma par le Directeur général du CNC, à propos de l'affaire très médiatisée de la carte d'abonnement lancée par le circuit UGC. Sur avis du médiateur, la Ministre de la culture et de la communication, Madame Tasca, avait demandé au Ministre de l'économie et des finances qu'il saisisse le Conseil de la concurrence afin que celui-ci se prononce sur cette délicate question.

1172. Y. ROBINEAU, *Le médiateur du cinéma*, art. préc., p. 620.

1173. Y. ROBINEAU, *Le médiateur du cinéma*, art. préc., p. 623.

1174. Y. ROBINEAU, *Le médiateur du cinéma*, art. préc., p. 623.

1175. J.-M. PONTIER, *Le médiateur du cinéma*, art. préc., p. 11.

1176. L. n° 82-652 du 29 juillet 1982, art. 92.

1177. Tout comme nous le faisons remarquer pour le médiateur de la République (V. *supra* note n°), ce simple pouvoir de saisine ne constitue pas à lui seul un lien suffisant avec l'autorité judiciaire pour faire du médiateur du cinéma une institution para-judiciaire.

1178. Y. ROBINEAU, *Le médiateur du cinéma*, art. préc., p. 624 et s. ; J.-M. PONTIER, *Le médiateur du cinéma*, art. préc., p. 12 et s.

1179. M. GUILLAUME-HOFNUNG, *La médiation*, *op. cit.*, p. 32 ; Y. ROBINEAU, *Le médiateur du cinéma*, art. préc., p. 622.

1180. Il ne dispose pas du pouvoir de les assortir d'astreintes, mais la loi ne prévoit pas non plus de procédure de saisine du juge de l'exécution à cette fin, comme ce qui existe par exemple pour la procédure de conciliation devant la commission de surendettement des particuliers.

1181. On peut se demander alors en quoi elles se distinguent des « recommandations » du médiateur de la République.

1182. Dans lequel il fait mention des injonctions qu'il a pu prononcer.

1183. B. OPPETIT, Théorie de l'arbitrage, *op. cit.*, p. 59.

1184. Ecrits, t. II, Etudes et notes sur l'arbitrage, Dalloz 1974, p. 36.

1185. D. 1989. 227.

1186. L. n° 89-462 du 6 juillet 1989, art. 20, mod. D. n° 2001-653 du 19 juillet 2001 (JO 21 juillet 2001, p. 11779) ; J. VINCENT, S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER et A. VARINARD, Institutions judiciaires, *op. cit.*, p. 42, n° 35. J. MONEGER, Conciliation, médiation, arbitrage et baux, *in* La médiation en débat, F. MONEGER (dir.), coll. Les Recherches Pothier, Publication de l'Institut de droit économique et des affaires de l'Université d'Orléans, p. 91 et s., spéc. p. 96 et s.

1187. J. et F. LAFOND, Les baux d'habitation, 3^e éd., 1997, LITEC, n° 40 et suiv. et n° 555 et suiv.

1188. Plus précisément, les litiges relatifs à la fixation du loyer d'origine du bail, ceux concernant la fixation du loyer lors du renouvellement du bail, ceux nés à propos de la révision du bail ou encore ceux concernant les majorations de loyer convenues à la suite de travaux d'amélioration que le bailleur doit faire exécuter.

1189. Autrement dit, les litiges relatifs aux « baux de huit ans » pouvant être proposés aux locataires de logements de catégorie II B et II C soumis à la loi du 1^{er} septembre 1948.

1190. Sur l'étendue du champ de compétence des commissions : V. également la circulaire n° 2002-38 du 3 mai 2002.

1191. Décret n° 2001-653 du 19 juillet 2001, art. 6 ; Si une commission est saisie d'un litige qui ne relève pas de sa compétence territoriale, elle transmet la demande à la commission compétente dans un délai de 48 heures, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception et en avise le requérant. Le délai de deux mois dans lequel la commission est tenue de se prononcer court à compter de la saisine initiale de la première commission, qu'elle soit ou non territorialement compétente : D. n° 2001-653 du 19 juillet 2001, art. 8.

1192. V. notam. J.L. AUBERT, note s./ TI Paris 15^{ième}, 7 juillet 1988, LOYERS 1988. 481 ; GIVERDON, J.-Cl. Bail à loyer, fasc. 442, n° 22 et les références citées. Précisons cependant que la saisine de la commission est enfermée dans un délai strict : l'article 17 de la loi du 6 juillet 1989 dispose que la commission doit être saisie « *en cas de désaccord ou à défaut de réponse du locataire, quatre mois avant le terme du contrat* ». La Cour d'appel de Paris a interprété strictement cette disposition : « *toute saisine de la commission intervenant avant que le délai de quatre mois précédant l'expiration du bail ait commencé à courir, est irrecevable* » : Paris, 6^e ch. A, 11 mars 1991, Loyers, 1991. 413. Le juge doit également être saisi avant le terme du contrat. En cas de saisine tardive, le bail est reconduit de plein droit aux conditions

antérieures du loyer éventuellement révisé. V. notam. Cass. 3^e civ., R. 15 fév. 1995, Loyers et copropriété, 1995, n° 309.

1193. D. n° 2001-653 du 19 juillet 2001, art. 7.

1194. D. n° 2001-653 du 19 juillet 2001, art. 8.

1195. Y. GAUDEMET, Le pré-contentieux, Le règlement non juridictionnel des conflits dans les marchés publics, AJDA. 1994, n° spécial, 20 juillet – 20 août, p. 84 et s. ; G. KEROMNES, Les modes alternatifs de règlement amiable des litiges en matière administrative, Gaz. Pal. 1997, doctr. 346 et s. ; S. RIALS, Rép. Cont. Adm., Dalloz, V° Arbitrage et règlement amiable, n° 110 et suiv. ; Ch. BRECHON-MOULENES, La réforme des comités consultatifs de règlement amiable des marchés, AJDA. 1981. 304 ; C. DEGRE, Une procédure de règlement amiable des litiges, les comités consultatifs de règlement amiable des marchés, *Marchés publics*, janv.-fév. 1981, n° 175, p. 20 et s. ; Les comités consultatifs de règlement amiable des marchés, thèse Paris II, 1982 ; J. JOLY, Les procédures de règlement amiable des différends en matière de marchés publics, mémoire de DESS, 1995, Paris II, p. 24 et s.

1196. S. RIALS, Arbitrage et règlement amiable, art. préc., n° 110.

1197. J. O. 28 déc.

1198. Lire S. RIALS, Arbitrage et règlement amiable, art. préc., n° 112 et s.

1199. Sur l'historique des comités avant la réforme de 1981, V. J. JOLY, mémoire préc., p. 25 et suiv.

1200. D. 1981. 165.

1201. S. RIALS, Arbitrage et règlement amiable, art. préc., n° 118.

1202. Y. GAUDEMET, Le pré-contentieux, art. préc., p. 86 et s.

1203. D. 1991. 166.

1204. L'Administration ne saurait lui opposer de refus, sauf si le document est protégé par le secret défense.

1205. B. OPPETIT, Théorie de l'arbitrage, *op. cit.*, p. 64.

1206. B. OPPETIT, *op. et loc. cit.*

1207. B. OPPETIT, Théorie de l'arbitrage, *op. cit.*, p. 48.

1208. La dénomination « conciliateur de justice » résulte du décret du 13 décembre 1996 et a été substituée à celle de « conciliateur ». Elle entend symboliser le lien plus étroit qui lie désormais les « conciliateurs de justice » à l'institution judiciaire et mettre en évidence le fait qu'ils constituent des auxiliaires de justice à part entière ; Sur l'institution des conciliateurs en général : J. COURROUY, Rec. proc. civ., V° Conciliateur ; P. BONNET, Du suppléant du juge de paix au conciliateur, JCP. 1979. I. 2949 ; B. FAUCHER, Réflexions sur les conciliateurs, A propos du décret du 20 mars 1978, Gaz. Pal. 1978. doctr. 631 et s. ; P. ESTOUP, La relance des conciliateurs, Gaz. Pal. 1987. 504 ; Ph. JESTAZ, RTDCiv. 1978. 754 et RTDCiv. 1981. 711 ; F. RUELLAN, Le conciliateur civil : entre utopie et réalités, JCP. 1990. I. 3431 ; A. LORIEUX, Les conciliateurs judiciaires à la croisée des chemins, Gaz. Pal. 1993. Chron. 238 et s. ; J.-P. GRIDEL, A propos d'un éventuel retour du juge de paix : réminiscences

et prospectives, D. 1994. 29 ; J.-L. VIVIER, Le renforcement du rôle du conciliateur de justice, Les petites affiches, 28 février 1997, p. 13 et s. ; L. CADIET, Du conciliateur (tout court) au conciliateur de justice, JCP. 1997. I. 4064 ; Les conciliateurs de justice, Colloque du 18 juin 1998, n° spécial de la Gaz. Pal., 4-6 octobre 1998.

1209. Ils sont nés du décret n° 78-381 du 20 mars 1978 : V. CALFAN, JCP 1979. I. 2948 ; B. FAUCHER, Réflexions sur les conciliateurs, art. préc., p. 631.

1210. Ces réformes sont le fait des décrets suivants : D. n° 81-583 du 18 mai 1981, D. n° 93-254 du 25 février 1993 et D. 96-1091 du 13 décembre 1996. Sur le premier décret : V. D. 1981. 268 et JESTAZ, RTDciv. 1981. 711 ; sur le deuxième : V. D. 1993. 254 et A. LORIEUX, Les conciliateurs judiciaires à la croisée des chemins, art. préc., p. 238 ; sur le troisième : V. D. 1997. 23 ; L. CADIET, Du conciliateur au conciliateur de justice, art. préc. ; Ch. JAMIN, RTDciv. 1997. 238 ; Ch. JARROSSON, RGDP 1998, n° 1, p. 161 ; G. PLUYETTE, Principes et applications récentes des décrets des 22 juillet et 13 décembre 1996, Rev. Arb. 1997. 505 ; J.L. VIVIER, Le renforcement du rôle du conciliateur de justice, LPA, 28 février 1997, p. 13 et s.

1211. A l'initiative du garde des Sceaux de l'époque, Mr. Olivier GUICHARD : V. sur ce point, Ph. BONNET, Du suppléant du juge de paix..., art. préc., n° 1.

1212. F. RUELLAN, Le conciliateur civil, entre utopie et réalité, art. préc., JCP. 1990. I. 3431.

1213. Ph. BONNET, Du suppléant du juge de paix..., art. préc., n° 6 et s.

1214. Ph. BONNET, Du suppléant du juge de paix..., art. préc., n° 12.

1215. Ph. BONNET, *op. et loc. cit.*

1216. Y. DESDEVISES, Remarques sur la place de la conciliation..., art. préc., p. 241.

1217. Circulaire de la Chancellerie, n° 51 du 26 avril 1978 ; F. RUELLAN, Le conciliateur civil..., *op. et loc. cit.*

1218. F. RUELLAN, Le conciliateur civil..., *op. et loc. cit.*

1219. Préc. ; A. LORIEUX, Les conciliateurs judiciaires à la croisée des chemins, art. préc., p. 238 et s.

1220. Préc.

1221. A. LORIEUX, Les conciliateurs judiciaires à la croisée des chemins, art. préc., p. 239.

1222. A. LORIEUX, Les conciliateurs judiciaires à la croisée des chemins, *op. et loc. cit.*

1223. L. CADIET, Du conciliateur (tout court) au conciliateur de justice, art. préc. ; J.-L. VIVIER, Le renforcement du rôle du conciliateur de justice, art. préc.

1224. J. VINCENT, S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, A. VARINARD, Institutions judiciaires, *op. cit.*, p. 628, n° 611.

1225. J.-L. VIVIER, Le renforcement du rôle..., art. préc., p. 13 ; V. également les actes du colloque consacré aux conciliateurs de justice, *in* Gaz. Pal. 1998, n° spéc., 4-6 oct., spécialement les interventions de : A. BENMAKLOUF, p. 5 et s. ; C. CHADELAT, p. 13 et s. ; Ph. LEMAIRE, p. 15 et s.

1226. J.-L. VIVIER, Le renforcement du rôle..., art. préc., p. 13.

1227. J. VINCENT, S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, A. VARINARD, Institutions judiciaires, *op. cit.*, n° 610 s.

1228. Nous verrons plus loin comment, depuis la loi n° 95-125 du 8 février 1995, et plus encore depuis le décret n° 98-1321 du 28 décembre 1998, leur saisine a été étendue au juge d'instance.

1229. D. 78-381 du 20 mars 1978, art. 7.

1230. D. 78-381 du 20 mars 1978, art. 9.

1231. V. *infra* n° 480.

1232. Ph. LEMAIRE, in Les conciliateurs de justice, colloque préc., Gaz. Pal. 4-6 octobre 1998, p. 16.

1233. V. notam. S. NEUVILLE, Le traitement *planifié* du surendettement, RTDCom. 2001. 31 et suiv.

1234. D. 1990. 61 ; COUERET, RTDCiv. 1990. 320 ; LAGRIFFOUL et MAGUIN, Gaz. Pal. 1990, doctr. 324 ; PAISANT, JCP. 1990. I. 3457 ; A. ELVINGER, Les MARC en matière d'endettement, RIDC. 1997. 359 et s.

1235. De *traiter* et non plus de *régler* les situations de surendettement, comme leur en avait donné initialement mission la loi de 1989. Avant la réforme opérée par la loi du 8 février 1995, la procédure de traitement des situations de surendettement se divisait en deux phases : la première, devant les commissions, consistait en une tentative de « règlement amiable » ; la seconde, devant le juge judiciaire, visait au « redressement judiciaire civil » de la situation économique du débiteur, en cas d'échec de la première phase. La procédure de règlement amiable était limitée à la recherche d'un accord entre les parties en vue de l'élaboration d'un plan conventionnel de règlement. A défaut d'accord, la procédure de règlement amiable était terminée et permettait la saisine du juge aux fins de redressement judiciaire civil.

1236. M. POULNAIS, Contr. Conc. Cons. 1993, p. 1 ; J.-F. HAUDEBOURG, Bonne foi et surendettement des ménages, Rev. Proc. coll. 1997, p. 1 ; Sur la manière dont il appartient au juge de l'exécution d'apprécier la bonne foi du débiteur, V. par exemple : Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} juin 1999, Procédures 1999, n° 276.

1237. C. DANGLEBERT, Les dettes professionnelles et la loi sur le surendettement des particuliers, Contr. Conc. Cons., Juill. 1997, chron. 7 ; Sur la détermination de la nature professionnelle des dettes du débiteur : V. par ex. Cass. civ. 1^{ère}, 31 mars 1992, D. 1992. somm. 406, obs. FORTIS ;

1238. P.L. CHATAIN et F. FERRIERE, Le nouveau régime de traitement des situations de surendettement des particuliers issu de la loi n° 95-125 du 8 février 1995, D. 1996, chron. 39 et s. ; G. HENAFF, Les difficultés d'application de la procédure de surendettement aux personnes mariées, DEFRENOIS, 1996. 561 ; R. VIPREY, La procédure de surendettement des particuliers : quelques questions restant en suspens, D. aff. 1997. 461 ; D. KHAYAT, Le droit

du surendettement des particuliers, 1997, LGDJ ; G. PAISANT, JCP G. 1995. I. 3844 ; RTDCom 1995. 474 ; RTDCom 1996. 117 ; CATRY, Le surendettement des particuliers et la réforme intervenue en 1995, Rapport de la Cour de cassation 1997, La Documentation française 1998. 79 ; H. CROZE, *Vade mecum* à l'usage des commissions, Rev. Procédures, février 1996, chron. 2 ; Cinq questions à propos du décret, Rev. Procédures, juin 1995, chron. 2.

1239. D. 1998. 302 ; P.L. CHATAIN et F. FERRIERE, D. 1998. 287 ; JCP. G. 1998. III. 20137 ; A. GOUBIO, JCP. G. 1998, Actualités, p. 1413, n° 31 et s. ; A. SINAY-CYTERMANN, JCP. G. 1999. I. 106 ; H. CROZE, Rev. Procédures 1998, chron. 11 et *ibid.* comm. n° 222 ; PAISANT, RIDCom. 1998. 743. Sur le décret d'application n° 99-65 du 2 février 1999 : CROZE, Procédures, mars 1999, n° 70 ; PUTMAN, RGDP 1999. 118 ; C.-H. GALLET, D. Aff. 1999. 698 ; P. V., Le surendettement dans la loi sur l'exclusion, Droits et Patrimoine 1998, n° 61 ; J. LE GARREC, A. CACHEUX, V. NEIERTZ, Contre l'exclusion : une loi, 43 mesures concrètes, Assemblée Nationale, Les documents d'information, 1998, Rapport d'information n° 1062.

1240. V. Circulaire du 24 mars 1999 relative à la procédure de traitement des situations de surendettement des particuliers prise en application du Titre III du Livre III du Code de la consommation, J.O., 13 avril 1999, p. 5424.

1241. C. cons., art. R. 331-7 (tel que mod. par D. n° 99-65 du 1^{er} février 1999, art. 4, I) : la déclaration doit impérativement mentionner les nom et adresse du débiteur, sa situation familiale, un état détaillé de ses revenus et des éléments actifs et passifs de son patrimoine, ainsi que le nom et l'adresse des créanciers du débiteur.

1242. La commission en informe le débiteur et les créanciers par lettre recommandée avec demande d'avis de réception (C. cons., art. R. 331-8). Cette décision est susceptible de recours devant le juge de l'exécution dans les quinze jours suivant la notification de la décision de la commission aux parties (C. cons., art. R. 331-8). La contestation de la décision de la commission doit être formulée dans une déclaration remise ou adressée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception au secrétariat de la commission. Le juge de l'exécution ne peut pas être saisi directement par le débiteur ou les créanciers (C. cons., art. R. 331-8). Sur ce dernier point, V. notam. TI Castelsarrasin, JEX, 7 déc. 1995, D. 1997, somm. 197, obs. CHATAIN et FERRIERE.

1243. C. cons., art. L. 331-3 et R. 331-10.

1244. C. cons., art. R. 331-9.

1245. C. cons., art. R. 331-10-1 : la notification de l'état du passif du débiteur aux parties est faite par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

1246. Quant aux créanciers, ils disposent d'un délai de trente jours pour fournir, en cas de désaccord avec cet état, les justifications de leur créance en principal, accessoires et intérêts (C. cons., art. L. 331-4 et R. 331-11 et suiv.). A défaut, la créance est prise en compte par la commission au vu des seuls éléments fournis par le débiteur.

1247. C. cons., art. L. 331-4.

1248. Sur la nature juridique du plan conventionnel de redressement, V. S. NEUVILLE, Le traitement *planifié* du surendettement, art. préc., spéc. n° 4 et s. : selon l'auteur, ce plan, qui est le résultat d'une conciliation collective, contient une à plusieurs transactions conclues entre le débiteur et ses créanciers. Pour cette raison, il convient alors de soumettre le plan conventionnel de redressement au régime des transactions, notamment quant à la nullité de ce contrat spécial. *Contra* : TI Alençon, 28 septembre 1990, D. 1992, somm. 109, obs. BOULOC et CHATAIN.

1249. Et la circulaire du 24 mars 1999 de constater qu'en effet : « *La loi ne pose aucune règle ni limite à la commission dans le choix des modalités d'élaboration des plans conventionnels de redressement* » et d'en déduire que « *les plans élaborés doivent être suffisamment réalistes pour ne pas donner lieu à des difficultés d'application ; ils doivent être adaptés à chaque cas concret* » (§ 3.2.1.).

1250. La loi prévoit par exemple que les parties peuvent convenir d'un programme de rééchelonnement ou bien de report du paiement des dettes du débiteur, voire qu'elles peuvent s'entendre sur une remise de dettes. Le plan peut aussi prévoir des réductions ou suppressions de taux d'intérêts ou encore, des consolidations, créations ou substitutions de garanties.

1251. Par exemple, les commissions peuvent proposer aux parties la mise en vente amiable, au prix du marché, de certains des biens mobiliers ou immobiliers du débiteur, dès lors que ceux-ci ne sont pas indispensables à son activité professionnelle ou aux besoins de la famille. En cas d'acceptation par les parties, s'agissant d'une disposition grave, une telle mesure devra apparaître dans le plan amiable selon des termes clairs et exempts de toute ambiguïté à défaut de quoi elle ne pourra pas être prise en considération : V. Paris, 8^e ch. C, 16 oct. 1996, Contr. Conc. Cons., fév. 1997, n° 40, obs. RAYMOND.

1252. Par exemple, en incitant le débiteur à souscrire à de nouveaux emprunts ou bien en le laissant y souscrire sans s'assurer de sa solvabilité ou bien – ce qui est pire – tout en ayant connaissance de son insolvabilité : V. Circulaire préc., § 3.2.1.

1253. S'il s'agit d'une saisie immobilière et que la demande de suspension est formulée après la publication du commandement de saisie, seul le juge de la saisie immobilière est compétent pour se prononcer sur la suspension de cette procédure. Sur cette question, V. R. MARTIN, La procédure d'intervention de la commission de surendettement dans la saisie immobilière, Rev. Huiss. 1999. 320.

1254. Lorsque celles-ci portent sur des dettes autres qu'alimentaires (C. cons., art. L. 331-5). Depuis 1998, la saisine du juge est également ouverte au débiteur « *en cas d'urgence* » (C. cons., art. L. 331-5 mod. L. 98-657 du 29 juill. 1998, art. 91-I).

1255. Le débiteur dispose de quinze jours pour adresser sa demande à la commission. Le délai court à compter de la réception par le débiteur de la lettre recommandée avec demande d'avis de réception qui lui notifie le procès-verbal de non-conciliation et l'informe

de la possibilité de saisir la commission aux fins de se voir *recommander* les mesures prévues à l'article L. 331-7 ou au premier alinéa de l'article L. 331-7-1 du code de la consommation.

1256. Sur le passage de la commission d'un rôle de conciliateur – rôle qui est le sien au stade de la tentative de rapprochement et d'élaboration d'un plan conventionnel – à celui d'un médiateur qui propose des solutions : V. S. NEUVILLE, *Le traitement planifié du surendettement*, art. préc., n° 8 et suiv.

1257. Précisons que depuis la loi du 29 juillet 1998, la commission dispose de nouveaux pouvoirs : elle a la faculté, en cas d'insolvabilité du débiteur, de « *recommander la suspension de l'exigibilité des créances autres qu'alimentaires ou fiscales pour une durée qui ne peut excéder trois ans* ». A l'issue de ce moratoire, si la situation du débiteur ne s'est pas améliorée, autrement dit si son insolvabilité persiste, la commission peut, par « *proposition spéciale et motivée* », recommander « *l'effacement total ou partiel des créances autres qu'alimentaires ou fiscales* » (C. cons., art. L. 331-7-1 al. 2). Lorsque la commission recommande de telles mesures, elle est tenue de le faire par propositions spéciales et motivées (C. cons., art. R. 331-20). La motivation est également requise lorsque la mesure tend à la réduction d'intérêts en dessous du taux légal ou à la réduction de la fraction des prêts immobiliers restant due en cas de vente forcée ou amiable de la résidence principale (C. cons., art. L. 331-7, 3° et 4° ; art. R. 331-20).

1258. Pour une critique de cette qualification : S. NEUVILLE, *Le traitement planifié du surendettement*, art. préc., n° 8.

1259. Sur la nature du contrôle judiciaire et ses effets : S. NEUVILLE, *Le traitement planifié du surendettement*, art. préc., n° 9 et suiv. L'auteur rattache l'activité du juge à la matière gracieuse en raison de l'absence de litige et de l'obligation légale qui est faite au juge de procéder à un contrôle de la régularité de l'acte, voire de son bien fondé, en vue de lui donner la force exécutoire.

1260. Sur la mission du juge lorsqu'il est saisi de telles contestations : V. S. NEUVILLE, *Le traitement planifié du surendettement*, art. préc., n° 10 et s.

1261. Les parties présentes ou appelées (C. cons., art. R. 332-8), en application des articles L. 331-7 ou L. 331-7-1 du Code de la consommation (C. cons., art. L. 332-3 et R. 332-8-1).

1262. Après avoir invité les parties à présenter leurs observations (C. cons., art. R. 332-5 et 332-6).

1263. En les faisant authentifier ou bien en en obtenant l'exécution provisoire.

1264. J. VINCENT, S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER et A. VARINARD, *Institutions judiciaires*, op. cit., p. 629, n° 613.

1265. J. VINCENT, S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER et A. VARINARD, *Institutions judiciaires*, op. cit., p. 625, n° 607-1.

1266. Le juge de l'exécution peut être saisi dès le début de la procédure, d'une contestation portant sur la compétence de la commission ; il peut être saisi ensuite de contestations relatives à l'état du passif du débiteur ou bien encore de contestations portant sur les

recommandations qu'aurait adoptées la commission à la demande du débiteur consécutivement à la non-conciliation des parties.

1267. G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, tome 2, 16^e éd° par Ph. DELEBECQUE et M. GERMAIN, LGDJ, 2000, n° 2838 et suiv. ; J. MESTRE et M.-E. PANCRAZI, *Manuel de Droit commercial*, 25^e éd°, LGDJ, 2001, n° 1006 et suiv. ; Y. MULLER, *Le contrat judiciaire en droit privé*, th. préc., p. 37 et s., n° 44 et suiv.

1268. L. 2 Juillet 1919 instituant une procédure de règlement transactionnel et décret-loi du 31 août 1937 instituant une procédure de règlement amiable homologué.

1269. La compétence de l'un ou de l'autre est fonction de la nature de la personne morale ou de son activité : président du tribunal de commerce s'il s'agit d'une entreprise commerciale ou artisanale (C. com., art. L. 611-3) ; président du tribunal de grande instance s'il s'agit d'une personne morale de droit privé (C. com., art. L. 611-5).

1270. J. MESTRE et M.-E. PANCRAZI, *Droit commercial*, *op. cit.*, n° 1016.

1271. Les pièces qui doivent être annexées à la requête sont : un plan de financement prévisionnel et un compte de résultat prévisionnel ; l'état des créances et des dettes accompagné d'un échéancier ainsi que la liste des principaux créanciers ; l'état actif et passif des sûretés ainsi que celui des engagements hors bilan ; les comptes annuels, le tableau de financement ainsi que la situation de l'actif réalisable et disponible, valeurs d'exploitation exclues, et du passif exigible des trois derniers exercices si ces documents ont été établis (Décr. du 1^{er} mars 1985, art. 36).

1272. Le président du tribunal peut exercer ce pouvoir auprès des commissaires aux comptes, des membres et représentants du personnel, des administrations publiques, des organismes de sécurité et de prévoyance sociales ainsi que des établissements bancaires ou financiers.

1273. L'ordonnance du président du tribunal qui désigne le conciliateur et, le cas échéant, ordonne la suspension des poursuites, est susceptible de recours en rétractation formé en référé par tout intéressé. Les décisions prises sur ces recours peuvent être frappées d'appel dans un délai de dix jours. Cet appel est non suspensif et soumis à la procédure à jour fixe.

1274. G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, *op. cit.*, n° 2838 ; Y. MULLER, th. préc., n° 44, p. 38 : « *Si l'on s'accorde généralement à souligner le caractère conventionnel de telles procédures, il reste qu'elles évoluent dans un environnement judiciaire et requièrent une intervention du juge plus ou moins large* ».

1275. J. MESTRE et M.-E. PANCRAZI, *Droit commercial*, *op. cit.*, n° 1016.

1276. B. OPPETIT, *Théorie de l'arbitrage*, *op. cit.*, p. 51.

1277. L. CADIET, *Une justice contractuelle, l'autre*, in *Le contrat au début du XXI^e siècle*, Mélanges offerts à J. GHESTIN, *op. cit.*, p. 177 et suiv., spéc. p. 190.

1278. On remarque en effet que si les solutions proposées ne sont pas expressément imposées, elles possèdent néanmoins pour la plupart une autorité morale très forte qui

limite considérablement la liberté des parties d'y adhérer ou non ; qui plus est, ces solutions sont le plus souvent l'œuvre exclusive du tiers conciliateur et ne résultent pas, comme il se devrait, d'une négociation entre le tiers et les parties en conflit. V. B. OPPETIT, Arbitrage, médiation et conciliation, art. préc., n° 11.

1279. B. OPPETIT, Théorie de l'arbitrage, *op. cit.*, p. 70.

1280. B. OPPETIT, Théorie de l'arbitrage, *op. cit.*, p. 70.

1281. V. Ch. JARROSSON, Les frontières de l'arbitrage, *Rev. arb.* 2001. 5 et s.

1282. B. OPPETIT, Théorie de l'arbitrage, *op. cit.*, p. 70.

1283. B. OPPETIT, Théorie de l'arbitrage, *op. cit.*, p. 70.

1284. *Ecrits*, t. II, *op. cit.*, p. 36.

1285. Y. DESDEVISES, Remarques sur la place de la conciliation..., art. préc., p. 241.

1286. V. nos illustrations *supra* n° 35 et s.

Sous-titre II. Le dirigisme étatique des pourparlers judiciaires, en particulier

- 1 **363.Finalité** - Si l'on prend le cas particulier des pourparlers judiciaires, première forme de pourparlers aux fins de conciliation à avoir fait l'objet d'un interventionnisme étatique, on observe que leur encadrement normatif a eu pour finalité première d'assurer leur légitimité par rapport à la procédure contentieuse. Spécialement, il s'agissait à l'origine d'aménager le cadre de l'instance afin de faire une place à la voie amiable. D'abord aménagée préalablement à l'instance – pratiquement en dehors du cadre judiciaire – la conciliation a peu à peu été intégrée à celle-ci pour y trouver désormais sa place légitime, son emplacement de droit commun. Située au cœur du procès, il importait alors, dans un second temps, que la conciliation ne lui fasse pas ombrage et surtout, ne porte pas atteinte à ses principes directeurs. Il n'était plus question de légitimité mais de compatibilité entre la conciliation et les impératifs de la procédure civile.
- 2 **364.Compatibilité entre pourparlers judiciaires et impératifs de la procédure civile** - C'est cette dernière aspiration qui transparaît véritablement des dispositions relatives à la conciliation et la médiation judiciaires : rendre ces modes amiables compatibles avec un minimum d'exigences procédurales et, ce faisant, assurer aux plaideurs qui y ont recours toute la sécurité juridique nécessaire pour la préservation de leurs intérêts. La difficulté apparaît alors en

ces termes : comment assurer le respect des principes directeurs de l'instance sans remettre en cause la liberté contractuelle des plaideurs ? L'alliance du judiciaire et du conventionnel suppose un aménagement réciproque de chacune des deux institutions en cause et, spécialement, une limitation de leurs principes fondamentaux respectifs. Aussi, toute extension aux pourparlers judiciaires de certains des principes directeurs du procès s'accompagnera nécessairement d'une atteinte à la liberté contractuelle des parties.

- 3 **365. *Dirigisme contractuel des pourparlers judiciaires et liberté contractuelle des parties*** - Cette atteinte à la liberté contractuelle des parties, consécutive à la soumission des pourparlers judiciaires à certains des principes directeurs de l'instance, est en réalité double. Elle porte, d'une part sur la détermination du champ d'application matériel des pourparlers judiciaires (**Chapitre I**) et, d'autre part sur la détermination de leur contenu (**Chapitre II**).

Chapitre I. Dirigisme étatique et champ d'application matériel des pourparlers judiciaires

- 1 **366. Incidence de la nature contractuelle des pourparlers sur leur champ d'application** - Le relatif silence des textes quant aux litiges susceptibles d'être l'objet de pourparlers judiciaires, autrement dit quant au champ d'application matériel des procédures de conciliation et de médiation judiciaires, répond probablement au souci de permettre aux parties d'y recourir le plus largement possible ¹²⁸⁷. L'agencement de la plupart des dispositions relatives à ces procédures dans le code laisse en effet penser qu'il est *a priori* possible d'y recourir en toutes matières et devant toutes les juridictions de l'ordre judiciaire. En vérité, il y a lieu d'atténuer cette affirmation : la nature contractuelle des pourparlers judiciaires aux fins de conciliation ou de médiation limite sensiblement leur champ d'application : en sont exclus, par définition, les droits indisponibles ou encore ceux protégés par des dispositions d'ordre public. Il s'ensuit qu'en tout état de cause, de par la nature contractuelle des pourparlers judiciaires, leur champ d'application matériel sera toujours limité (**section II**).
- 2 **367. Incidence du dirigisme contractuel des pourparlers judiciaires sur leur champ d'application** - Mais les pourparlers judiciaires peuvent avoir un champ d'application encore plus strictement

limité : c'est le cas chaque fois que le législateur décide de cantonner les procédures de pourparlers judiciaires à certaines juridictions ou à certaines matières. Dans ces hypothèses, en effet, ce n'est plus à une limitation du champ matériel des pourparlers judiciaires à laquelle il procède, mais à sa prédétermination pure et simple. Le champ d'application matériel des pourparlers judiciaires est alors imposé (**section I**).

SECTION I – UN CHAMP D'APPLICATION MATÉRIEL PARFOIS IMPOSÉ

- 3 **368.** La spécificité de certains contentieux ou de certaines juridictions a pu conduire le législateur à maintenir à leur égard des préalables destinés à contraindre les parties à entrer en pourparlers aux fins de conciliation avant tout examen de leur affaire aux fins de jugement. Ce rattachement autoritaire des pourparlers judiciaires à quelques matières ou juridictions spécifiques revient, de la part du législateur, à prédéterminer strictement leur champ d'application **(A)** et par voie de conséquence, à porter atteinte à la liberté contractuelle des parties de déterminer les droits qu'elles désirent soumettre à de telles procédures. Cependant, on observe que parmi les dispositions qui procèdent à de tels rattachements, certaines, de par leur ambiguïté, semblent faire place à une possible extension du champ d'application des pourparlers qu'elles organisent, autrement dit, semblent ne procéder qu'à une prédétermination souple de leur champ d'application **(B)**.

A. Prédétermination stricte du champ d'application des pourparlers judiciaires

- 4 Le champ d'application matériel des pourparlers judiciaires est prédéterminé de manière impérative chaque fois que le préalable de conciliation est lui-même envisagé de manière impérative. Pour présenter rapidement les préalables concernés, nous reprendrons la distinction proposée par le nouveau code de procédure civile et qui dissocie les préalables obligatoires propres à certaines matières (1°) de ceux propres à certaines juridictions (2°).

1°. Les pourparlers judiciaires propres à certaines matières

- 5 **369. Deux exemples** - Sont ici concernés les préalables de conciliation obligatoires organisés en matière de divorce pour faute ou pour rupture de la vie commune ¹²⁸⁸ ainsi que ceux prévus en matière de saisie des rémunérations du travail ¹²⁸⁹. Ces pourparlers judiciaires étant étroitement liés aux matières considérées, ils ne sauraient voir leur champ d'application étendu à d'autres domaines.
- 6 Ainsi, si l'on prend plus particulièrement l'exemple du préalable de conciliation organisé dans le cadre de la procédure de saisie des rémunérations du travail, on observe que les demandes susceptibles d'en bénéficier doivent impérativement correspondre aux exigences légales. A cette fin, toute demande tendant à l'ouverture d'une telle procédure fait préalablement l'objet d'un contrôle portant sur la réalité et le montant de la créance visée, sur la qualité du salarié débiteur ainsi que sur la nature et la fraction des rémunérations saisissables. Seules les créances reconnues par un titre exécutoire ¹²⁹⁰ et nées à l'occasion d'un contrat de travail sont susceptibles de donner lieu à une saisie des rémunérations et donc, à une tentative préalable de conciliation. En vertu de l'article L. 145-1 du Code du travail, ne sont effectivement visées par cette procédure que les *« sommes dues au titre de rémunération à toutes personnes salariées ou travaillant, à quelque titre ou quelque lieu que ce soit, pour un ou plusieurs employeurs, quels que soient le montant et la nature de leur rémunération, la forme ou la nature de leur contrat »*. En d'autres termes, il importe que *« celui fournissant ses services soit sous la dépendance économique de celui qui l'emploie »* ¹²⁹¹. Quant à la détermination de la fraction saisissable, elle nécessite que l'on tienne compte *« du montant de la rémunération, de ses accessoires ainsi que, le cas échéant, de la valeur des avantages en nature, après déduction des cotisations obligatoires. Sont*

exceptées les indemnités insaisissables, les sommes allouées à titre de remboursement des frais exposés par le travailleur et les allocations ou indemnités pour charge de famille » (C. trav., art. L. 145-2, al. 2).

- 7 La multiplicité des conditions à remplir pour que la demande aux fins de saisie des rémunérations soit recevable et donc puisse faire l'objet de pourparlers judiciaires préalables rend l'entreprise délicate et met en évidence l'extrême précision – et donc limitation – du champ matériel de cette procédure, et par voie d'extension, celle des pourparlers judiciaires qui la précèdent. Il s'ensuit que la liberté des parties quant à la détermination du champ d'application matériel de la procédure de pourparlers organisée en matière de saisie des rémunérations est réduite à néant.
- 8 La même observation peut être faite lorsque les pourparlers sont rattachés à certaines juridictions.

2°. Les pourparlers judiciaires propres à certaines juridictions

- 9 **370.Deux exemples** - Deux juridictions organisent, de manière préalable et impérative, des pourparlers judiciaires aux fins de conciliation : le conseil de prud'hommes (C. trav., art. R. 516-10 et s.) et le tribunal paritaire de baux ruraux (NCPC, art. 887 et s.).
- 10 Parce que ces préalables sont expressément rattachés à ces juridictions et visent toutes les demandes qui leur sont soumises, leur champ matériel correspond à la compétence d'attribution de ces dernières. Il s'ensuit que les pourparlers judiciaires organisés devant le bureau de conciliation du conseil de prud'hommes ont leur champ expressément limité aux seules matières citées à l'article L. 511-1 du Code du travail, tandis que les pourparlers judiciaires organisés devant la formation collégiale du tribunal paritaire de baux ruraux sont, quant à eux, limités aux matières citées à l'article L. 441-1 du Code de l'organisation judiciaire. Les parties n'ont donc aucune

liberté quant à la détermination des droits litigieux susceptibles de faire l'objet d'une tentative préalable de conciliation devant ces juridictions. Seules les demandes à même d'être tranchées au contentieux peuvent à leur tour faire l'objet de négociations aux fins de règlement amiable.

- 11 On serait tenté d'appliquer ce même raisonnement aux procédures de conciliation préalables organisées devant le tribunal d'instance, troisième juridiction judiciaire à proposer ou imposer aux parties qui la saisissent une tentative de conciliation, soit indépendamment de toute demande aux fins de jugement, soit préalablement à l'examen de leur affaire au fond. Pourtant, depuis la réforme de ces procédures par les décrets des 22 juillet 1996 et 28 décembre 1998 – réforme qui autorise le juge à confier l'exercice de ces préalables à un conciliateur – la détermination de leur champ d'application matériel est moins évidente en ce qu'elle semble laisser place à une extension possible.

B. Prédétermination souple du champ d'application des pourparlers judiciaires

- 12 **371. Le cas particulier des « tentatives préalables de conciliation prescrites par la loi »** – Depuis la loi du 8 février 1995, le principe selon lequel le juge peut confier l'exercice de sa mission de conciliation à un tiers, si les parties l'acceptent, est expressément proclamé. Il s'applique notamment chaque fois que le juge envisage de procéder « *aux tentatives préalables de conciliation prescrites par la loi* » ¹²⁹². Cependant, l'absence de plus amples précisions sur la signification à donner à une telle expression est source de confusions. Quelles sont donc ces « *tentatives préalables de conciliation prescrites par la loi* » ? Répondre à la question permettrait de déterminer le champ d'application de la procédure de conciliation

déléguée ainsi institutionnalisée par la loi et d'apprécier dans quelle mesure sa détermination est ou non laissée à la discrétion des parties.

- 13 **372. *Ambiguïté des textes*** - Malheureusement, les textes n'apportent pas de réponse claire et laissent même entrevoir plusieurs réponses possibles, ce qui, du point de vue de la sécurité juridique, est contestable. Ainsi, si l'on s'en tient aux dispositions des décrets pris en application de la loi de 1995, la désignation d'un conciliateur aux fins de conciliation préalable ne semble possible que dans le cadre limité des procédures de conciliation préalables organisées devant le tribunal d'instance (1°). En revanche, si l'on interprète ces mêmes dispositions à la lumière des termes de la loi de 1995, on peut être amené à leur reconnaître un champ d'application beaucoup plus vaste (2°).

1°. Champ d'application des « tentatives préalables de conciliation prescrites par la loi » d'après les décrets du 22 juillet 1996 et du 28 décembre 1998

- 14 **373. *Les décrets n° 96-652 du 22 juillet 1996 et n° 98-1231 du 28 décembre 1998*** - En application des articles 21 et suivants de la loi du 8 février 1995, les décrets n° 96-652 du 22 juillet 1996 et n° 98-1231 du 28 décembre 1998 ont réformé le nouveau code de procédure civile afin de permettre au juge de désigner un conciliateur, si les parties l'acceptent et de lui confier l'exercice de sa mission de conciliation préalable. Cependant, on observe que *seul le juge d'instance* a bénéficié de ces réformes : en effet, tandis que le décret de 1996 a modifié les articles 830 et suivants du nouveau code de procédure civile relatifs à la « *tentative préalable de conciliation* » ¹²⁹³ propre au tribunal d'instance, le décret de 1998 a, quant à lui, modifié les articles 840, 847 et 847-3 de ce même code qui ont trait

chacun, respectivement, aux procédures contentieuses du tribunal d'instance introduites soit par voie d'assignation à toutes fins, soit par requête conjointe ou présentation volontaire des parties, soit enfin par déclaration au greffe. Plus spécialement, ces trois derniers articles ont trait aux tentatives préalables de conciliation obligatoires qui ouvrent ces procédures contentieuses et s'imposent aux parties comme au juge avant tout examen de l'affaire aux fins de jugement.

15 **374. *Lien entre les deux décrets*** – On peut s'interroger sur la raison qui a conduit le législateur à ne pas préciser avec autant de soin les modalités de déroulement de la procédure de conciliation préalable déléguée selon que celle-ci est facultative ou bien obligatoire. On observe en effet que contrairement au décret de 1996, qui est particulièrement précis, celui de 1998 se contente d'autoriser le juge à « *désigner un conciliateur de justice pour procéder à la tentative de conciliation* » ¹²⁹⁴ si les parties y consentent. Seul le principe même de la délégation est envisagé ; non ses modalités de mise en œuvre. Le décret de 1996, quant à lui, précise avec soin les conditions et modalités de désignation du conciliateur de justice, les pouvoirs et devoirs qui lui sont reconnus ainsi que ceux du juge et des parties tout au long de la tentative préalable de conciliation. Ce faisant, nous l'avons déjà souligné, le décret de 1996 institutionnalise dans le nouveau code de procédure civile un contrat-type de pourparlers judiciaires au contenu particulièrement précis et dont les dispositions ne sont pas susceptibles de modifications. Pourquoi une telle différence de contenu entre le décret de 1996 et celui de 1998 ?

16 **375. *Le décret de 1996 : droit commun des modalités de délégation de la mission de conciliation à un conciliateur de justice*** – Cette différence de précision pourrait s'expliquer ainsi : les dispositions du décret de 1996, en raison de leur précision, constitueraient en

quelque sorte le « droit commun » des modalités de délégation des missions de conciliation préalable à un conciliateur, auquel toutes les autres dispositions envisageant de la même manière le principe d'une délégation peuvent se référer ¹²⁹⁵, même implicitement, selon une formule expéditive, sans en reprendre le détail. On en déduit donc qu'*a priori*, la procédure de conciliation préalable déléguée envisagée lapidairement aux articles 840, 847 et 847-3 du nouveau code de procédure civile suppose en vérité, implicitement, l'application des règles de procédure des articles 832 et suivants du même code.

- 17 **376.Cantonnement des « tentatives préalables de conciliation » aux seules matières relevant de la compétence d'attribution du tribunal d'instance ?** – Si l'on s'en tient à une interprétation restrictive de ces textes, on en déduit que seuls les litiges portant sur les matières relevant de la compétence d'attribution du tribunal d'instance – autrement dit celles citées aux articles R. 321-1 et suivants du Code de l'organisation judiciaire – sont susceptibles d'être confiés à un conciliateur de justice aux fins de tentative préalable de conciliation et ce, soit dans le cadre de la procédure aux seules fins de conciliation organisée devant cette même juridiction (NCPC, art. 830 et s.), soit à l'occasion des préalables de conciliation obligatoires prévus dans le cadre des procédures contentieuses du tribunal d'instance (NCPC, art. 840, 847 et 847-3). Il s'ensuit que tout justiciable dont le litige ne porte pas sur l'une de ces matières se voit en principe privé de la possibilité de tenter, avec l'aide d'un conciliateur, une conciliation préalable dans les conditions et selon la procédure prévues aux articles 830 et suivants du nouveau code de procédure civile.
- 18 Cette interprétation restrictive déçoit et surtout, semble en parfaite contradiction avec les termes et l'esprit de la loi du 8 février 1995

qui, à première vue, laissaient augurer d'un champ d'application beaucoup plus vaste.

2°. Champ d'application des « tentatives préalables de conciliation prescrites par la loi » d'après la loi n° 95-125 du 8 février 1995

- 19 **377. Les dispositions de la loi n° 95-125 du 8 février 1995** - Rien, dans les termes de la loi du 8 février 1995, ne permettait de penser que les décrets d'application adoptés en vue de sa consécration dans le nouveau code de procédure civile limiteraient la possibilité, pour le juge, de désigner un conciliateur aux fins de tentative préalable de conciliation aux seules procédures organisées devant le tribunal d'instance et, par voie de conséquence, aux seules matières relevant de la compétence d'attribution de cette juridiction. Bien au contraire.
- 20 **378. Généralité du texte** - En effet, si l'on reprend dans son intégralité l'article 21 de la loi, on lit que : « *Le juge peut, après avoir obtenu l'accord des parties, désigner une tierce personne [...] pour procéder : 1° Soit aux tentatives préalables de conciliation prescrites par la loi, sauf en matière de divorce et de séparation de corps ; 2° Soit à une médiation, en tout état de la procédure et y compris en référé, pour tenter de parvenir à un accord entre les parties* ». Si l'on s'en tient aux procédures qui nous intéressent - les tentatives préalables de conciliation - on observe que le législateur a pris soin d'utiliser le pluriel pour les désigner et de préciser que celles qui sont visées sont celles qui sont « *prescrites par la loi* » ¹²⁹⁶. La généralité de l'expression ainsi employée ne laisse pas un instant présager que la loi a entendu limiter son champ d'application au cadre restreint de la procédure organisée devant le tribunal d'instance. Au contraire, une telle généralité concourt

plutôt à une interprétation extensive des procédures effectivement visées par ce texte.

- 21 **379.Exclusion du divorce et de la séparation de corps** - Cette interprétation libérale est d'ailleurs confortée par la précision apportée par le législateur et qui vise à exclure du champ d'application de la loi les tentatives préalables de conciliation prescrites « *en matière de divorce et de séparation de corps* ». Cette spécification serait superflue s'il avait été convenu dès le départ que la loi n'avait vocation à s'appliquer qu'à l'égard des matières relevant de la compétence d'attribution du tribunal d'instance puisque divorce et séparation de corps échappent, par définition, à la connaissance de cette juridiction. En revanche, cette exclusion prend tout son sens si l'on considère que la loi de 1995 est censée s'appliquer à tous les préalables de conciliation pré-institués, toutes juridictions et toutes matières confondues : dans ce cas, cette exclusion consiste, pour le législateur, à « *ne pas mettre cette matière sur le même plan que les autres* » ¹²⁹⁷ afin de s'assurer que ce sera toujours le juge aux affaires familiales ¹²⁹⁸, en personne, qui procédera à la tentative de conciliation.
- 22 **380.Conséquences d'une telle interprétation libérale** - Aussi, des termes de l'article 21 de la loi du 8 février 1995, il ressort que les tentatives préalables de conciliation susceptibles d'être confiées à un conciliateur ne sont pas celles-là seules qui sont organisées devant le tribunal d'instance, mais également – et implicitement – celles organisées devant le conseil de prud'hommes, devant le tribunal paritaire de baux ruraux ou encore en matière de saisie des rémunérations ¹²⁹⁹. Et comme certains auteurs ¹³⁰⁰, nous ne pensons pas que le caractère paritaire de certaines de ces juridictions puisse faire obstacle à une délégation de leur mission de conciliation préalable à une seule personne dès lors que cette

dernière, par définition, doit faire preuve de neutralité et d'indépendance à l'égard des parties ¹³⁰¹. Cela pourrait même constituer un remède au très faible taux de conciliation réalisé devant la plupart de ces juridictions.

23 Quelles conclusions tirer de l'apparente contradiction entre les termes de la loi de 1995 et ceux de ses décrets d'application relativement à la détermination du champ d'application matériel des procédures de conciliation préalable déléguées à un tiers ?

24 **381. Les décrets de 1996 et de 1998 : premières étapes d'une série d'autres textes d'application** - Il est possible de justifier cette apparente divergence, cette interprétation restrictive du champ d'application de la loi de 1995 faite par ses décrets d'application, en ayant recours à l'hypothèse suivante : si les décrets du 22 juillet 1996 et du 28 décembre 1996 ont appliqué les dispositions générales de la loi de 1995 aux seules procédures organisées devant le tribunal d'instance, c'est parce qu'ils constituent une première étape d'une - longue ? - série d'autres textes d'application qui viendront étendre ces mêmes dispositions aux autres tentatives préalables de conciliation organisées devant d'autres juridictions ou en d'autres matières ¹³⁰². Et comme nous en avons le pressentiment, le décret du 22 juillet 1996 - en raison de la précision de son contenu - serait en quelque sorte le « modèle dans le temps », le « dispositif de droit commun » des modalités de délégation de l'exercice de la mission de conciliation préalable du juge à un tiers, auquel les décrets d'application suivants n'auront qu'à se référer implicitement ou explicitement, chaque fois qu'ils envisageront d'en étendre le contenu à une autre procédure de tentative préalable de conciliation prescrite par la loi. C'est de cette manière que nous expliquons le caractère pour le moins succinct des dispositions du décret du 28

décembre 1998 dans les modifications qu'il apporte aux articles 840, 847 et 847-3 du nouveau code de procédure civile ¹³⁰³ .

- 25 Dans le sens de cette interprétation et confortant l'idée selon laquelle les dispositions du décret du 22 juillet 1996 consacrées aux articles 830 et suivants du nouveau code de procédure civile seraient des dispositions « de droit commun », on peut invoquer également le décret n° 96 -1091 du 13 décembre 1996, qui a modifié le décret n° 78-381 du 20 mars 1978 relatif aux conciliateurs de justice. La finalité de ce texte était de renforcer les liens unissant les conciliateurs au juge d'instance - renforcement symbolisé par le changement de leur dénomination : de conciliateurs, ils sont devenus conciliateurs *de justice* - et d'en faire des intervenants privilégiés chaque fois que le juge envisage de déléguer sa mission de conciliation à un tiers. A cette fin, le décret du 13 décembre 1996 a ajouté un second alinéa à l'article premier du décret de 1978 qui dispose que : « *Ils [les conciliateurs de justice] peuvent également procéder aux tentatives préalables de conciliation prescrites par la loi [...] dans les conditions et selon la procédure prévues par les articles 831 à 835 du nouveau code de procédure civile* ». Or, il nous semble que l'emploi de l'expression « *dans les conditions et selon la procédure* » signifie que le texte entend se référer essentiellement aux règles procédurales des articles considérés, indépendamment de leur champ matériel d'application qui, s'il était visé, l'aurait plutôt été par l'expression « *dans les cas* » ¹³⁰⁴ . Aussi, par cette nouvelle disposition, il semblerait que les conciliateurs de justice ne sont pas seulement autorisés à procéder, sur initiative du juge, aux tentatives préalables de conciliation propres au tribunal d'instance, mais bien plus largement à toutes les tentatives préalables de conciliation « *prescrites par la loi* », sous la condition toutefois qu'ils aient recours, à cette fin, à la procédure prévue aux articles 831 à 835 du nouveau code de procédure civile.

En d'autres termes, il convient de considérer que l'emploi de la formulation « *dans les conditions et selon la procédure* » consiste plutôt en « *un appel à l'élargissement des cas de recours au conciliateur de justice* » ¹³⁰⁵ et non pas à leur cantonnement dans le cadre restreint des procédures de conciliation préalables propres au tribunal d'instance.

- 26 **382.Conclusion** - De tous ces développements, nous déduisons donc que si actuellement – et conformément aux dispositions des décrets des 22 juillet 1996 et 28 décembre 1998 – le champ matériel des procédures préalables de conciliation susceptibles d'être confiées à un conciliateur se limite aux seules matières relevant de la compétence d'attribution du tribunal d'instance, ce n'est que de manière provisoire, à titre d'expérimentation peut-être. Les termes de la loi du 8 février 1995 laissent présager un champ d'application potentiel de ces procédures beaucoup plus étendu, que l'adoption de textes réglementaires suffira à rendre effectif. On peut donc s'attendre à ce que d'ici peu de temps, le pouvoir de désigner un conciliateur de justice aux fins de tentative préalable de conciliation soit également conféré au bureau de conciliation du conseil de prud'hommes, au tribunal paritaire de baux ruraux ou bien encore au juge d'instance dans le cadre de la procédure de saisie des rémunérations du travail. C'est en tout cas ce que nous souhaitons.
- 27 Mais se posera alors la question de la compatibilité de ces procédures déléguées avec des litiges ayant pour objet des matières essentiellement gouvernées par des dispositions d'ordre public telles que la matière prud'homale. Jusque-là, le problème ne se posait pas dans les mêmes termes puisque ces matières, y compris dans le cadre des procédures de conciliation préalables, étaient réservées à la seule connaissance du juge ¹³⁰⁶. La présence de ce dernier constituait une garantie de la compatibilité du contenu de l'accord

avec les dispositions d'ordre public ¹³⁰⁷ . Mais lorsque l'élaboration de l'accord sera l'œuvre des parties avec un tiers conciliateur, personne privée ne présentant pas les mêmes garanties qu'un magistrat, pourra-t-on s'assurer d'une telle compatibilité ? *A priori*, la nature contractuelle des procédures considérées devrait constituer à elle seule une garantie puisque, par hypothèse, elle limite le champ matériel des pourparlers judiciaires aux seuls droits dont les parties ont la libre disposition ou qui ne compromettent pas l'ordre public.

SECTION II – UN CHAMP D'APPLICATION MATÉRIEL TOUJOURS LIMITÉ

- 28 **383. Deux procédures au vaste champ matériel d'application** - Lorsque le champ d'application matériel des procédures de conciliation ou de médiation judiciaires n'est pas prédéterminé par les textes du fait de leur rattachement à une juridiction ou une matière déterminée, le principe de la liberté contractuelle voudrait que les parties soient absolument libres d'y recourir en toutes matières. Deux procédures semblent pleinement bénéficier de cette liberté et octroyer aux parties la faculté d'y recourir devant toutes juridictions et en toutes matières : la conciliation de droit commun, réglementée aux articles 127 et suivants du nouveau code de procédure civile, qui ne peut être que l'œuvre du juge ou des parties, ainsi que la médiation judiciaire 1308, forme particulière de conciliation réglementée aux articles 131-1 et suivants du même code, qui suppose l'intervention d'un tiers, le médiateur. Ces deux procédures amiables ont en commun d'être *possibles en cours d'instance* autrement dit, d'être purement *facultatives* et de n'être envisagées qu'une fois le processus de traitement contentieux du litige déjà engagé.
- 29 Rien n'est précisé, dans les textes, quant au champ d'application matériel de ces procédures. Cependant, l'agencement des dispositions qui les réglementent, dans le code, permet de le déterminer approximativement : inscrites dans le Livre premier du code relatif aux « *Dispositions communes à toutes les juridictions* », ces dispositions sont par hypothèse applicables en toutes matières et devant toutes les juridictions de l'ordre judiciaire. Dans le sens de cette interprétation, on observe que pour chacune de ces procédures, les textes font référence au « *juge* », sans préciser de

quel juge il s'agit et disposent que ce « juge » peut tenter une conciliation ou une médiation, « *tout au long de l'instance* » (NCPC, art. 127) ou « *en tout état de la procédure, y compris en référé* » (L. n° 95-125 du 8 fév. 1995, art. 21, al. 1^{er}-2°). On en déduit, avec un auteur ¹³⁰⁹, que « *A défaut de distinction, le juge doit s'entendre du juge civil en général, au sens de l'article 749 du Code de procédure civile, c'est-à-dire de toute juridiction de l'ordre judiciaire statuant en matière civile, commerciale, sociale, rurale ou prud'homale, en première instance ou en appel, y compris devant le juge des référés mais par définition à l'exclusion de la Cour de cassation* ». En d'autres termes, conciliation et médiation judiciaires peuvent donc être indifféremment l'œuvre de magistrats instructeurs – juge ou conseiller de la mise en état, juge rapporteur, conseiller rapporteur – de juges du fond ou encore de juges des référés et, de ce fait, être tentées devant toutes les juridictions de l'ordre judiciaire, ce qui suppose qu'elles peuvent *a priori* l'être également en toutes matières.

- 30 **384. Double limitation de l'étendue du champ d'application matériel de la conciliation et de la médiation judiciaires** - En vérité, il faut atténuer cette dernière déduction car une double limite s'impose, qui réduit sensiblement l'étendue du champ matériel de ces procédures : la disponibilité des droits ¹³¹⁰ en cause et l'ordre public ¹³¹¹. Après en avoir étudié le principe (A), nous reviendrons plus en détail sur l'étendue de cette limitation selon que les règles d'ordre public en cause visent à protéger l'intérêt public (B) ou les intérêts privés (C).

A. Limitation de principe du champ d'application matériel des pourparlers judiciaires

- 31 **385.** « *En matière interne, ce sont les notions d'ordre public et d'indisponibilité qui permettent de déterminer le domaine des modes alternatifs* », peut-on lire en doctrine ¹³¹². L'éviction des droits indisponibles du champ de la médiation et de la conciliation judiciaires résulte en partie de la transposition, à ces procédures, des dispositions qui existent pour d'autres modes volontaires ¹³¹³ de règlement des différends tels que la transaction ¹³¹⁴, l'amiable composition ¹³¹⁵, l'arbitrage ¹³¹⁶ ou encore, la conciliation mise en œuvre par les conciliateurs de justice ¹³¹⁷ et qui excluent expressément du champ de ces procédures les litiges portant sur des droits indisponibles.
- 32 **386. Le recours à un mode amiable : acte de disposition** - Mais surtout, cette éviction résulte de la considération que soumettre volontairement un litige à un mode amiable de règlement des conflits, c'est disposer des droits objets du litige ¹³¹⁸, c'est faire « *application de la liberté contractuelle au traitement du contentieux* » ¹³¹⁹. Or, un tel acte nécessite que ces droits soient disponibles ¹³²⁰ car « *la disponibilité des droits est le principe en matière contractuelle* » ¹³²¹. Il en découle alors qu'inversement, « *L'indisponibilité d'un droit est une exception à l'autonomie de la volonté et, partant, à la liberté contractuelle* » ¹³²².
- 33 **387. Le recours à un mode amiable : acte de renonciation** - D'autres auteurs préfèrent analyser la décision de soumettre son litige à un mode amiable de règlement des conflits, quel qu'il soit, comme un acte de renonciation ¹³²³ : renonciation au droit au juge ¹³²⁴, parfois au droit d'action ¹³²⁵, mais surtout, « *à l'application des règles de droit, que celles-ci soient d'ordre procédural ou d'ordre substantiel* » ¹³²⁶, ce qui, en tout état de cause, est un acte grave.
- 34 Précisons simplement qu'avec la conciliation et la médiation judiciaires – lorsque ces procédures sont engagées en cours

d'instance - la gravité de la renonciation est plus limitée dans la mesure où le droit auquel il est renoncé d'un commun accord est un droit acquis, et d'autre part, dans la mesure où la renonciation n'est pas définitive. En effet, décider d'entrer en conciliation ou en médiation judiciaire, en cours d'instance, ce n'est pas renoncer de manière générale et anticipée à agir en justice, puisque par définition, les parties se trouvent déjà devant le juge ; ce n'est pas non plus renoncer définitivement au juge pour tel litige en particulier puisqu'en cas d'échec du règlement amiable, les parties peuvent toujours retourner devant celui-ci et obtenir un jugement : le juge n'est pas dessaisi de l'affaire du fait de la mise en œuvre d'une procédure de conciliation ou de médiation judiciaire. Aussi, entrer en conciliation ou en médiation judiciaire, c'est, pour les parties, renoncer « à l'examen par un juge étatique de leurs prétentions conformément aux règles de droit applicables » ¹³²⁷, c'est renoncer provisoirement au juge et à l'application des règles de droit pour tel litige en particulier, autrement dit, c'est renoncer ponctuellement à la traduction judiciaire de droits litigieux déterminés, tout en se réservant la possibilité de retourner devant le juge en cas d'échec de la procédure amiable. Il s'ensuit donc que la validité de cet acte dépendra de la disponibilité des droits subjectifs substantiels sur lesquels il porte car seuls les droits disponibles peuvent faire l'objet de renonciations.

- 35 **388. L'indisponibilité des droits : première limite commune aux modes amiables et aux contrats** - On observe alors que, malgré l'apparente générosité des textes réglementant la conciliation et la médiation judiciaires relativement à leur champ matériel d'application, sont déjà exclus de ce dernier tous les litiges portant sur des droits indisponibles en raison de l'extension, à ces procédures, du principe fondamental du droit des obligations qui interdit de contracter sur

des droits dont on n'a pas la libre disposition. Le champ d'application de la conciliation et de la médiation judiciaires comporte donc pour première limite celle qui est apportée à la liberté contractuelle des parties par l'indisponibilité des droits.

- 36 **389. L'ordre public : seconde limite commune aux modes amiables et aux contrats** - Mais persévérons dans notre quête de la détermination du champ matériel de ces procédures en poussant plus loin la référence aux droits indisponibles, pour nous approcher de ce à quoi elle semble conduire irrémédiablement : la notion d'ordre public ¹³²⁸. Un auteur ¹³²⁹ propose une explication très claire de l'étroitesse des liens qui unissent indisponibilité des droits et règle d'ordre public : cela résulterait de ce que, d'une part, la règle d'ordre public est le vecteur de l'interdiction et d'autre part, de ce que la notion d'indisponibilité n'est pas une notion autonome mais dépendante de celle d'ordre public ¹³³⁰. Cependant, il ne faut pas déduire de cette dépendance que tout droit gouverné par une règle d'ordre public se transforme fatalement en un droit indisponible. Il existe en effet divers ordres publics ¹³³¹ - « *l'ordre public, chacun le sait, est protéiforme* » ¹³³² - faisant que l'existence de règles d'ordre public n'est pas en soi « *un obstacle de principe à l'accord de deux volontés* » ¹³³³. Tandis que certaines catégories d'ordre public empêchent strictement toute manifestation de volonté privée ¹³³⁴, d'autres en revanche autorisent les conventions ¹³³⁵, dès lors toutefois que le contenu de ces dernières ne déroge pas aux lois qui les intéressent. Ainsi en dispose l'article 6 du code civil ¹³³⁶, et avec lui les articles 1128 et 1133. L'ordre public n'est donc pas en tant que tel un obstacle aux accords de volonté et, en ce qui nous concerne, aux renonciations : il en conditionne simplement le contenu ¹³³⁷. Ce faisant, on peut voir dans l'ordre public une limitation à la liberté contractuelle ¹³³⁸ et plus précisément ici, une limitation au champ

d'application matériel de la conciliation et de la médiation judiciaires, contrats de pourparlers judiciaires.

- 37 C'est donc en considération des intérêts que la loi d'ordre public écartée entend protéger que la licéité de la renonciation doit être appréciée et non pas en considération du simple fait qu'il existe une règle d'ordre public. Ainsi le résume un auteur ¹³³⁹ : « Dans la mesure où la référence au caractère d'ordre public d'une règle ne suffit pas à exclure automatiquement toute renonciation à cette règle, il faut se demander, non pas si la règle de droit dont le bénéfice est abdiqué intéresse l'ordre public, mais si la renonciation au bénéfice de cette règle heurte l'ordre public ». C'est sur le fondement de cette observation que nous proposons alors de distinguer entre, d'une part, les catégories d'ordre public *permissives*, c'est-à-dire ouvertes aux manifestations des volontés privées, donc aux conventions et, ce faisant, ouvertes à la conciliation et à la médiation judiciaires et, d'autre part, les catégories d'ordre public *prohibitives*, c'est-à-dire fermées à toute manifestation de volontés privées, donc à toute forme de convention et ce faisant, fermées à la conciliation et à la médiation judiciaires. Cette distinction se recoupe avec une autre, plus classique et retenue par divers auteurs ¹³⁴⁰, qui différencie les règles d'ordre public tendant à protéger les intérêts privés de celles tendant à protéger l'intérêt public. D'autres auteurs préfèrent encore distinguer entre l'ordre public de *direction* ¹³⁴¹ et l'ordre public de *protection* ¹³⁴², seule cette seconde catégorie autorisant les conventions ¹³⁴³; mais la forte consonance économique et sociale de ces dernières dénominations ¹³⁴⁴ nous dissuade de les retenir.

B. Limitation par des règles d'ordre public destinées à protéger l'intérêt public

38 **390. Interdiction de principe de toute convention portant sur ces règles** - Les règles d'ordre public destinées à protéger l'intérêt public peuvent être classées en deux catégories : celles relevant de *l'ordre public politique* ¹³⁴⁵ - encore appelé ordre public classique ¹³⁴⁶ - et celles relevant de *l'ordre public économique de direction* ¹³⁴⁷ - encore appelé ordre public nouveau ¹³⁴⁸. A l'égard de ces règles, le principe est celui de l'interdiction de toute forme de convention.

39 **391. L'ordre public politique** - « *L'ordre public politique vise la protection de l'Etat* ¹³⁴⁹, *de la famille* ¹³⁵⁰ *et de la morale* ¹³⁵¹ » ¹³⁵², liste à laquelle il est possible de rajouter l'individu, la personne humaine ¹³⁵³. Cet ordre public « *assure la défense des institutions essentielles* ¹³⁵⁴ » : aussi, en raison du caractère hautement impérieux ¹³⁵⁵ des règles qui le consacrent, il est apparu absolument nécessaire de n'en confier l'application qu'à une juridiction étatique ¹³⁵⁶, ce qui implique que cet ordre public soit absolument hermétique à toutes manifestations de volontés privées, lesquelles ne sauraient le remettre en cause pas plus qu'elles ne sauraient s'y soustraire. Pour ce faire, la plupart des matières placées sous la coupe de cet ordre public sont déclarées indisponibles, voire même « *absolument* » ¹³⁵⁷ ou bien « *totalement et définitivement* » ¹³⁵⁸ indisponibles. On pense par exemple à l'état des personnes, à la filiation ¹³⁵⁹... En ces matières, il n'y a pas de place pour les conventions et, partant, pour la conciliation ou la médiation judiciaire ¹³⁶⁰.

40 **392. L'ordre public économique de direction** - L'ordre public économique de direction est, quant à lui, destiné à régir les relations économiques, à canaliser les échanges des biens et des services « *dans une direction favorable à l'utilité sociale* » ¹³⁶¹. Il s'agit, pour les pouvoirs publics, via une immixtion dans l'organisation et la production des biens et des services, d'imposer une certaine

conception de l'intérêt général ¹³⁶². L'objectif est d'éviter les comportements anticoncurrentiels, les situations de monopole ou de position dominante augmentant les disparités de puissance économique et faussant les lois naturelles de l'offre et de la demande ¹³⁶³. A l'instar de l'ordre public politique, l'ordre public économique de direction « *est au service de l'intérêt général* » ¹³⁶⁴. Aucune convention privée ne saurait donc l'aménager, encore moins y déroger, ce qui exclut une nouvelle fois toute possibilité de recours à la conciliation ou à la médiation judiciaire. Nous terminerons en précisant qu'en raison de l'importance de la finalité de ces catégories d'ordre public, la sanction traditionnellement attachée aux atteintes qui leurs sont portées est la nullité absolue, ce qui suppose entre autre qu'elle n'est pas susceptible de confirmation ¹³⁶⁵.

41 Telles sont les règles de principe. Mais comme toutes règles, elles connaissent des exceptions. La plus flagrante est probablement le développement considérable de la médiation dans une matière pourtant essentiellement dominée par l'ordre public et portant sur des droits pour la plupart indisponibles : le droit de la famille. Divorce, filiation, autorité parentale... toutes ces questions sont l'objet depuis quelques années de conventions privées auquel le juge donne parfois effet.

42 **393.La médiation familiale : une atténuation du principe de prohibition des conventions** - Si les règles qui régissent le statut extrapatrimonial ¹³⁶⁶ de la famille sont d'ordre public, c'est parce que « *les bases mêmes de la société seraient atteintes si les hommes pouvaient aménager les structures familiales autrement que le législateur ne l'a voulu* » ¹³⁶⁷. Et pourtant, « *on assiste à un certain relâchement de l'organisation familiale* » ¹³⁶⁸, à une évolution des mentalités qui tend à admettre de plus en plus « *l'irruption de la volonté dans le droit de la famille* » ¹³⁶⁹. Ainsi, faisant fi de l'indisponibilité des questions

d'état ¹³⁷⁰, la jurisprudence tend à admettre de plus en plus de renonciations en droit de la filiation, au nom de l'intérêt de l'enfant ou de celui des membres de la famille. Les arrangements amiables, les pactes de famille ¹³⁷¹ tendant à « *tourner les règles légales* » ¹³⁷² sont un trait marquant de la législation civile contemporaine, fait remarquer un auteur ¹³⁷³... La tendance est donc à l'assouplissement du droit de la famille, à sa perméabilité aux volontés individuelles, ce qui explique que l'on parle volontiers de « *privatisation* » ¹³⁷⁴ ou de « *contractualisation* » ¹³⁷⁵ du droit de la famille. D'autres auteurs évoquent plutôt l'idée de l'existence de degrés dans l'indisponibilité des droits en cause, faisant que certains droits ne seraient finalement plus que « *relativement* » ¹³⁷⁶ ou « *partiellement* » ¹³⁷⁷ indisponibles, après l'avoir été « *totalement* ».

- 43 **394. Place de la médiation familiale au sein de la famille des conciliations judiciaires** – Cette ouverture aux volontés individuelles explique en partie le développement de la médiation familiale ¹³⁷⁸. L'intégration de la médiation familiale au sein de la famille des conciliations judiciaires ¹³⁷⁹ ne fait pas l'unanimité : pour certains auteurs, la médiation familiale ne serait qu'un processus de « *régulation – et non pas nécessairement de résolution – des conflits familiaux supposant l'intervention d'un tiers neutre, amenant les parties en établissant entre elles une communication, à trouver par elles-mêmes les bases d'un accord qui aidera soit à mettre fin à leur conflit [...] soit à le gérer et à envisager son issue judiciaire* » ¹³⁸⁰. Pour d'autres auteurs, et de manière plus catégorique encore, la médiation familiale se distinguerait très nettement de la conciliation et de la médiation judiciaires, empêchant toute analogie car « *le processus de médiation familiale n'est pas un mode conventionnel de règlement d'un litige [...] ; elle constitue plus modestement un processus de gestion du litige axé sur le rapprochement des parties et donc une aide à la décision* » ¹³⁸¹.

44 S'il ne fait pas de doute que la médiation familiale ne saurait être assimilée à la médiation judiciaire *stricto sensu* – autrement dit, à celle régie par les articles 131-1 et suivants du nouveau code de procédure civile – en revanche, nous considérons sans conteste que la médiation familiale appartient à la famille des conciliations judiciaires, *lato sensu*, dans la mesure où – pour reprendre nos critères – elle est mise en œuvre dans le cadre d'une instance judiciaire et sous l'égide du juge. Mais les caractéristiques de la médiation familiale – son objet particulier ainsi que son champ matériel d'application – font de cette procédure une catégorie à part, qui requiert une réglementation propre. Ainsi, on observe que la finalité même de cette procédure est plus large que celle des conciliations judiciaires traditionnelles : moins que de régler un *litige* proprement dit, il s'agit plutôt ici de prévenir des *conflits* ou d'en aménager le règlement par le juge, de rétablir le dialogue sur des questions extrêmement sensibles. Si l'on prend l'exemple d'une instance en divorce, la médiation familiale ne permettra pas de prononcer le divorce car une telle décision relève de la compétence exclusive du juge ¹³⁸² ; mais cette procédure pourra en revanche contribuer à préparer les parties à cette décision, à améliorer autant que faire se peut les relations entre elles et leur permettre ainsi, pourquoi pas, de passer d'un divorce contentieux à un divorce par consentement mutuel ; de participer à l'élaboration des mesures qui régleront l'après divorce (rapports personnels, pécuniaires, partage de l'autorité parentale, exercice du droit de visite etc.) et surtout, d'apprendre à gérer elles-mêmes les éventuelles difficultés à venir pour ne pas avoir à retourner devant le juge ¹³⁸³ . D'autre part, en raison de son champ d'application spécifique, la médiation familiale nécessite un contrôle judiciaire particulièrement aigu et approfondi de la manière dont le tiers accomplit sa mission ainsi que du contenu

de l'accord auquel parviendraient les parties. Il n'est pas question, ici, de simples constats d'accord ou de donnés acte purement facultatifs. En matière familiale, tout accord ne pourra prendre effet que si le juge a préalablement procédé à son homologation judiciaire, autrement dit, moyennant un contrôle approfondi de sa légalité et de son opportunité.

- 45 La médiation familiale, forme de conciliation judiciaire, a donc place dans une matière pourtant *a priori* totalement exclue du champ des conventions privées. Un auteur ¹³⁸⁴ soulignera à ce propos que contrairement à l'arbitrage dont « *le domaine exclu [...] reste essentiellement celui du droit des personnes et de la famille* », on observe que « *ce droit s'est largement ouvert à la médiation, ce qui pourrait mériter réflexion : un droit marqué profondément par l'ordre public s'avère plus accessible aux accommodements sur les règles de fond qu'au recul du droit à l'accès au juge* » ¹³⁸⁵ .
- 46 **395.Substitution du principe de prohibition par le principe de validité, sous contrôle judiciaire** ¹³⁸⁶ - Cependant, nous l'avons annoncé, l'ouverture du droit de la famille à la médiation judiciaire n'est pas sans contrôle : si les initiatives privées sont autorisées, c'est à la stricte condition qu'elles répondent toujours à l'intérêt du groupe familial, qu'elles soient conformes aux intérêts supérieurs de la famille ¹³⁸⁷ . Le contrôle de cette conformité est exercé par le juge, seul compétent pour décider de l'opportunité et de la validité de l'accord des parties ¹³⁸⁸ et surtout, seul à même de permettre à cet accord de produire pleinement ses effets. Ainsi, souligne un auteur ¹³⁸⁹ , « *ces pactes familiaux, qui ne sont pas un accord sur la juridiction, ne lient jamais le juge et s'il venait à prendre en considération un accord entre les parties, ce qu'il est invité à faire, ce serait pure faculté dans l'exercice de sa stricte mission juridictionnelle* ». Sans contrôle judiciaire ¹³⁹⁰ - lequel prend souvent la forme, en droit de la

famille, d'une homologation ¹³⁹¹ - la convention des parties portant sur des droits indisponibles, fussent-ils *relativement* indisponibles, resterait sans effet ¹³⁹². « *La technique de l'homologation en droit de la famille permet de choisir une voie moyenne entre l'ordre public et la liberté des conventions* » fait remarquer un auteur ¹³⁹³ : « *Soucieux d'ouvrir un espace de liberté mais peu confiant dans l'effet équilibrant de la liberté des conventions, le législateur confie au juge homologateur le soin de vérifier cet équilibre* » ajoute-t-il.

47 A ce propos, on a pu évoquer l'idée de l'existence d'un phénomène de « *procéduralisation de l'ordre public* » ¹³⁹⁴ qui, concrètement, se traduit par « *une faculté reconnue aux parties de contracter dans des matières d'ordre public, sous réserve de soumettre leur accord à l'homologation d'un juge* » et observer que « *Cette tendance s'est principalement affirmée en droit de la famille* » ¹³⁹⁵. Il existerait donc « *un mouvement de balancier entre droit substantiel et droit processuel : le recul des prohibitions du droit substantiel [allant] de pair avec une extension du champ d'application du droit processuel* » ¹³⁹⁶.

48 **396.Bilan** - Si la règle de principe est donc que médiation et conciliation judiciaires sont *prohibées* dans les matières relevant d'un ordre public destiné à protéger l'intérêt public ¹³⁹⁷, on observe néanmoins une certaine avancée des volontés individuelles dans ces matières, offrant alors une place à ces procédures. Mais, en raison du caractère impératif des règles qui gouvernent ces matières, le recours à la conciliation ou à la médiation judiciaire ne sera toléré que sous étroit contrôle du juge laissant finalement une liberté modérée aux parties, parce que minutieusement conditionnée et contrôlée. L'avancée des modes alternatifs dans le champ des droits indisponibles n'est possible qu'assortie de garanties processuelles.

49 Qu'en est-il désormais, lorsque l'ordre public en cause vise à protéger plus simplement les intérêts des particuliers ?

C. Limitation par des règles d'ordre public destinées à protéger les intérêts privés

- 50 **397.L'ordre public de protection** - Les règles d'ordre public destinées à protéger les intérêts privés des particuliers sont qualifiées *d'ordre public de protection* ¹³⁹⁸. Elles consistent, plus spécialement, à « *protéger, dans divers contrats, la partie économiquement la plus faible : le salarié dans le contrat de travail (la réglementation du travail est toute entière d'ordre public) ; le fermier dans le bail à ferme [...] ; le débiteur [...]. Et plus généralement est protégé le consommateur de produits et de services [...], c'est-à-dire le non-professionnel contractant avec le professionnel, le besoin de protection s'induisant ici de leur inégalité de connaissance technique* » ¹³⁹⁹. L'ordre public de protection, qui consiste également en une limitation de la liberté contractuelle ¹⁴⁰⁰, a donc pour but de « *rétablir l'équilibre contractuel, l'égalité dans le contrat* » ¹⁴⁰¹, lorsque précisément le régime de liberté n'offre plus assez de garanties en ce sens.
- 51 Les techniques utilisées à cette fin sont nombreuses : elles peuvent consister en la renaissance d'un certain formalisme ¹⁴⁰², en l'exigence de mentions informatives ¹⁴⁰³, en l'instauration de délais de réflexion ou de rétractation ¹⁴⁰⁴, destinés à garantir un consentement libre et éclairé chez la partie la plus faible. Mais cela peut également consister en la prédétermination autoritaire du contenu ou des effets du contrat ¹⁴⁰⁵ ou encore en l'existence d'obligations de négocier ou de contracter ¹⁴⁰⁶... Parce que les dispositions qui imposent ces prescriptions ne visent qu'à défendre les intérêts de particuliers, elles ne sont sanctionnées que par une nullité relative ¹⁴⁰⁷ que la jurisprudence interprète comme réservant l'exercice de l'action au seul contractant dont la nullité tend à protéger les intérêts – ce qui implique qu'elle doit être refusée

à toute autre personne - mais également comme interdisant au juge de soulever d'office la nullité : « *il ne revient pas au juge d'appliquer [d'office] une disposition impérative de protection si la partie protégée ne le lui demande pas* », a ainsi jugé la Cour de cassation ¹⁴⁰⁸ . Une telle interprétation a pu être considérée comme « *en rupture avec les conceptions modernes de l'office du juge et dont l'effet pervers serait d'affaiblir l'efficacité de l'ordre public de protection* » ¹⁴⁰⁹ .

52 **398. Le principe de validité des conventions portant sur des règles d'ordre public de protection** - C'est également en considération du fait que l'ordre public de protection ne vise qu'à défendre les intérêts de particuliers qu'est admis le principe de la validité des conventions et spécialement, des renonciations ¹⁴¹⁰ . Cependant, ce principe est soumis à conditions : seules les renonciations portant sur des droits acquis sont autorisées ¹⁴¹¹ . Cette limitation s'explique, selon un auteur ¹⁴¹² , par le fait qu' » *Il suffit qu'une règle soit impérative, pour que soit exclue toute renonciation anticipée aux droits qu'elle fait naître ; renoncer à ces droits tant qu'ils ne sont pas acquis, c'est simplement prétendre déroger à une règle qui, étant impérative, est au moins « d'ordre public au sens de l'article 6 C. civ. »* . Mais les règles ressortissant à l'ordre public de protection ne sont pas seulement impératives ¹⁴¹³ , elles visent à protéger un contractant placé dans une situation d'infériorité ; comme il s'agit de le prémunir contre les faiblesses prévisibles de son propre consentement, on ne saurait lui permettre d'abdiquer la protection légale : ce serait ruiner cette protection même » .

53 Les renonciations de droits acquis sont d'ailleurs validées par une jurisprudence relativement ancienne ¹⁴¹⁴ qui disposait alors qu'« *une partie peut toujours, après la naissance de son droit, renoncer à l'application d'une loi, fût-elle d'ordre public* » . Avec du recul, la doctrine a tenu à préciser que c'était d'ordre public de protection qu'il s'agissait ¹⁴¹⁵ et qu'en outre, plus que la naissance du droit, c'était

véritablement son caractère acquis qui était susceptible d'autoriser et de rendre licite la renonciation. Un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 17 mars 1998 ¹⁴¹⁶ a fait siens ces divers correctifs en énonçant que « *s'il est interdit de renoncer par avance aux règles de protection établies par la loi sous le sceau de l'ordre public, il est en revanche permis de renoncer aux effets acquis de telles règles* ». Mais que faut-il entendre par droit acquis ? « *La notion de droits acquis, si elle a pour elle un long passé doctrinal, est en pratique d'un maniement délicat* » ¹⁴¹⁷, prévient un auteur. Certains y voient le simple fait que « *son titulaire soit en mesure de l'exercer librement* » ¹⁴¹⁸ ; d'autres renvoient ¹⁴¹⁹ à la formule de Motulsky selon laquelle « *le droit est acquis lorsque ses éléments générateurs sont constitués dans le temps et dans l'espace* » ¹⁴²⁰, tout en soulignant combien son utilisation peut cependant être source de difficultés en raison de l'incertitude qui règne quant à la détermination des « *éléments générateurs* » du droit acquis, ainsi que de leur « *date d'acquisition* » ¹⁴²¹.

- 54 **399. Conclusion** - On en déduit qu'en présence de règles destinées à protéger les intérêts de particuliers, le principe est que les renonciations sont admises dès lors qu'elles portent sur des droits acquis ¹⁴²². Il s'ensuit que ces règles ne constituent pas un obstacle de principe au recours à une procédure de conciliation ou de médiation judiciaire, mais que bien au contraire, elles laissent « *aux parties une grande liberté pour convenir d'un règlement amiable* » ¹⁴²³. En témoigne la vocation essentiellement conciliatrice de la juridiction prud'homale qui, depuis l'origine, privilégie le règlement conventionnel au règlement juridictionnel, dans une matière pourtant entièrement gouvernée par l'ordre public.
- 55 **400. CONCLUSION DU CHAPITRE I** - Pour conclure sur le champ d'application de la conciliation et de la médiation judiciaires, on peut

dire que celui-ci est en définitive particulièrement vaste. En effet, non seulement le principe sur ce point est qu'il est possible de recourir à ces procédures en toutes matières ; mais on observe encore que même dans les matières *a priori* hostiles à toutes formes de manifestation de volonté en raison de l'existence de droits indisponibles ou de règles d'ordre public, conciliation et médiation judiciaires peuvent avoir une place, dès lors cependant que la solution à laquelle elles aboutissent est juste et équitable ¹⁴²⁴ et donc en définitive, non contraire aux intérêts que l'ordre public entendait protéger.

- 56 Cependant, l'avancée de la conciliation et de la médiation judiciaires dans des matières en principe réservées à la seule connaissance du juge étatique, phénomène que l'on pourrait inversement décrire par le recul de l'indisponibilité des droits ou le recul du droit substantiel au profit des manifestations de volontés individuelles – et donc, éventuellement, au profit de la conciliation ou de la médiation judiciaire – pour être valide, doit impérativement être compensée par une avancée du droit processuel ¹⁴²⁵, ce qu'un auteur ¹⁴²⁶ évoque lorsqu'il affirme qu'« *un minimum d'équité procédurale (égalée ici à la loyauté, fairness) est indispensable à l'équité de la convention comme elle l'est à l'équité du jugement* ».

NOTES

1287. L. CADIET, Solution judiciaire et règlement amiable des litiges..., art. préc., p. 131, n° 15.

1288. C. civ., art. 251 al. 1 ; NCPC, art. 1074 et 1108 et suiv. ; V. *supra* n° 249.

1289. C. trav., art. R. 145-9 et suiv.

- 1290.** Ce qui exclut les créances sous seing privé.
- 1291.** J. VINCENT et J. PREVAULT, Voies d'exécution et procédures de distribution, *op. cit.*, n° 154.
- 1292.** L. 95-125 du 8 février 1995, art. 21, al. 1^e, 2°.
- 1293.** Procédure qui figure parmi les dispositions particulières au tribunal d'instance : Titre II du Livre deuxième du NCPC consacré aux Dispositions particulières à chaque juridiction.
- 1294.** NCPC, art. 847 et 847-3.
- 1295.** Dans le même sens, J. HERON, Réflexions sur le décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 modifiant le Code de l'organisation judiciaire et le Nouveau code de procédure civile, RGDP 1999, n° 1, p. 65 et suiv., spéc. p. 73.
- 1296.** La référence faite à « la loi » nous semble devoir être interprétée dans un sens générique, comme une « *notion autonome extensive* », recouvrant à la fois la loi *stricto sensu* et le règlement : V. N. FRICERO, Droit et pratique de la procédure civile, s./ la direction de S. GUINCHARD, Dalloz Action 1999, n° 2116.
- 1297.** Ch. JARROSSON, Le compétence d'attribution du conciliateur de justice est-elle calquée sur celle du juge d'instance ?, RGDP. 1999, n° 4, p. 767 et s., spéc. p. 772.
- 1298.** Exclusivement compétent en matière de divorce et de séparation de corps.
- 1299.** Dans ce sens, C. CHADELAT, Le cadre juridique de la conciliation, Gaz. Pal. 4-6 octobre 1998, n° spécial consacré au Colloque relatif aux conciliateurs de justice, préc., p. 14 ; L. CADIET, JCP 1995. I. 3846, n° 15 et Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 932 ; J.-L. VIVIER, Le renforcement du rôle..., art. préc., Les petites affiches, 28 février 1997, p. 14 ; M. OLIVIER, La conciliation et la médiation judiciaires en matière civile..., art. préc., p. 1258 et s.
- 1300.** C. CHADELAT *op. et loc. cit.* ; L. CADIET, *op. et loc. cit.* ; J.-L. VIVIER, *op. et loc. cit.* ; Contra, M. OLIVIER, *op. et loc. cit.*
- 1301.** D. 78-381 du 20 mars 1978, art. 2 et 8 al. 2.
- 1302.** En ce sens, C. CHADELAT, Le cadre juridique de la conciliation, Gaz. Pal. 4-6 octobre 1998, n° spécial consacré au Colloque relatif aux conciliateurs de justice, préc., p. 14.
- 1303.** J. HERON, Réflexions sur le décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998..., art. préc., p. 73.
- 1304.** Dans ce sens, J. VINCENT, S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER et A. VARINARD, Institutions judiciaires, *op. cit.*, n° 610, b).
- 1305.** Ch. JARROSSON, La compétence d'attribution du conciliateur de justice..., *op. et loc. cit.*
- 1306.** Du juge en personne ou bien en formation collégiale.
- 1307.** Sur le contrôle par le juge du contenu de l'accord des parties et notamment de sa compatibilité avec l'ordre public, V. par exemple, J. HAUSER, Le juge homologateur en droit de la famille, in Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends, dir. P. ANCEL et M.-Cl. RIVIER, Economica, Coll. Etudes juridiques, 2001, p. 114 et suiv. et V. *infra* n° 605 et s.
- 1308.** Sur le champ d'application de la médiation judiciaire, V. A. GAONAC'H, LPA, 21 juin 1999, p. 5 et suiv.

1309. L. CADIET, Solution judiciaire et règlement amiable des litiges..., art. préc., p. 131, n° 15.

1310. Sur cette question, V notam. B. FAUVARQUE-COSSON, Libre disponibilité des droits et conflit de loi, LGDJ, 1997, préf. Y. LEQUETTE, spéc. n° 92 et suiv. ; D. DREIFUSSNETTER, V° Renonciation, Rép. droit civ., Dalloz. ; Ch. JARROSSON, L'arbitrabilité : présentation méthodologique, Rev. Jur. Com. 1996, p. 1 et suiv. ; X. LAGARDE, in Droit processuel/droit commun du procès, *op. cit.*, n° 592 : qui définit les droits indisponibles comme ceux vis à vis desquels « *les manifestations de volonté des personnes privées sont en principe dépourvues d'effet* » car s'est opéré un « *transfert de compétence au profit d'autorités publiques seules habilitées à décider en ces matières* ».

1311. Sur l'ordre public, en général : V. notam. J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, V. Ordre public et bonnes mœurs, Rép. droit civ., Dalloz, 1993 ; J. GHESTIN, La formation du contrat, *op. cit.*, n° 104 et suiv. ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, Droit civil, Les obligations, *op. cit.*, n° 347 et suiv. ; Sur certains ordres publics en particulier, V. G. FARJAT, L'ordre public économique, LGDJ, 1963, préf. B. GOLDMAN ; J. VINCENT, La procédure civile et l'ordre public, art. préc., p. 303 et suiv. ; D. TALLON, Considérations sur la notion d'ordre public dans les contrats en droit français et anglais, Mélanges offerts à R. SAVATIER, Dalloz, 1965, p. 883 et suiv. ; X. LAGARDE, Office du juge et ordre public de protection, JCP. G. 2001. I. 312 ; Transaction et ordre public, D. 2000. 217 et suiv. ; G. RIPERT, L'ordre économique et la liberté contractuelle, Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. GENY, t. II, Sirey, p. 347 et suiv. ; D. FERRIER, Les dispositions d'ordre public visant à préserver la réflexion des contractants, D. 1980. 177 ; G. COUTURIER, L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve, Etudes offertes à Jacques FLOUR, Rép. du notariat Defresnois, 1979, p. 95 et suiv. ; F. MARTIN-EUDIER, Ordre public substantiel et office du juge, Thèse Rouen, 1994.

1312. X. LAGARDE, in Droit processuel/droit commun du procès, *op. cit.*, n° 585. Dans le même sens : R. MARTIN, Quand le grain ne meurt ... De conciliation en médiation, JCP. 1996. I. 3977, n° 9 ; S. BRAUDO, Propos sur la médiation en matière civile, Gaz. Pal. 1995, p. 467 et suiv., spéc. p. 469 ; A. GAONAC'H, art. préc. ; Y. DESDEVISES, Situation litigieuse et modes alternatifs de justice, Justices, Juil.-déc. 1996, p. 342, n° 8 ; Ch. JARROSSON, Médiation et conciliation, Définition et statut juridique, Gaz. Pal. 1996. 951 et suiv., spéc. p. 952, n° 15 ; G. PLUYETTE, La médiation judiciaire, Gaz. Pal. 1998. 701 et suiv., spéc. 704.

1313. Au sens de modes dont le recours a été décidé volontairement et d'un commun accord des parties.

1314. Pour la transaction, V. notamment X. LAGARDE, Transaction et ordre public, art. préc. ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, Droit civil, t. 8, Contrats spéciaux par P.-Y. GAUTIER, Cujas, 14^e éd., 2001/2002, n° 1112 ; C. civ., art. 2045 al. 1 : « *Pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction* » ; C. civ., art. 2046 : « *On peut transiger*

sur l'intérêt civil qui résulte d'un délit. La transaction n'empêche pas la poursuite du ministère public ».

1315. NCPC, art. 12 al. 4.

1316. C. civ., art. 2059 : « Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition ». Pour une interprétation de ce texte, P. LEVEL, L'arbitrabilité Rev. Arb. 1992. 213 et suiv. ; Ch. JARROSSON, L'arbitrabilité : présentation méthodologique, Revue de jurisprudence commerciale, 1996, p. 1 et suiv. ; B. FAUVARQUE-COSSON, Libre disponibilité des droits et conflits de loi, th. préc., n° 153 et suiv. Egalement, sur le champ de l'arbitrage et la notion d'arbitrabilité, L. IDOT, L'arbitrabilité des litiges, l'exemple français, Revue de jurisprudence commerciale, 1996, p. 6 et suiv. ; M.-Cl. RIVIER, L'éviction de la juridiction étatique par le contrat, in Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends, dir. P. ANCEL et M.-Cl. RIVIER, Economica, 2001, p. 23 et suiv.

1317. D. 78-381 du 20 mars 1978, art. 1^e al. 1.

1318. Ch. JARROSSON, Médiation et conciliation, définition et statut juridique, art. préc., n° 15 ; du même auteur, l'arbitrabilité ..., art. préc., p. 2, n° 7 ; M.-Cl. RIVIER, L'éviction de la juridiction étatique par le contrat, art. préc., p. 24.

1319. P. LEVEL, L'arbitrabilité, art. préc., p. 214, n° 1 ; dans le même sens : Ch. JARROSSON, L'arbitrabilité..., art. préc., p. 3, n° 9.

1320. P. LEVEL, L'arbitrabilité, art. préc., p. 219, n° 7 : l'auteur définit le droit disponible comme celui qui « est sous la totale maîtrise de son titulaire, à telle enseigne qu'il peut tout faire à son propos et notamment l'aliéner, voire y renoncer ».

1321. Ch. JARROSSON, L'arbitrabilité..., art. préc., p. 3, n° 9.

1322. Ch. JARROSSON, L'arbitrabilité..., art. préc., p. 3, n° 9.

1323. F. DREIFUSS-NETTER, V° Renonciation, Rép. droit civil, Dalloz, janv. 1989, spéc. n° 1 : « La renonciation est un acte juridique par lequel une personne manifeste la volonté d'abandonner une prérogative qui lui appartient » ; P. RAYNAUD, La renonciation à un droit, sa nature et son domaine en droit civil, RTDCiv. 1936. 763 et suiv. ; Rapports de MM. J. CARBONNIER et J.-D. BREDIN, Les renonciations au bénéfice de la loi en droit privé in Travaux de l'Association Henri CAPITANT, t. XIII, 1963, p. 283 et suiv. et p. 355 et suiv. ; F. DREIFUSS-NETTER, Les manifestations de volonté abdicatives, LGDJ, Paris, 1985.

1324. X. LAGARDE, in Droit processuel/Droit commun du procès, op. cit., n° 591 ; V. également J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, V. Ordre public et bonnes mœurs, Rép. droit civ., Dalloz, n° 42 et suiv., sur la notion d'ordre public processuel et en particulier à la renonciation au droit d'agir en justice ; J. VINCENT, La procédure civile et l'ordre public, art. préc., p. 303 et suiv. et en partic. p. 307 et suiv., n° 10 et suiv. ; L. CADIET, Les clauses relatives aux litiges, art. préc., spéc. n° 4 et suiv. ; du même auteur, Les jeux du contrat et du procès : esquisse, art. préc., p. 23 et suiv., spéc. n° 15 et 16 ; Les accords sur la juridiction dans le procès, art. préc., p. 34 et suiv., spéc. p. 37 ; M.-Cl. RIVIER, L'éviction de la juridiction étatique par le contrat, art. préc., p. 23 et suiv., spéc. p. 24.

1325. L. CADIET, Les accords sur la juridiction dans le procès, art. préc., p. 46.
1326. B. FAUVARQUE-COSSON, Libre disponibilité des droits et conflits de loi, th. préc., n° 152.
1327. L. CADIET, Les accords sur la juridiction..., art. préc., p. 46.
1328. Ch. JARROSSON, L'arbitrabilité..., art. préc., p. 3, n° 9 : « *L'indisponibilité d'un droit [...] nous conduit irrésistiblement, nécessairement, vers la notion d'ordre public* ».
1329. Ch. JARROSSON, L'arbitrabilité..., p. 3, n° 10.
1330. Sur la distinction entre ordre public et libre disponibilité, V. B. FAUVARQUE-COSSON, Libre disponibilité des droits et conflits de loi, th. préc., n° 92, où l'auteur déplore que la notion de libre disponibilité « *souffre d'être systématiquement identifiée à tout ce qui n'est pas d'ordre public* » car « *tandis que le critère de l'ordre public vise les règles de droit, celui de la libre disponibilité vise les droits qui naissent d'une situation juridique* ».
1331. J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, Ordre public et bonnes mœurs, art. préc., n° 31 et suiv., qui distinguent l'ordre public de l'Etat, l'ordre public processuel, l'ordre public pénal, l'ordre public économique, l'ordre public des personnes, l'ordre public des biens, les bonnes mœurs ; J. GHESTIN, La formation du contrat, *op. cit.*, n° 119 et suiv., qui distingue l'ordre public politique et moral (dans lequel entrent l'organisation de l'Etat et des pouvoirs publics, la famille, les bonnes mœurs) de l'ordre public économique et social (lequel peut être soit de direction, soit de protection) ; T. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, Les obligations, *op. cit.*, n° 351 et suiv., qui distinguent l'ordre public classique (dans lequel entrent l'Etat, la famille, la personne humaine, l'ordre public professionnel) de l'ordre public économique (lequel peut être de direction ou de protection).
1332. Ch. JARROSSON, L'arbitrabilité ..., p. 3, n° 10.
1333. S. X. LAGARDE, in Droit processuel/Droit commun du procès, *op. cit.*, n° 593. Dans le même sens, V. SOLUS et PERROT, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 1183 qui résument parfaitement la question : « *... le fait que la matière intéresse l'ordre public n'est pas en soi un obstacle : tout dépend en réalité du contenu de l'accord réalisé et, de ce point de vue, un contrat judiciaire n'est illicite que s'il entraîne renonciation à des droits que l'ordre public rend indisponibles* ».
1334. Car, nous allons le voir, elles tendent à protéger les institutions fondamentales de la société.
1335. Car elles tendent à protéger les intérêts des contractants.
1336. Sur l'interprétation de cet article, V. J.-D. BREDIN, Les renonciations au bénéfice de la loi en droit privé, *op. et loc. cit.*, qui étend – malgré l'emploi du mot *convention* – l'application de ces dispositions à toute manifestation de volonté, qu'elle soit unilatérale ou bien conventionnelle ; et égal. X. LAGARDE, in Droit processuel/Droit commun du procès, *op. cit.*, n° 585 et 593 ; B. FAUVARQUE-COSSON, Libre disponibilité des droits et conflits de loi, th. préc., n° 193.

1337. En ce sens, X. LAGARDE, *in* Droit processuel/Droit commun du procès, *op. et loc. cit.* ; J.-D. BREDIN, Les renonciations au bénéfice de la loi en droit privé, art. préc., p. 371 : « *Les renonciations doivent se briser sur l'intérêt public* », commente l'auteur avant d'ajouter que c'est l'article 6 du code civil « *qui suggère cette évidence* ».

1338. B. FAUVARQUE-COSSON, Libre disponibilité des droits et conflits de loi, th. préc., n° 193 ; G. FARJAT parle même « *d'antithèse de la liberté contractuelle* », L'ordre public économique, th. préc., n° 21 et suiv. ; G. RIPERT, L'ordre économique et la liberté contractuelle, art. préc., en particulier n° 1 et 2 ; J. GHESTIN, La formation du contrat, *op. cit.*, n° 104 ; V. égal. E.-H. PERREAU, Une évolution vers un statut légal des contrats, Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. GENY, Sirey, t. II, p. 354 et suiv. ; pour une critique sévère de « *L'interventionnisme des pouvoirs publics dans le domaine contractuel par l'intermédiaire du législateur ou bien du juge* », mettant ainsi fin à « *l'âge d'or du droit contractuel* » V. L. JOSSERAND, Le contrat dirigé, D.H. 1933. 89 et suiv. et du même auteur, Le contrat forcé et le contrat légal (contrat dit de salaire différé), D.H. 1940. 5 et suiv.

1339. B. FAUVARQUE-COSSON, Libre disponibilité des droits et conflits de loi, th. préc., n° 194.

1340. B. FAUVARQUE-COSSON, Libre disponibilité des droits et conflits de loi, th. préc., n° 194 ; F. DREIFUSS-NETTER, V° Renonciation, art. préc., n° 67 et suiv.

1341. X. LAGARDE, *in* Droit processuel / Droit commun du procès, *op. cit.*, n° 593-1°.

1342. X. LAGARDE, Droit processuel / Droit commun du procès, *op. cit.*, n° 593-2° ; G. COUTURIER, L'ordre public de protection ... art. préc., spéc. p. 100, n° 4 ; V. égal. G. FARJAT, L'ordre public économique, thèse Dijon, 1963, préf. GOLDMAN, p. 118, n° 156.

1343. X. LAGARDE, Transaction et ordre public, art. préc., p. 220, n° 6 : « *La conséquence doit être que les règles impératives qui s'inscrivent dans la défense d'un ordre public de direction, et pour peu que le législateur ait donné des signes tangibles de leur caractère impérieux, sont d'application rigoureuse quelle qu'ait été l'intention des parties de privilégier une issue négociée du litige. En revanche, les règles participant de l'ordre public de protection, sous réserve de la validité des renonciations à intervenir, ne sauraient par principe interdire le recours à la transaction* ».

1344. On parle en effet plus volontiers d'ordre public économique de direction ou de protection : V. J. GHESTIN, La formation du contrat, *op. cit.*, n° 130 et suiv. ; F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, Les obligations, *op. cit.*, n° 358 et suiv. ; égal. G. COUTURIER, L'ordre public de protection..., art. préc., n° 1 qui qualifie l'ordre public de protection comme l'une des « *composantes* » de l'ordre public économique.

1345. J. GHESTIN, La formation du contrat, *op. cit.*, n° 120 et suiv.

1346. F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, Les obligations, *op. cit.*, n° 352 ; J. FLOUR, J. L. AUBERT, E. SAVAUX, L'acte juridique, *op. cit.*, n° 281.

1347. Distinction proposée par B. FAUVARQUE-COSSON, Libre disponibilité des droits et conflits de loi, th. préc., n° 195.

- 1348.** J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, L'acte juridique, *op. cit.*, n° 281.
- 1349.** F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, Les obligations, *op. cit.*, n° 353 ; J. GHESTIN, La formation du contrat, *op. cit.*, n° 121.
- 1350.** F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, Les obligations, *op. cit.*, n° 354 ; J. GHESTIN, La formation du contrat, *op. cit.*, n° 122 et suiv.
- 1351.** J. GHESTIN, La formation du contrat, *op. cit.*, n° 124.
- 1352.** *Op. et loc. cit.*
- 1353.** F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, Les obligations, *op. cit.*, n° 352.
- 1354.** B. FAUVARQUE-COSSON, Libre disponibilité des droits et conflits de loi, th. préc., n° 195.
- 1355.** X. LAGARDE, in Droit processuel / Droit commun du procès, *op. cit.*, n° 585.
- 1356.** X. LAGARDE, in Droit processuel / Droit commun du procès, *op. cit.*, n° 585 ; Ch. JARROSSON, L'arbitrabilité..., art. préc., p. 5, n° 17.
- 1357.** X. LAGARDE, in Droit processuel / Droit commun du procès, *op. cit.*, n° 592 ;
- 1358.** P. LEVEL, L'arbitrabilité, art. préc., p. 222, n° 11.
- 1359.** C. civ., art. 319 ; D. HUET-WEILLER, Réflexions sur l'indisponibilité des actions relatives à la filiation, D. 1978. 233 ; A. LAPOYADE-DESCHAMP, Les renonciations en droit de la famille, D. 1993. 259.
- 1360.** X. LAGARDE, Droit processuel et modes alternatifs de règlement des conflits, art. préc., Rev. arb. 2001, p. 423 et s., spéc., p. 425.
- 1361.** F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, Les obligations, *op. cit.*, n° 358.
- 1362.** J. GHESTIN, La formation du contrat, *op. cit.*, n° 127.
- 1363.** J. GHESTIN, La formation du contrat, *op. cit.*, n° 127.
- 1364.** B. FAUVARQUE-COSSON, Libre disponibilité des droits et conflits de loi, th. préc., n° 196.
- 1365.** B. FAUVARQUE-COSSON, Libre disponibilité des droits et conflits de loi, th. préc., n° 196.
- 1366.** En revanche, le statut patrimonial de la famille n'est que partiellement d'ordre public : V. J. GHESTIN, La formation du contrat, *op. cit.*, n° 122 ; B. FAUVARQUE-COSSON, Libre disponibilité des droits et conflits de loi, th. préc., n° 195 et 202.
- 1367.** J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, L'acte juridique, *op. cit.*, n° 284.
- 1368.** F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, L'acte juridique, *op. cit.*, n° 354.
- 1369.** J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, Traité de droit civil, La famille, Fondation et vie de la famille, 2^e éd. LGDJ, 1993, n° 489 ; V. égal. A. LAPOYADE DESCHAMPS, Les renonciations en droit de la famille, D. 1993. 259 et suiv. ; J. REVEL, Les conventions entre époux désunis (contribution à l'étude de la notion d'ordre public matrimonial), JCP. 1982. I. 3055 ; A. CHAPELLE, Les pactes de famille en matière extrapatrimoniale, RTDCiv. 1984. 411 ; G. CREFF, Les contrats de la famille in Le droit contemporain des contrats, dir. L. CADIET, Economica,

1987, p. 245 et suiv., spéc. p. 247 ; F.-J. PANSIER, De la contractualisation du droit de la famille en général et du droit du mariage en particulier, *Gaz. Pal.* 1999. 287, spéc. n° 10.

1370. D. HUET-WEILLER, Réflexions sur l'indisponibilité des actions relatives à la filiation, *D.* 1978. 233 ; A. LAPOYADE DESCHAMPS, Les renonciations en droit de la famille, *D.* 1993. 259.

1371. A. CHAPELLE, Les pactes de famille..., art. préc.

1372. A. LAPOYADE DESCHAMPS, Les renonciations en droit de la famille, *chron. préc.*, p. 262, qui se réfère notamment à un arrêt de la cour d'appel de Bourges du 28 mai 1984 (*D.* 1986. 236 note D. HUET-WEILLER) qui admet une requête conjointe présentée sur le fondement de l'article 318 du Code civil par le premier mari, la femme et ... le second mari ; ou encore, D. HUET-WEILLER, Réflexions sur l'indisponibilité des actions relatives à la filiation, art. préc., qui fait état de jurisprudences admettant des arrangement amiables entre les parties tendant à passer outre les délais légaux dans lesquels sont en principe enfermées les actions ; B. FAUVARQUE-COSSON, Libre disponibilité des droits et conflits de loi, *th. préc.*, n° 658 et suiv. et n° 664 s'agissant d'accords relatifs au paiement de l'obligation alimentaire due aux enfants après divorce des parents ou bien à l'attribution de l'autorité parentale.

1373. L. CADIET, Les accords sur la juridiction dans le procès, art. préc., p. 46.

1374. P. MALAURIE, L. AYNES, *Droit civil, La famille*, par P. MALAURIE, 6^e éd., 1998/1999, *CUJAS*, n° 26.

1375. F.-J. PANSIER, De la contractualisation du droit de la famille en général..., art. préc., n° 10, à propos de l'Union libre (n° 19 et s.) et du PACS (n° 11) : exemples caractéristiques de l'immixtion du contrat dans le droit de la famille.

1376. X. LAGARDE, *in* *Droit processuel / Droit commun du procès*, *op. cit.*, n° 592 : l'indisponibilité relative autorisant les accords de volonté ; l'indisponibilité absolue s'y opposant fondamentalement ; V. également, B. FAUVARQUE-COSSON, Libre disponibilité des droits et conflits de loi, *th. préc.*, p. 384, n° 658.

1377. P. LEVEL, L'arbitrabilité, art. préc., p. 222, n° 11.

1378. Pour un aperçu de ce phénomène, V. également M. LINDEPERG, Médiation et conciliation de proximité, rapport préc., p. 53 et suiv.

1379. V. notre classification, *supra* n° 27 et s. et n° 107 et s.

1380. V. LARRIBAU-TERNEYRE, Faut-il réglementer la médiation familiale ?, *JCP.* 1993. I. 3649, n° 3.

1381. M. CEVAER-JOURDAIN, Remarques à propos de la médiation familiale au regard de la loi du 8 février 1995 et du décret d'application du 22 juillet 1996 relatifs à la conciliation et à la médiation judiciaires, *Gaz. Pal.* 1997, *doctr.*, p. 1587 et s.

1382. Sur la compétence exclusive, érigée en critère de détermination des règles d'ordre public exclusives d'un recours à une solution négociée du litige, X. LAGARDE, Transaction et ordre public, art. préc., p. 219, n° 6.

1383. M. LINDEPERG, Médiation et conciliation de proximité, rapport préc., p. p. 54 : « *La médiation familiale intervient au soutien de la fonction parentale en cas de conflit ou de difficultés, ainsi qu'au maintien des liens familiaux ou conjugaux. En matière de divorce ou de séparation, c'est un processus par lequel les époux en situation de rupture tentent de trouver eux-mêmes, avec le soutien d'un tiers, des solutions constructives pour l'avenir en organisant la séparation au mieux de l'intérêt de tous les membres de la famille* ». F. MONEGER, La médiation dans les réformes du droit de la famille, préc., p. 150.

1384. M.-Cl. RIVIER, L'éviction de la juridiction par le contrat, art. préc., p. 25.

1385. Selon cet auteur, la différence entre médiation et convention d'arbitrage est que cette dernière consiste plus en une renonciation d'ordre processuel que d'ordre substantiel : « *En passant une convention d'arbitrage, les parties ne renoncent pas à tout ou partie de leurs prétentions, ni nécessairement à ce que ces dernières soient examinées par référence à la règle de droit* », art. préc., p. 24.

1386. En ce sens, X. LAGARDE, Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges, art. préc., p. 425.

1387. V. notam. A. LAPOYADE DESCHAMPS, Les renonciations en droit de la famille, chron. préc., p. 259 ; R. THERY, L'intérêt de la famille, JCP. 1972. I. 2485 ; Rapport Conseil Eco. Soc., op. cit., p. 54.

1388. G. CREFF, Les contrats de la famille, art. préc., p. 258 qui souligne que si « *l'ordre public familial baissait sa garde pour admettre libéralement les contrats de la famille. Il n'abandonne pas pour autant le combat et se réserve au contraire le droit d'intervenir sur le contrat pour sauvegarder les intérêts essentiels de la famille* ».

1389. L. CADIET, Les accords sur la juridiction dans le procès, art. préc., p. 46.

1390. Dit contrôle gracieux en raison de l'absence de litige et effectué conformément aux dispositions des articles 25 et suivants du nouveau code de procédure civile.

1391. G. CORNU, Vocabulaire juridique, op. cit., V° Homologation : « *L'approbation judiciaire à laquelle la loi subordonne certains actes et qui, supposant du juge un contrôle de légalité et souvent d'opportunité, confère à l'acte homologué la force exécutoire d'une décision de justice* ». V. l'article pertinent de J. HAUSER, Le juge homologateur en droit de la famille, in Le conventionnel et le juridictionnel, ouvrage préc., p. 114 et suiv. et spéc. p. 120 et suiv.

1392. X. LAGARDE, in Droit processuel / Droit commun du procès, op. cit., n° 592.

1393. J. HAUSER, Le juge homologateur en droit de la famille, art. préc., p. 120.

1394. X. LAGARDE, Transaction et ordre public, art. préc., n° 1 et n° 8 : « *Au modèle rigide conjuguant règle impérative, norme contractuelle et sanction judiciaire, se substituerait progressivement un modèle de type procédural fait de liberté contrôlée et de solution négociée* ».

1395. X. LAGARDE, Transaction et ordre public, art. préc., n° 8 ; V. également Y. MULLER, Le contrat judiciaire en droit privé, th. préc., p. 47, n° 50 : « *La volonté d'obtenir un droit des relations familiales moins rigide a conduit le législateur à assouplir les règles impératives en cherchant l'adhésion des personnes intéressées. Mais si l'emprise croissante des volontés privées a*

sans aucun doute marqué un recul de l'ordre public législatif, on ne saurait pour autant parler d'une véritable libéralisation en ce domaine. C'est, qu'en réalité, le législateur a parallèlement délégué au juge un pouvoir de contrôle des intérêts de la famille, substituant à la prohibition pure et simple des accords de volonté, un contrôle judiciaire préventif de leur réalisation ».

1396. X. LAGARDE, Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges, art. préc., p. 426.

1397. B. FAUVARQUE-COSSON, Libre disponibilité des droits et conflits de loi, th. préc., n° 202.

1398. Sur la notion, V. G. COUTURIER, L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve, art. préc., p. 95 et suiv. ; X. LAGARDE, Office du juge et ordre public de protection, JCP. 2001. I. 312 ; D. FERRIER, Les dispositions d'ordre public visant à préserver la réflexion des contractants, D. 1980. 177 et suiv. ; J. CARBONNIER, Les obligations, *op. cit.*, p. 147, n° 71 ; J. GHESTIN, La formation du contrat, *op. cit.*, n° 136 et suiv. ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, Les obligations, *op. cit.*, n° 359.

1399. J. CARBONNIER, Les obligations, *op. cit.*, 71.

1400. X. LAGARDE, Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges, art. préc., p. 429.

1401. G. FARJAT, L'ordre public économique, th. préc., n° 157.

1402. J. GHESTIN, La formation du contrat, *op. cit.*, n° 140 et suiv. ; D. FERRIER, Les dispositions d'ordre public..., art. préc., p. 178, n° 9 et suiv. ; G. COUTURIER, L'ordre public de protection..., art. préc., p. 96.

1403. J. GHESTIN, La formation du contrat, *op. cit.*, n° 145.

1404. J. GHESTIN, La formation du contrat, *op. cit.*, n° 146 ; D. FERRIER, Les dispositions d'ordre public..., art. préc., p. 183, n° 36 et suiv. ; G. COUTURIER, L'ordre public de protection..., art. préc., p. 96.

1405. J. GHESTIN, La formation du contrat, *op. cit.*, n° 149 et suiv. et 153 et suiv. ; G. COUTURIER, L'ordre public de protection..., art. préc., p. 97.

1406. J. GHESTIN, La formation du contrat, *op. cit.*, n° 159 et suiv.

1407. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, L'acte juridique, *op. cit.*, n° 299 ; B. FAUVARQUE-COSSON, Libre disponibilité des droits..., th. préc., n° 197 ; G. COUTURIER, L'ordre public de protection..., art. préc., p. 101.

1408. X. LAGARDE, Office du juge et ordre public de protection, art. préc., n° 2 à propos de deux arrêts de la Cour de cassation : Cass. com., 3 mai 1995, Bull. civ. IV, n° 128, D. 1997. 124, note F. EUDIER et Cass. civ. 1^e, 15 fév. 2000, Bull. civ. I, n° 49, JCP. 2000. IV. 1579 ; L'auteur critique ces arrêts « à l'évidence défavorables aux parties faibles qui ne peuvent désormais plus compter sur l'appui d'un « juge-providence » venant à leur secours au cas où elles oublieraient de se prévaloir des dispositions impératives destinées à les protéger ».

1409. X. LAGARDE, Office du juge et ordre public de protection, art. préc., n° 3.

1410. G. COUTURIER, L'ordre public de protection..., art. préc., p. 101, n° 6 ; FAUVARQUECOSSON, Libre disponibilité des droits..., th. préc., n° 198.

1411. En ce sens, X. LAGARDE, Transaction et ordre public, art. préc., n° 11 : « *S'inspirant de ce qu'elle décide en matière de renonciation, la Cour de cassation admet avec une certaine constance que la validité de la transaction intervenue en matière d'ordre public dépend de la connaissance que les parties avaient des droits acquis auxquels elles ont renoncé* » ; en matière de renonciation, Cass. civ. 1^e, 17 mars 1998, Bull. civ. I, n° 120, JCP. G. 1998. II. 10148, note PIEDELIEVRE ; en matière de transaction, Cass. civ. 2^e, 21 mars 1988, Bull. civ. II, n° 74 ; 10 mai 1991, Bull. civ. II, n° 140.

1412. G. COUTURIER, L'ordre public de protection..., art. préc., p. 106, n° 11.

1413. Sur la distinction entre règles d'ordre public et règles impératives, P. MAYER, La sentence contraire à l'ordre public au fond, Rev. Arb. 1994, p. 615 et suiv. et en partic. p. 618 et suiv., n° 6 et suiv.

1414. Cass. soc., 16 nov. 1961, Bull. civ. IV, n° 949 ; Civ. 3^e, 27 oct. 1975, Bull. civ. III, n° 310.

1415. G. COUTURIER, L'ordre public de protection..., art. préc., p. 105, n° 11.

1416. Bull. civ. I., n° 120, JCP 1998. II. 10148, note S. PIEDELIEVRE.

1417. X. LAGARDE, Transaction et ordre public, art. préc., p. 223, n° 11.

1418. B. FAUVARQUE-COSSON, Libre disponibilité des droits..., th. préc., n° 200.

1419. X. LAGARDE, Transaction et ordre public, art. préc., p. 223, n° 11.

1420. Ecrits, t. II, Dalloz, 1974, p. 53 et suiv.

1421. X. LAGARDE, Transaction et ordre public, art. préc., p. 223, n° 11.

1422. B. FAUVARQUE-COSSON, Libre disponibilité des droits..., th. préc., n° 202.

1423. X. LAGARDE, in Droit processuel / Droit commun du procès, *op. cit.*, n° 593. L'admission des transactions consécutives à un licenciement en est un exemple, même si en l'espèce il ne s'agit pas de conciliation judiciaire mais d'un mode particulier de conciliation extrajudiciaire.

1424. Voire plus juste et plus équitable que la solution à laquelle parviendrait le juge en application de la loi. Dans ce sens, D. HUET-WEILLER, Réflexions sur l'indisponibilité des actions relatives à la filiation, art. préc., spéc. p. 238, où l'auteur approuve les arrangements amiables en matière de filiation, dès lors que ceux-ci sont réalisés dans l'intérêt de l'enfant.

1425. X. LAGARDE, Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges, art. préc., p. 425 et 429.

1426. L. CADIET, Une justice contractuelle, l'autre, art. préc., p. 190 ; V. également, p. 195 : « *L'équité de la procédure juridictionnelle garantit, en quelque sorte l'équité du jugement comme l'équité de la procédure contractuelle devrait garantir celle de la convention* ».

Chapitre II. Dirigisme étatique et contenu des pourparlers judiciaires

- 1 **401. Pourparlers judiciaires et principes directeurs du procès ; données du problème** – Le contexte judiciaire dans lequel sont destinés à évoluer les pourparlers judiciaires nécessite que leur contenu soit conforme avec un minimum des exigences de la procédure civile. Certes, il n'est pas question d'exporter l'intégralité des principes directeurs du procès à la conciliation et à la médiation judiciaires : cela reviendrait à dénaturer purement et simplement ces procédures, à trop les contraindre et donc, en définitive, à empêcher toute issue négociée du litige ¹⁴²⁷. Une « nécessaire transaction » ¹⁴²⁸ s'impose donc entre droit des contrats et procédure civile en vue d'assurer un juste équilibre entre liberté contractuelle des parties et ordre public procédural. Spécialement, cet aménagement réciproque des deux corps de règles concernés consistera en une limitation de la liberté contractuelle des parties d'une part, et un assouplissement des règles du droit judiciaire privé d'autre part.
- 2 **402. Prédétermination du contenu des contrats de pourparlers judiciaires** – Pour ce faire, le législateur a décidé de donner à ces procédures la forme de contrats-types, de formules de contrats dont il a prédéterminé le contenu de manière impérative. Ce procédé, particulièrement directif, présente l'avantage d'allier la souplesse du contrat à la fermeté du règlement, de limiter la liberté contractuelle

des parties sans pour autant la dénaturer. Ainsi, d'un contrat de pourparlers judiciaires à l'autre, on observe que c'est tantôt la libre entrée des parties en pourparlers qui est remise en cause (**Section I**), tantôt la conduite des pourparlers qui est réglementée (**Section II**), tantôt enfin, la manière dont il doit y être mis fin qui est prédéterminée, indépendamment de la volonté des parties (**Section III**).

SECTION I – ATTEINTES À LA LIBRE ENTRÉE DES PARTIES EN POURPARLERS JUDICIAIRES

- 3 **403. Liberté de principe d'entrer ou de ne pas entrer en pourparlers judiciaires** - En application du principe de la liberté contractuelle, les parties sont libres d'entrer ou non en pourparlers en cours d'instance, en vue de tenter de régler conventionnellement leur différend. Cette liberté de principe est énoncée à l'article 127 du nouveau code de procédure civile : « *Les parties peuvent se concilier d'elles-mêmes...* ». La liberté d'initiative ainsi reconnue aux parties en la matière n'est autre qu'une expression du principe accusatoire ou d'initiative ¹⁴²⁹ en vertu duquel les parties sont libres de mettre fin à l'instance, unilatéralement ou conventionnellement ¹⁴³⁰, avant que celle-ci ne s'éteigne par l'effet du jugement ¹⁴³¹. Cette liberté signifie que rien ne devrait pouvoir faire obstacle à la volonté des plaideurs d'entrer en pourparlers et qu'inversement, rien ne devrait pouvoir les contraindre d'y entrer si tel n'est pas leur volonté.
- 4 **404. Atteintes au principe** – Pourtant, les dispositions organisant les procédures de conciliation et de médiation judiciaires font état de nombreuses exceptions à cette règle de principe, soit que la volonté des parties d'entrer en pourparlers est conditionnée, soit au contraire que la liberté des parties de ne pas entrer en pourparlers est empêchée. Dans la première hypothèse, on est en présence d'atteintes au principe du consensualisme (A), dans la seconde, d'atteintes au principe de libre entrée en pourparlers judiciaires (B).

A. Atteinte au principe du consensualisme

- 5 La liberté des parties d'entrer en pourparlers judiciaires peut tout d'abord être remise en cause par la soumission de l'exercice de cette liberté à l'accomplissement d'une formalité substantielle préalable.
- 6 **405. Le principe du consensualisme appliqué aux pourparlers judiciaires** - En application du principe du consensualisme, seul le consentement des parties devrait suffire pour permettre la mise en marche de la procédure amiable. Plus encore, nous avons même signalé ¹⁴³² que le juge semblait lié par toute demande de conciliation et ne saurait s'y opposer. L'article 21 du nouveau code de procédure, qui a fait entrer la conciliation dans l'office du juge au même titre que sa mission juridictionnelle, a en quelque sorte consacré l'existence d'un *droit à la conciliation* pour les parties. Il s'ensuit que le refus du juge de tenter de concilier des parties qui le lui demandent, devrait être assimilé à un déni de justice. La seule liberté du juge en ce domaine consiste éventuellement à pouvoir refuser la désignation d'un tiers si les parties lui en font la requête. En effet, les textes lui confèrent expressément sur ce point un pouvoir discrétionnaire d'appréciation. Mais ce pouvoir, s'il concerne la désignation d'un tiers – autrement dit, les modalités de mise en œuvre de la procédure amiable – ne concerne en revanche pas le principe même de la procédure amiable, qui s'impose à lui si les parties lui demandent d'y recourir.
- 7 **406. Soumission de l'entrée en pourparlers à l'accomplissement d'une formalité préalable** – Pourtant, on observe qu'avec la médiation judiciaire, le législateur a décidé de soumettre l'entrée en pourparlers à l'accomplissement préalable, par les parties, d'une formalité substantielle : la consignation, au greffe de la juridiction, d'une provision à valoir sur la rémunération du médiateur ¹⁴³³. Tant que les parties n'auront pas accompli cette formalité, les pourparlers ne pourront pas être entamés. Plus encore, si, dans le

délai requis, les parties n'accomplissent pas la formalité de la consignation, la décision du juge ordonnant la médiation est frappée de caducité ¹⁴³⁴ .

8 **407. Caractère formel des pourparlers aux fins de médiation judiciaire**

- Ici, la volonté des parties d'entrer en pourparlers doit donc être extériorisée selon une forme déterminée par la loi ¹⁴³⁵ . Les pourparlers aux fins de médiation judiciaire semblent donc avoir une nature *formelle* et non pas *consensuelle* puisque leur existence dépend de l'accomplissement d'une formalité particulière par les parties. La formalité de la consignation d'une provision auprès du greffe de la juridiction n'est pas requise *ad probationem*, pas plus qu'elle ne l'est en vue de s'assurer que les parties seront correctement informées de la portée de leur acte. Elle est requise *ad validitatem*, en vue de s'assurer que les parties ne s'engagent pas en médiation « à la légère » ou dans un but dilatoire. Pourquoi une telle formalité ?

9 **408. Régime d'exception propre à la médiation judiciaire** - On observe

en effet que contrairement aux autres procédures de conciliation judiciaire déléguée, seule la procédure de médiation judiciaire fait l'objet d'une telle formalité. Les procédures de conciliation préalables, même lorsqu'elle font appel à un tiers ¹⁴³⁶ , n'exigent aucunement des parties qu'elles rémunèrent ce dernier – et à cette fin, consignent une provision à valoir sur sa rémunération - lequel est d'ailleurs tenu d'exercer ses fonctions bénévolement ¹⁴³⁷ .

10 La justification de la soumission de la médiation judiciaire à ce régime d'exception réside dans le fait que la mise en œuvre de cette procédure entraîne d'importants effets processuels sur le sort de l'instance en cours. La médiation peut être mise en œuvre à n'importe quel moment du déroulement de l'instance, alors que le juge est saisi d'un litige aux fins de jugement. Elle emporte alors

suspension de l'instance contentieuse et substitution provisoire de celle-ci par une instance conciliatoire ; qui plus est, elle fait intervenir un médiateur qui se substitue alors au juge. Il y a donc substitution du traitement juridictionnel du litige par un traitement conventionnel qui s'accompagne d'un aménagement important de l'office du juge qui, de juge de jugement devient alors juge-superviseur de la médiation. L'entrée en médiation judiciaire emporte un bouleversement processuel important qui justifie sa soumission à l'accomplissement de formalités garantissant la volonté ferme et résolue des parties de s'engager de manière effective en pourparlers.

- 11 En comparaison, les autres procédures de conciliation judiciaire déléguée procèdent à des modifications de moindre envergure. Elles se contentent de substituer des procédures de conciliation à d'autres procédures de conciliation. Le mode de traitement judiciaire du litige ne change pas ; seule diffère la personne en charge de le mener à bien. C'est à la personne du juge que l'on substitue des conciliateurs de justice ; ce faisant, de juge-conciliateur, le juge devient juge-superviseur de la conciliation. Il n'y a donc pas à proprement parler de *bouleversement* processuel du fait de la désignation d'un tiers. Les incidences de la mise en œuvre d'une procédure de conciliation judiciaire déléguée sur le cours de l'instance sont plutôt relatives.
- 12 **409. *Formalité inspirée de celle instituée pour l'expertise judiciaire*** - C'est cette différence d'effets processuels engendrés par l'entrée en pourparlers judiciaires qui justifie cette différence de traitement. Aussi, pour éviter que la machine de la médiation judiciaire ne soit enclenchée sans véritable intention de la part des parties de se rapprocher ou avec pour seule intention de gagner du temps, le législateur a donc décidé de soumettre sa mise en œuvre effective à

l'accomplissement, par les parties, d'une formalité préalable. Cette formalité, substantielle ¹⁴³⁸, est directement inspirée de celle qui existe pour l'expertise judiciaire (NCPC, art. 269 et s., mod. D. 89-511 du 20 juillet 1989) ¹⁴³⁹. Elle tend à garantir la volonté ferme et réelle des parties de s'engager dans une telle procédure et de tout faire pour la mener à bien, autrement dit, de tout faire pour parvenir à une solution amiable de leur conflit.

- 13 **410. Modalités d'exécution de la formalité** - C'est dans la décision qui ordonne la médiation et qui désigne le médiateur que le juge fixe le montant de la provision « à un niveau aussi proche que possible de la rémunération prévisible » (NCPC, art. 131-6 al. 2). Le juge y désigne également la ou les parties qui auront en charge cette consignation et, en cas de pluralité de parties, la proportion dans laquelle chacune d'elles devra consigner. En principe, la consignation de la provision doit être effectuée auprès du greffe de la juridiction, dans un délai imparti par le juge.
- 14 L'accomplissement de cette formalité préalable dans les délais requis conditionne véritablement l'entrée en pourparlers : à défaut de consignation, la décision ordonnant la médiation et désignant le médiateur devient caduque et l'instance se poursuit ¹⁴⁴⁰. Qui plus est, tant que le médiateur n'est pas informé par le greffe de la consignation, il ne peut en principe pas procéder à la convocation des parties ¹⁴⁴¹. Mais si le principe même de la consignation semble ne pouvoir bénéficier d'aucune dérogation, en revanche, tel n'est pas le cas de ses modalités d'application qui semblent pouvoir être conventionnellement aménagées ¹⁴⁴².
- 15 **411. Critique de cette formalité préalable** - L'exigence d'une telle formalité a été critiquée par certains auteurs comme ne correspondant ni à l'esprit ni aux impératifs de souplesse et de rapidité de la médiation judiciaire ¹⁴⁴³. Confortant ce courant de

pensée, deux décisions rendues par la Cour d'appel de Paris, les 2 juillet et 18 septembre 1997 ¹⁴⁴⁴ ont avalisé l'initiative de parties à une médiation judiciaire de « *saisir directement le médiateur dans le délai imparti par la cour et de lui verser directement la provision à valoir sur les frais et honoraires de la médiation* ». Par ces deux décisions, la cour semble faire une différence entre le principe même de consigner - qui ne saurait être remis en cause - et les modalités de la consignation, qui en revanche pourraient être assouplies, aménagées conventionnellement.

- 16 Les sanctions envisagées par les textes en cas de non-consignation laissent entrevoir une telle possibilité d'aménagement. En effet, seule la non-consignation est frappée de caducité ; en revanche, rien n'est dit sur la consignation tardive ou sur la consignation effectuée selon d'autres modalités que celles prévues par les textes. De telles dispositions se distinguent de celles prévues en matière d'expertise où la caducité frappe également la consignation qui n'a pas été effectuée « *dans le délai* » ou « *selon les modalités* » requises (NCPC, art. 270 et 271).
- 17 **412. Caractère supplétif ou impératif des dispositions relatives à la formalité de la consignation préalable** - On en déduit que si les dispositions consacrant le principe de la consignation en matière de médiation judiciaire sont *impératives* et s'imposent en tant que telles aux parties, sans possibilité de discuter, en revanche, tel n'est pas le cas des dispositions qui prévoient que la consignation doit être réalisée auprès du greffe de la juridiction, lesquelles semblent n'être que de caractère supplétif et donc sujettes à modification de la part des parties.
- 18 Une fois la formalité de la consignation de la provision à valoir sur la rémunération du médiateur exécutée, les pourparlers peuvent alors commencer. Le médiateur, informé par le greffe de la consignation,

peut convoquer les parties à une première réunion de médiation. Ce n'est qu'à l'expiration de sa mission que le médiateur percevra effectivement et définitivement sa rémunération ¹⁴⁴⁵.

- 19 Plus gravement, la liberté contractuelle des parties peut ne plus simplement être conditionnée, mais pratiquement niée. C'est le cas chaque fois que les parties se voient imposer, contre leur gré, une obligation de contracter aux fins de conciliation.

B. Atteinte au principe de libre entrée en pourparlers judiciaires

- 20 **413. Existence d'obligations légales d'entrer en pourparlers judiciaires** - En méconnaissance du principe de la liberté contractuelle, les parties peuvent se voir imposer une obligation d'entrer en pourparlers judiciaires aux fins de conciliation, qui, en raison de la nature contractuelle des pourparlers considérés ¹⁴⁴⁶, peut s'analyser en une obligation de contracter. Le plus souvent, ce sont les parties elles-mêmes qui conviennent qu'elles seront obligées de négocier en cas de survenance de tel événement particulier. Ainsi, les clauses de règlement amiable sont des clauses conventionnelles dont l'objet est précisément de contraindre les parties à négocier ou entrer en pourparlers chaque fois que survient un litige, en vue de lui trouver une solution amiable. Mais le droit judiciaire privé comporte également des obligations de négocier en vue de trouver une solution amiable, soit propres à certaines juridictions, soit propres à certaines matières. On parle plus couramment de procédures ou préalables de conciliation obligatoires (1°).
- 21 **414. Emplacement stratégique et champ d'application matériel des obligations légales d'entrer en pourparlers** - Les différentes hypothèses de conciliation obligatoire contraignant les parties à

négozier en vue de tenter de se rapprocher et de trouver un terrain d'entente sont toutes organisées préalablement ou bien au seuil de l'instance contentieuse. Cet emplacement stratégique n'a d'autre finalité que d'éviter, nous l'avons déjà évoqué ¹⁴⁴⁷, le traitement juridictionnel des litiges concernés et ainsi, de privilégier la voie amiable et la solution négociée à la voie contentieuse et la solution imposée. Les contentieux concernés par ces procédures préalables sont extrêmement ciblés : contrat de travail (2°), divorce (3°), baux ruraux (4°) etc. Ils concernent à chaque fois, nous l'avons déjà souligné, des parties qui sont le plus souvent amenées à conserver dans l'avenir des relations entre elles en raison de considérations familiales, professionnelles, géographiques etc.

1°. Généralités sur les obligations d'entrer en pourparlers judiciaires

- 22 **415.Origine légale** - Le propre des obligations d'entrer en pourparlers est leur origine légale et non pas conventionnelle. Elles sont indépendantes de la volonté des parties et s'imposent à ces dernières contre leur gré. L'exemple type d'obligation légale de négocier, en dehors du droit judiciaire, est celui résultant du droit à la négociation collective, proclamé par le préambule de 1946 et la loi du 13 juillet 1971, mais rendu véritablement effectif seulement depuis la loi du 13 novembre 1982 ¹⁴⁴⁸. Ce dernier texte proclame non seulement le droit des salariés à la négociation collective mais encore lui assortit une « *obligation de négocier imposée à l'employeur dans un certain nombre de cas et [...] organise la procédure de la négociation* » ¹⁴⁴⁹. Ces négociations permettent d'aboutir à la rédaction de conventions collectives de travail qui lient des groupements représentant des intérêts sinon opposés, du moins différents ¹⁴⁵⁰. La finalité de ce type d'obligation de négocier est de

favoriser la coopération entre les différents partenaires économiques et sociaux : elle est un « *instrument de coopération entre les parties* » ¹⁴⁵¹, que leurs intérêts convergent ou au contraire, soient opposés.

23 **416. Instrument de coopération entre les parties antagonistes** - Avec la conciliation judiciaire préalable obligatoire, demandeur et défendeur se voient imposé de conclure un contrat de pourparlers judiciaires en vue de tenter de régler à l'amiable leur différend, soit, en d'autres termes, en vue de tenter de conclure un second contrat, portant sur la solution de leur litige. Cette procédure préalable est donc constitutive d'une obligation légale de négocier la *formation* d'un contrat ¹⁴⁵². Le caractère impératif de la négociation ne concerne d'ailleurs pas que les deux parties à l'instance : il concerne également le juge qui ne peut connaître du litige aux fins de jugement sans s'être assuré que les parties ont préalablement tenté de se concilier, sauf à commettre un excès de pouvoir ¹⁴⁵³. L'objectif est donc de favoriser, dans des domaines où, socialement, le droit négocié serait bien plus approprié que le droit imposé, le rapprochement entre deux parties aux intérêts divergents, afin qu'elles *collaborent* ¹⁴⁵⁴ à la recherche de la solution la plus adaptée et la plus équitable à leur situation particulière et, ce faisant, qu'elles contribuent, par le rétablissement du dialogue, au développement de la paix sociale. On peut donc voir dans cette atteinte à la liberté contractuelle des parties, une sorte de mesure d'intérêt général.

24 **417. Obligation de se présenter en personne à l'audience de conciliation** - Mais une chose est de consacrer des obligations légales de négocier ; une autre est d'en assurer l'effectivité. Aussi, à cette fin, diverses dispositions ont été prises en vue de s'assurer que les parties exécuteront convenablement l'obligation de négocier mise à leur charge. La principale est d'exiger la présence en personne des

parties à l'audience de conciliation et d'assortir cette obligation de sanctions en cas d'inexécution. Se présenter en personne le jour de l'audience de conciliation est le minimum indispensable que l'on puisse imposer à des parties si l'on souhaite qu'elles s'investissent véritablement dans la recherche d'une solution amiable à leur conflit. C'est dans cette optique que la présentation en personne des parties a été érigée en obligation par les textes pour certaines procédures de conciliation préalables, « *afin d'en favoriser l'aboutissement* » ¹⁴⁵⁵ .

- 25 **418. Champ d'application de l'obligation** - Tel est le cas, on s'en doute, de la tentative préalable de conciliation devant le bureau de conciliation du conseil de prud'hommes ¹⁴⁵⁶ en raison de la nature essentiellement conciliatrice ¹⁴⁵⁷ de cette juridiction ¹⁴⁵⁸ . C'est également le cas de la tentative préalable de conciliation prévue en matière de divorce pour faute ou pour rupture de la vie commune ¹⁴⁵⁹ ainsi que de la procédure de conciliation prévue devant le tribunal paritaire de baux ruraux (NCPC, art. 883). Une telle obligation signifie qu'en principe ¹⁴⁶⁰ les parties ne peuvent pas se faire représenter pendant la tentative de conciliation : elles doivent s'y rendre elles-mêmes afin de faire valoir directement leurs points de vue sur l'objet litigieux, afin de présenter leurs observations, de proposer des solutions au différend qui les oppose... en un mot, afin de participer activement et personnellement au règlement amiable de leur conflit. Dans une optique plus large, cette obligation peut également être interprétée comme « *l'une des manifestations de la volonté du législateur d'établir un lien direct entre les plaideurs et leur tribunal* » ¹⁴⁶¹ . L'obligation de se présenter en personne n'interdit pas, en revanche, aux parties de se faire assister si elles le désirent ¹⁴⁶² .

- 26 Que certaines procédures de conciliation préalable requièrent la présence des parties en personne le jour de l'audience de conciliation et d'autres pas ¹⁴⁶³ conduit à s'interroger sur la portée d'une telle disposition, en d'autres termes, sur sa force obligatoire ¹⁴⁶⁴. Celle-ci sera appréciée en fonction de la sanction dont elle est assortie, cas par cas.

2°. L'obligation d'entrer en pourparlers judiciaires devant le conseil de prud'hommes ¹⁴⁶⁵

- 27 **419. Formalité substantielle** - Devant le bureau de conciliation du conseil de prud'hommes, le préalable de conciliation est une formalité substantielle ¹⁴⁶⁶ ayant un caractère d'ordre public ¹⁴⁶⁷ et dont dépend la validité de toute la procédure subséquente. Pour rendre cette formalité effective, le législateur a prévu diverses sanctions, particulièrement dissuasives.
- 28 **420. Inexécution de l'obligation de négocier ; exception de nullité pour vice de forme** - La première est probablement le fait que toute demande portée directement devant le bureau de jugement sans avoir au préalable fait l'objet d'une tentative de conciliation devant le bureau de conciliation est entachée d'un vice de forme, ce qui rend la procédure passible d'une nullité d'ordre public ¹⁴⁶⁸. Cependant, précisons que s'agissant d'un ordre public de protection ¹⁴⁶⁹, la nullité est simplement *relative* ce qui implique que c'est à la partie lésée qu'il appartient de l'invoquer avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir ¹⁴⁷⁰ et qu'elle ne saurait être relevée d'office par les juges du fond ¹⁴⁷¹, ni pour la première fois devant la Cour de cassation ¹⁴⁷². Quant aux conseillers prud'hommes qui accepteraient de se saisir d'une demande non soumise à la tentative préalable de conciliation, ils procéderaient ce faisant à un excès de pouvoir ¹⁴⁷³. Cependant, il y a lieu de souligner que depuis

quelques temps, la Cour de cassation préfère privilégier la régularisation du défaut de préliminaire de conciliation, à sa sanction. Ainsi, depuis un arrêt du 12 décembre 2000, la Cour considère que même en appel, le juge, plutôt que de prononcer la nullité, doit procéder lui-même à la tentative de conciliation qui n'a pas eu lieu en première instance, lorsque toutefois l'omission n'est pas imputable aux parties ¹⁴⁷⁴ .

- 29 **421.Non-comparution du demandeur ; caducité de la demande** - La seconde sanction destinée à rendre effectif le préliminaire de conciliation est que la comparution personnelle des parties devant le bureau de conciliation est impérativement exigée ¹⁴⁷⁵ , sauf *motif légitime* ¹⁴⁷⁶ que les conseillers prud'hommes apprécient souverainement ¹⁴⁷⁷ . Le caractère éminemment impératif de cette exigence est révélé par la sévérité des sanctions prévues en cas de non-comparution de l'une des parties et plus particulièrement du demandeur.
- 30 En effet, dans l'hypothèse où le demandeur ne comparaitrait pas devant le bureau de conciliation au jour de la tentative préalable de conciliation, « *sans avoir justifié en temps utile d'un motif légitime* » ¹⁴⁷⁸ , la sanction prévue est la caducité de la demande et de la citation ¹⁴⁷⁹ . Or, en raison du principe d'unicité de l'instance ¹⁴⁸⁰ qui gouverne toute la procédure devant cette juridiction, une telle sanction est lourde de conséquences car elle implique en principe, consécutivement à l'extinction de l'instance qui résulte automatiquement de l'anéantissement de sa demande en justice, que le demandeur ne devrait plus pouvoir formuler de nouvelle demande en justice relativement à son contrat de travail. Cependant, pour ne pas trop préjudicier les demandeurs défaillants – dont la plupart sont des salariés peu au fait des spécificités de la procédure prud'homale – la règle de l'unicité de l'instance a été assouplie dans

ce cas particulier d'extinction de l'instance pour caducité de la demande : non seulement le décret n° 82-1073 du 15 décembre 1982 est venu modifier l'article R. 516-16 du code du travail en autorisant le demandeur à réitérer sa demande, mais encore, « le décret n° 86-585 du 14 mars 1986 a ouvert au demandeur la possibilité d'obtenir, sous certaines conditions, le rabat de la déclaration de caducité (NCPC, art. 468 al. 2) » ¹⁴⁸¹. Dans le premier cas, précisons cependant que la réitération est limitée à une seule fois ¹⁴⁸². On constate donc que la non-comparution du demandeur à l'audience de conciliation est strictement sanctionnée par une limitation de son droit d'agir en justice : s'il souhaite obtenir une traduction judiciaire de ses prétentions, il doit impérativement se présenter devant le bureau de conciliation.

- 31 **422.Non-comparution du défendeur ; réitération de la tentative de conciliation** – Si en revanche c'est le défendeur qui ne comparaît pas ¹⁴⁸³, les diverses sanctions envisagées sont moins sévères. La première est la poursuite de l'instance aux fins de jugement ¹⁴⁸⁴. Cette sanction s'applique lorsque la non-comparution du défendeur résulte d'une négligence de sa part. Inversement, lorsque la non-comparution du défendeur est justifiée, soit « *par un motif légitime* » ¹⁴⁸⁵, soit par le fait qu'il « *n'a pas été joint, sans faute de sa part, par la première convocation* » ¹⁴⁸⁶, il peut être de nouveau procédé à une tentative préalable de conciliation devant le bureau de conciliation. La caducité de la demande en justice n'est prévue que dans l'hypothèse où la notification ¹⁴⁸⁷ de la seconde convocation au défendeur n'a pas eu lieu dans les six mois suivants la décision du bureau de conciliation qui l'ordonne ¹⁴⁸⁸. Dans ce cas, il n'y a pas de réitération possible. L'extinction provoque irrémédiablement l'extinction du droit d'agir en justice en raison du principe de l'unicité de l'instance, telle « *une péremption d'instance pour défaut de*

diligence, mais avec abréviation du délai » ¹⁴⁸⁹ . L'hypothèse de la non-comparution du défendeur à la seconde audience de conciliation n'est pas envisagée par le Code du travail. On peut supposer que dans un tel cas, il sera procédé comme il est dit à l'article R. 516-17 alinéa premier du code du travail, à savoir que l'instance poursuivra son cours, mais cette fois-ci aux fins de jugement.

32 **423. Conclusion** - On observe donc que la défaillance du demandeur est bien plus sévèrement sanctionnée que celle du défendeur : tandis que dans le premier cas, le principe est que l'instance est éteinte et le droit d'agir du demandeur sensiblement limité, dans le second cas, en revanche, le principe est que l'instance persiste mais aux seules fins de jugement, sauf possibilité, pour le défendeur de bonne foi, d'obtenir sous certaines conditions qu'une nouvelle audience de conciliation soit organisée. On en déduit que l'obligation de négocier aux fins de conciliation n'a en définitive, devant la juridiction prud'homale, véritablement de portée qu'à l'égard du seul demandeur. La liberté contractuelle de ce dernier relativement à l'entrée en pourparlers aux fins de conciliation préalable est donc réellement limitée car pèse sur lui une pression particulièrement lourde : il est menacé de sanctions extrêmement dissuasives s'il ne donne pas son consentement.

33 Voyons si le même sort est réservé à la liberté contractuelle des parties en matière de divorce pour faute ou pour rupture de la vie commune.

3°. L'obligation d'entrer en pourparlers judiciaires en matière de divorce pour faute ou pour rupture de la vie commune

34 **424. Formalité substantielle et fin de non-recevoir** - Dans ce type de divorce, la tentative préalable de conciliation est obligatoire « *avant l'instance judiciaire* » ¹⁴⁹⁰ . A notre connaissance, quelques anciens

arrêts seulement se sont intéressés aux effets de l'omission d'un tel préalable sur la procédure contentieuse subséquente. Qualifié par la Cour de cassation de *formalité substantielle* ¹⁴⁹¹, il semblerait que l'omission de ce préalable entache la demande portée devant le juge aux fins de divorce contentieux d'une *irrecevabilité d'ordre public* ¹⁴⁹², susceptible d'être relevée d'office par le juge et le cas échéant, susceptible d'être soulevée pour la première fois devant la Cour de cassation ¹⁴⁹³. En d'autres termes, l'omission de la tentative préalable de conciliation en matière de divorce pour faute ou pour rupture de la vie commune constitue une *fin de non-recevoir* ¹⁴⁹⁴ d'ordre public et, parce qu'il s'agit de questions d'état, l'ordre public en cause est un ordre public de *direction* ¹⁴⁹⁵. L'avantage d'une telle qualification est que contrairement au vice de forme, la fin de non-recevoir peut être soulevée en tout état de cause ¹⁴⁹⁶ et lorsqu'elle est d'ordre public, être relevée d'office par le juge ¹⁴⁹⁷.

- 35 **425. Prohibition stricte de la représentation** - En vertu de l'article 252 du Code civil, « Lorsque le juge cherche à concilier les époux, il doit s'entretenir personnellement avec chacun d'eux séparément avant de les réunir en sa présence ». Ce n'est que dans un second temps, et si les époux en font la demande, que les avocats pourront participer à l'entretien en vue d'assister leurs clients ¹⁴⁹⁸. Il s'ensuit que la représentation des parties par leurs conseils est strictement prohibée au cours de cette phase particulière de la procédure de divorce ¹⁴⁹⁹. Cette règle est fondée sur l'idée que « Pour que la tentative de conciliation produise toute son efficacité et ait quelque chance de succès, il faut que le juge aux affaires [familiales] soit en contact direct avec les époux et puisse déployer tous ses efforts auprès d'eux en dehors de toute autre influence – donc hors présence des avocats » ¹⁵⁰⁰. Que se passe-t-il alors si l'une des parties ne comparaît pas le jour de l'audience de conciliation ?

36 **426. Non-comparution de l'un des époux** - Le nouveau code de procédure civile distingue le simple empêchement de l'une des parties ¹⁵⁰¹, qui suppose un motif légitime, de la véritable défaillance ¹⁵⁰² qui, à l'inverse, n'est fondée sur aucune justification valable. Dans le premier cas, l'absence de l'une des parties à l'audience de conciliation a pour cause une raison objective, matérielle : maladie, accident, éloignement, emprisonnement ¹⁵⁰³. L'impossibilité pour l'époux de se rendre en personne à l'audience de conciliation est donc justifiée ¹⁵⁰⁴ ; aussi, le législateur a décidé de lui offrir une seconde chance en autorisant le juge soit à déterminer un autre lieu où mener la tentative de conciliation, soit à « se transporter, même en dehors de son ressort, pour entendre sur place le conjoint empêché », soit enfin à « donner mission à un autre magistrat de procéder à cette audition » ¹⁵⁰⁵. Cette variété d'options laissée au juge aux affaires familiales souligne tout l'intérêt que le législateur porte à cette première phase de la procédure de divorce pour faute ou pour rupture de la vie commune. Car même s'il n'y a que très peu de chances que les époux se réconcilient effectivement ¹⁵⁰⁶, toute tentative de rapprochement des époux entre eux, de reprise du dialogue ou de concertation – notamment en vue d'aménager la vie de la famille et des enfants pendant la procédure de divorce – doit être fortement encouragée. C'est la raison pour laquelle la non-comparution de l'un des époux – en pratique, essentiellement le défendeur – le jour de la tentative préalable de conciliation, si elle est fondée sur un motif légitime, n'aboutit pas automatiquement à la poursuite de l'instance aux fins de divorce contentieux ¹⁵⁰⁷ : elle peut être régularisée. Cependant, si dès le départ le juge constate que tout effort en ce sens est absolument vain, il n'y a alors pas lieu d'insister davantage.

- 37 C'est la raison pour laquelle en cas de *défaillance non justifiée* de l'un des époux le jour de l'audience de conciliation – et c'est la seconde hypothèse – le juge n'a le choix qu'entre deux décisions ¹⁵⁰⁸ : soit renvoyer les parties à une nouvelle tentative de conciliation s'il estime qu'il existe une ultime chance de rapprochement des époux ; soit, dans le cas contraire, autoriser immédiatement l'époux qui a présenté la requête initiale à assigner son conjoint. La décision du juge, quelle qu'elle soit, peut toujours être assortie de « *tout ou partie des mesures provisoires prévues aux articles 254 à 257 du Code civil* » ¹⁵⁰⁹ . Précisons que si le juge renonce à convoquer les époux à une nouvelle tentative de conciliation et préfère prendre acte de leur non-conciliation, il est néanmoins tenu de s'entretenir avec le conjoint présent et de l'inviter à la réflexion ¹⁵¹⁰ . Pour cette raison, certains auteurs considèrent que la tentative de conciliation a lieu malgré tout, mais « *par défaut* » ¹⁵¹¹ .
- 38 **427.Conclusion** - On constate donc qu'à aucun moment, l'absence de l'un des époux à la tentative préalable de conciliation n'est à proprement parler sanctionnée. Bien au contraire, la tendance du législateur est plutôt de tout faire pour permettre la tenue effective d'une audience de conciliation, aux fins de provoquer la rencontre effective des deux époux et de favoriser la reprise du dialogue entre eux. Aussi, chaque fois que l'occasion se présentera – et ce, même si la phase contentieuse de la procédure de divorce a déjà été engagée – la conciliation pourra toujours être de nouveau tentée ¹⁵¹² ou aménagée ¹⁵¹³ afin de la rendre la plus profitable possible. Plus encore, le juge peut même décider de suspendre le cours de l'instance à tout moment, aux fins « *de recourir à une nouvelle tentative de conciliation dans les six mois au plus* » ¹⁵¹⁴ . La réconciliation des parties ou, à défaut, leur rapprochement, est donc un objectif omniprésent dans les textes relatifs à la procédure de divorce pour

faute ou pour rupture de la vie commune, qui, en tant que tel, importe bien plus que le moment auquel il aura lieu. La renonciation à toute forme de sanction dissuasive fait montre de la volonté du législateur de ne pas chercher à obtenir le consentement des parties à tenter de se concilier par la contrainte mais plutôt par la persuasion et la persévérance. Le législateur est donc convaincu que dans ces matières, la voie amiable doit être privilégiée à la voie juridictionnelle, mais que néanmoins, à cette fin, les parties doivent conserver une réelle liberté de choix, ce qui ne serait pas le cas si elles se savaient menacées par l'existence de sanctions dissuasives. L'atteinte à la liberté contractuelle des parties quant à leur entrée en conciliation en matière de divorce pour faute ou pour rupture de la vie commune est donc très relative.

- 39 Pour terminer, examinons le sort réservé au principe de libre entrée en pourparlers judiciaires devant le tribunal paritaire de baux ruraux.

4°. L'obligation d'entrer en pourparlers judiciaires devant le tribunal paritaire de baux ruraux

- 40 **428. Bref rappel historique** - A l'origine ¹⁵¹⁵, la tentative de conciliation constituait, devant le tribunal paritaire de baux ruraux, un véritable préliminaire à l'instance au fond, autrement dit, une phase autonome et indépendante de l'instance aux fins de jugement. L'inconvénient de cette dualité de procédure était que chacune des phases du procès nécessitait un acte introductif d'instance distinct, ce qui était source de difficultés, notamment en ce qui concerne les effets de l'acte introductif du préalable de conciliation ¹⁵¹⁶. La réforme de la procédure civile a unifié la procédure devant cette juridiction ¹⁵¹⁷, intégrant le préalable de conciliation à l'instance

au fond dont il constitue, désormais, la première étape ou, si l'on préfère, un « passage obligé ».

- 41 **429. Formalité substantielle ; fin de non-recevoir** – La tentative préalable de conciliation devant le tribunal paritaire de baux ruraux a été qualifiée par la Cour suprême de « *formalité indispensable à la régularité de toute la procédure subséquente* » dans un arrêt du 15 février 1978 ¹⁵¹⁸. Plus précisément, la Cour a jugé que le moyen pris de l'omission de cette formalité et tiré de l'irrégularité de la demande introductive d'instance constituait « *une fin de non-recevoir* » à laquelle il fallait faire droit. En l'espèce, il s'avère que la fin de non-recevoir avait été soulevée « *dès le début de l'instance* » par les bailleurs. Fallait-il en déduire, comme l'ont fait certains auteurs ¹⁵¹⁹, qu'il s'agissait d'un moyen de défense qui devait être soulevé *in limine litis* ? La jurisprudence antérieure à la réforme de la procédure devant cette juridiction a longtemps jugé, il est vrai, que le moyen tiré de l'omission du préalable de conciliation devait impérativement être soulevé *in limine litis*, autrement dit, avant toute défense au fond, ce qui excluait qu'il le soit pour la première fois devant la juridiction d'appel ¹⁵²⁰ ou *a fortiori* pour la première fois devant la Cour de cassation ¹⁵²¹. Cependant, il faut souligner que dans chacune de ces décisions, c'est d'exceptions de nullité dont il s'agissait ¹⁵²² et non de moyens tendant à « *faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande* » ¹⁵²³. Il semble donc que du temps où la tentative de conciliation constituait un véritable préliminaire à l'instance au fond, son omission constituait alors une exception de nullité nécessitant effectivement d'être invoquée avant toute défense au fond ¹⁵²⁴.
- 42 **430. Fin de non-recevoir** – Mais aujourd'hui, un tel régime n'est plus valable. Qualifié expressément par la Cour de cassation de fin de non-recevoir dans son arrêt du 15 février 1978 ¹⁵²⁵, le moyen tiré

de l'omission de la tentative préalable de conciliation doit pouvoir être proposé *en tout état de cause*, y compris pour la première fois devant la Cour de cassation. Précisons cependant que, comme toute fin de non-recevoir, elle doit être susceptible de régularisation ¹⁵²⁶ : en l'espèce, pourquoi pas par une tentative de conciliation en cours d'instance ?

43 **431.Obligation de comparaître en personne** - Pour augmenter les chances de succès de la tentative préalable de conciliation, mais aussi – surtout ? – pour « *établir un contact direct entre les plaideurs et des assesseurs qui, par leur pratique, sont particulièrement aptes à les comprendre et à les amener à transiger* » ¹⁵²⁷, le législateur a prévu que, tout au long de la procédure devant le tribunal paritaire de baux ruraux, « *les parties sont tenues de comparaître en personne* » ¹⁵²⁸. Cette exigence ne concerne donc pas seulement l'instance au fond mais également la tentative préalable de conciliation. Elle suppose, *a priori*, que si les parties peuvent être assistées de la personne de leur choix ¹⁵²⁹, en revanche, elles ne sauraient se faire représenter. Cependant, à l'instar de la procédure prud'homale, la règle est assouplie « *en cas de motif légitime* » ¹⁵³⁰ : dans cette hypothèse en effet que les juges apprécient souverainement ¹⁵³¹ - les parties sont exceptionnellement autorisées à se faire représenter.

44 **432.Non-comparution de l'une des parties** - Si, contrairement aux dispositions du code, l'une des parties – ou les deux – ne comparaît pas le jour de l'audience de conciliation préalable, il est simplement prévu que l'absence de la – ou des – partie(s) défaillante(s) est constatée dans le procès-verbal ¹⁵³² et l'affaire, renvoyée pour être jugée à une audience dont le président indique la date aux parties présentes ¹⁵³³, les parties non avisées verbalement étant alors convoquées dans les formes et selon les délais de l'article 886 ¹⁵³⁴. Il n'y a donc pas à proprement parler de sanction en cas de non-

comparution de l'une des parties à l'audience de conciliation : le juge est simplement tenu d'en prendre acte pour permettre à l'instance de se poursuivre aux fins de jugement ¹⁵³⁵ . La portée de l'obligation de négocier, devant cette juridiction, est donc réduite à néant. L'absence de sanction en cas de non-comparution de l'une des parties traduit l'intention du législateur de ne plus chercher à contraindre les parties à négocier mais simplement à leur laisser une chance de le faire en maintenant cette obligation devenue purement symbolique et pratiquement illusoire. Il s'ensuit que malgré l'existence d'une obligation légale de négocier aux fins de conciliation assortie d'une obligation de comparaître en personne, la liberté des parties d'entrer en pourparlers devant cette juridiction reste en vérité intègre, en raison de l'absence de toute portée pratique de ces obligations.

- 45 **433.Conclusion** - L'examen des différents cas de conciliation préalable obligatoire, assortis d'une obligation de comparution personnelle mise à la charge des parties, fait état d'une gradation dans les atteintes qu'ils portent à la liberté contractuelle des parties d'entrer en pourparlers aux fins de conciliation.
- 46 Ainsi, c'est en matière prud'homale que la liberté contractuelle des parties est la plus sérieusement atteinte en raison de la sévérité des sanctions dont sont assorties les obligations de négocier et de comparaître en personne le jour de l'audience de conciliation. Ces sanctions constituent autant de menaces et de pressions pour les parties qui affectent la liberté avec laquelle elles peuvent consentir à tenter de se concilier. En matière de divorce pour faute ou pour rupture de la vie commune, l'atteinte à la liberté contractuelle des parties est plus relative. En effet, le défaut de consentement des parties n'est pas à proprement parler sanctionné. La technique à laquelle a recours le législateur en vue d'obtenir le consentement des

parties est moins la contrainte que la persévérance : le juge est tenu de réitérer des propositions de conciliation aux époux en vue de favoriser autant que possible leur rapprochement, sinon leur réconciliation. Enfin, devant le tribunal paritaire de baux ruraux, la liberté contractuelle des parties n'est pour ainsi dire pas affectée malgré l'existence du préalable de conciliation obligatoire et malgré l'obligation faite aux parties de s'y présenter en personne. L'intégrité de la liberté des parties résulte de l'absence de toute sanction en cas de non-comparution de l'une d'elles à l'audience de conciliation.

47 **434. Inefficacité des sanctions** - On peut être surpris de cette quasi absence de sanction car elle semble réduire à néant la portée de l'obligation légale d'entrer en pourparlers judiciaires, comme nier la priorité initialement donnée à la voie amiable sur la voie juridictionnelle. Certes, on ne saurait contraindre des parties à se concilier contre leur gré : la non-comparution de l'une d'elles le jour de l'audience de conciliation devrait être interprétée comme un défaut de consentement rendant *a priori* vaine toute tentative de rapprochement des parties. Plus encore, dire qu'il n'y a pas de sanction prévue où tous ces préalables de conciliation constituent, selon les cas, soit des exceptions de procédure, soit des fins de non-recevoir, auxquelles le juge est tenu de faire droit ¹⁵³⁶.

48 **435. Proposition de sanctions plus adaptées** - Cependant, on peut avancer que l'obligation de se présenter en personne le jour de l'audience de conciliation consiste, non pas à contraindre les parties à trouver une solution amiable, mais simplement à la rechercher, à faire en sorte d'y parvenir. Aussi, comme c'est le cas pour les clauses de règlement amiable ¹⁵³⁷, il y aurait lieu de distinguer entre la recherche d'un accord de conciliation, qui ne saurait être qu'une obligation de moyens pour les parties, de l'obligation de se présenter en personne devant le juge aux fins de rechercher cet accord de

conciliation, qui devrait s'analyser en une obligation de résultat à laquelle les parties ne devraient en principe pas pouvoir se soustraire. Une telle qualification justifierait alors que toute non-comparution soit sanctionnée, procéduralement ou contractuellement.

49 Ainsi, à titre de sanction procédurale, on pourrait envisager, non pas une fin de non-recevoir, car l'action initiale des parties ne saurait être, rétroactivement, déclarée irrégulière, mais plutôt un *sursis à statuer* qui suspendrait l'instance contentieuse jusqu'à ce que les parties aient correctement exécuté leur obligation de comparaître en personne devant le juge aux fins de conciliation. Une autre sanction pourrait être une condamnation au paiement d'une amende civile, comme cela existait devant le tribunal paritaire de baux ruraux du temps où la tentative de conciliation constituait un véritable préliminaire dans le cadre d'une instance autonome et distincte de l'instance aux fins de jugement ¹⁵³⁸. En effet, il ne fait pas de doute que la défaillance de l'une des parties à l'audience de conciliation perturbe le service public de la justice – perte de temps et de moyens – en contraignant le juge à organiser, purement en vain, une audience aux fins de conciliation. D'un point de vue contractuel, la partie défaillante pourrait être sanctionnée à payer des dommages et intérêts pour n'avoir pas exécuté une obligation de faire ¹⁵³⁹.

50 Cependant, si appliquer de telles sanctions aurait le mérite de conférer à l'obligation de comparaître en personne le jour de l'audience de conciliation tout son sens et toute sa portée en tant qu'obligation de résultat, en revanche, il faut bien admettre que cela ne permettrait pas nécessairement d'obtenir de meilleurs résultats s'agissant du taux de conciliation des parties. L'expérience a montré combien le fait de rendre une procédure de conciliation strictement

obligatoire, loin d'engendrer de meilleurs résultats, entraînait au contraire inexorablement la disparition de l'institution ¹⁵⁴⁰. C'est peut-être pour cette raison que tout en souhaitant maintenir en certaines matières ou devant certaines juridictions des obligations légales de négocier, le législateur a néanmoins décidé d'en atténuer la portée.

- 51 Une fois les parties entrées en pourparlers, leur liberté relativement à la conduite des négociations subit encore de nombreuses atteintes.

SECTION II – ATTEINTES À LA LIBRE CONDUITE DES POURPARLERS JUDICIAIRES

- 52 **436. *Formalisme protecteur*** - La conduite des pourparlers, qui est en principe laissée à la discrétion des parties ¹⁵⁴¹, peut cependant faire l'objet d'un encadrement juridique. Un auteur parle à ce propos de « *formalisme de la négociation* » ¹⁵⁴². Dans ce cas, le déroulement des pourparlers n'est plus libre, mais guidé par des règles de procédures qui s'imposent aux partenaires en pourparlers. Par ces règles, dont l'origine peut être légale ou conventionnelle, les pourparlers voient ainsi l'intégralité ou certaines séquences seulement de leur déroulement, prédéterminées. Le plus souvent, ces règles tendent à imposer aux parties le respect de règles de forme ou de délais de réflexion. Ce formalisme, dit précontractuel, est en général guidé par la volonté de protéger des catégories de contractants en position de faiblesse par rapport à leur partenaire ou encore l'intérêt public ¹⁵⁴³. On peut y voir une forme de dirigisme précontractuel à finalité protectrice ou, plus simplement, de « *formalisme protecteur* » ¹⁵⁴⁴.
- 53 **437. *Exemples de formalisme précontractuel en droit privé*** - Le recours au formalisme précontractuel à des fins protectrices est extrêmement courant en droit des contrats spéciaux. Ainsi, le droit du crédit à la consommation est probablement le domaine de prédilection de cette technique juridique.
- 54 Par exemple, en matière de prêt d'argent ¹⁵⁴⁵, des mécanismes de protection ont été envisagés au profit des épargnants, afin de les protéger contre les abus de certains financiers ¹⁵⁴⁶ : « la section 2 de la loi du 28 décembre 1966 cherche à surveiller l'activité des intermédiaires intervenant entre prêteurs et emprunteurs, le démarchage ainsi que la

publicité en matière de prêt d'argent et de certains placements » 1547 . Plus encore, en vue d'assurer la plus grande information du futur emprunteur sur le contrat qu'il envisage de conclure et ses conséquences financières, la loi 1548 a soumis la conclusion des contrats de prêt d'argent – crédits à la consommation portant sur un bien meuble ou immeuble – au respect d'un formalisme rigoureux 1549 qui se compose d'une procédure d'information 1550 assortie d'une procédure de réflexion 1551 . Ainsi, la publicité 1552 et l'offre 1553 de contracter font l'objet d'une réglementation précise ; de nombreuses mentions obligatoires 1554 doivent y figurer en vue « d'assurer la transparence pour permettre la meilleure qualité possible des consentements échangés » 1555 . Ensuite, une période de réflexion est aménagée en vue d'assurer qu'à son issue, le consentement qui sera donné sera véritablement éclairé et réfléchi. Cette procédure de réflexion 1556 peut consister, soit en un délai de réflexion préalable 1557 , imposé au destinataire de l'offre et « pendant lequel l'échange des consentements sera impossible » 1558 ; soit en un délai de réflexion postérieur à l'échange des consentements, ouvrant à l'acceptant « une faculté de repentir qui va lui permettre, dans les quelques jours qui suivent cet échange, de l'anéantir unilatéralement » 1559 .

- 55 Ce souci de « protection pré-contractuelle » 1560 du consommateur n'est pas propre au crédit à la consommation. On le rencontre également en matière de vente et plus spécialement, chaque fois qu'un contrat de vente est conclu consécutivement à une opération de démarchage 1561 . Les articles L. 121-21 et suivants du Code de la consommation 1562 visent ainsi les personnes physiques démarchées à leur domicile ou sur leur lieu de travail, même à leur demande, en vue d'un achat, d'une vente, d'une location, d'une location-vente ou d'une location avec option d'achat ou encore en vue de la fourniture de services. La protection consiste notamment

en l'instauration d'un délai de réflexion qui court à compter de la commande ou de l'engagement d'achat et pendant lequel le consommateur peut se rétracter. En cas de vente à distance, l'acheteur bénéficie cette fois d'un délai de rétractation qui court à compter de la réception du produit commandé et qui lui permet d'en obtenir l'échange ou le remboursement.

56 **438. *Le formalisme précontractuel en droit judiciaire privé*** - Les pourparlers judiciaires offrent un autre exemple de formalisme protecteur. Certes, parler de formalisme des pourparlers judiciaires peut surprendre ou sembler excessif lorsqu'il est question de procédures consensuelles qui se singularisent, en principe, par leur souplesse et leur simplicité ¹⁵⁶³. Cependant, nous avons rappelé que le cadre judiciaire dans lequel se déroulent ces procédures nécessite que celles-ci soient juridiquement encadrées par des règles impératives. L'instance judiciaire s'accommode mal de la liberté contractuelle ; aussi, pour pouvoir concilier les deux, il est nécessaire que les règles de procédure s'assouplissent et que par ailleurs, la liberté contractuelle des parties subisse diverses atteintes.

57 **439. *Finalité protectrice du formalisme des pourparlers judiciaires*** - Seules les atteintes à la liberté contractuelle des parties nous intéresseront dans un premier temps ¹⁵⁶⁴. Leur finalité est d'assurer aux parties que leurs droits fondamentaux seront respectés ; que leur choix de recourir à un mode amiable et consensuel ne s'accompagnera pas d'une diminution des garanties dont elles auraient bénéficié si elles avaient persisté ou opté pour la voie juridictionnelle ; qu'à l'instar de la voie contentieuse traditionnelle, la voie amiable judiciaire offre toutes les garanties d'une bonne justice.

- 58 Les atteintes à la liberté contractuelle des parties, au stade de la conduite des pourparlers, concernent tout à la fois la structure des pourparlers (A) et leur procédure (B).

A. Prédétermination de la structure des pourparlers judiciaires

- 59 **440.** La liberté contractuelle des parties peut être affectée tant en ce qui concerne la détermination des intervenants aux pourparlers (1°) qu'en ce qui concerne celle de leur localisation ou de leur moment (2°).

1°. Prédétermination des intervenants aux pourparlers

- 60 C'est ainsi, tout d'abord, que la détermination des intervenants à la négociation peut échapper à la volonté des parties parce qu'elle aura préalablement été décidée par le législateur. Plus précisément, les parties peuvent se voir imposer la présence d'un tiers – le plus souvent le juge – chargé de diriger leurs négociations.
- 61 **441. Missions de conciliation spécialement attribuées à certains magistrats** - C'est notamment le cas chaque fois que les pourparlers judiciaires sont envisagés de manière impérative. Ceux-ci sont alors confiés à certains magistrats particuliers, juges uniques ou formations collégiales, chargés de « *chercher à concilier* » ¹⁵⁶⁵ ou de « *s'efforcer de concilier les parties* » ¹⁵⁶⁶. Ainsi, les textes relatifs aux préalables de conciliation obligatoires organisés devant le conseil de prud'hommes, devant le tribunal d'instance, devant le tribunal paritaire de baux ruraux ou encore en matière de divorce, prévoient que tous les pourparlers devront impérativement se dérouler respectivement sous la conduite du bureau de conciliation ¹⁵⁶⁷, du juge d'instance, du « *tribunal* » ¹⁵⁶⁸ paritaire ou encore du juge aux

affaires familiales ¹⁵⁶⁹. On peut s'interroger sur la raison qui a poussé le législateur à affecter ces missions de conciliation préalables à certains magistrats en particulier. La première raison repose certainement sur des considérations d'efficacité. Pour s'assurer que les préalables de conciliation seront effectivement exécutés par les parties, il convient de les ériger en obligations non pas seulement mises à la charge des parties mais également mises à la charge du juge. Mais une autre raison peut également être invoquée : la plupart des matières concernées par ces préalables mettent en cause des parties entre lesquelles existent un déséquilibre économique, affectif ou social. Aussi, la présence du juge peut être considérée comme susceptible de rééquilibrer la situation ou à tout le moins, comme pouvant empêcher que la partie en position de force n'en abuse au détriment de l'autre partie.

- 62 **442.Option laissée aux parties entre juge ou tiers conciliateur ou médiateur** - Parfois, une option est laissée aux parties qui peuvent décider de substituer au juge en principe chargé de mener la conciliation, une tierce personne. C'est le cas devant le tribunal d'instance où les parties ont le choix entre tenter leur conciliation préalable avec l'aide du juge d'instance ou bien avec celle d'un conciliateur de justice ¹⁵⁷⁰. Ce choix existe également, par hypothèse, à l'occasion de toutes les procédures de médiation judiciaires puisqu'elles supposent que les parties peuvent préférer, à la conciliation du juge, une médiation menée par un tiers ¹⁵⁷¹ alors dénommé médiateur ¹⁵⁷². Dans ce dernier cas, les textes précisent qu'il peut s'agir indifféremment d'une personne physique ou d'une personne morale. Cependant, on observe que si les parties bénéficient effectivement d'un droit d'option, celui-ci est en vérité encadré à son tour : si le principe de substitution est admis, c'est à la condition toutefois que le tiers réponde à un certain nombre de

conditions impératives tenant notamment à son expérience, sa compétence, sa déontologie, sa moralité ¹⁵⁷³ ... Il résulte de ces observations que la relative liberté concédée aux parties quant au choix de la personne autorisée à conduire leurs pourparlers est en vérité bien mince : elle ne porte que sur le principe même de la substitution mais non pas sur la personne du tiers qu'elle sont autorisées à substituer au juge, laquelle, dans les fait, doit non seulement répondre à un profil prédéterminé, mais encore, leur est bien souvent imposée *de facto* par le juge ¹⁵⁷⁴ puisque seul ce dernier a le pouvoir de choisir et désigner le tiers. La soumission du tiers conciliateur ou médiateur à un profil rigoureux répond au souhait du législateur de s'assurer que la personne qui remplacera le juge dans l'exercice de sa mission de conciliation présentera toutes les qualités requises et ce faisant, ne risquera pas de compromettre les intérêts des parties. En d'autres termes, il s'agit pour le législateur, de s'assurer que la conciliation réalisée par un tiers offrira les mêmes garanties que celle réalisée par le juge.

- 63 La prédétermination de la personne qui sera chargée de conduire les pourparlers répond donc tout autant à des considérations d'efficacité qu'à des considérations de sécurité juridique. Voyons désormais si ce sont les mêmes raisons qui ont conduit le législateur à soustraire de la volonté des parties la détermination de la localisation ainsi que du moment des pourparlers judiciaires.

2°. La localisation et le moment des pourparlers

- 64 **443.Détermination du lieu et du moment des pourparlers laissés à la discrétion du juge** - La localisation ainsi que le moment des négociations aux fins de conciliation sont d'autres éléments structurels des pourparlers qui peuvent échapper à la seule volonté des parties. On observe en effet que chaque fois que la conduite des

négociations est confiée au juge d'office par les textes ou bien sur décision des parties – le choix des lieu et moment auxquels la tentative de conciliation s'effectuera relève du pouvoir discrétionnaire de ce dernier ¹⁵⁷⁵. Le pouvoir discrétionnaire du juge relativement à la détermination de ces éléments est fondé sur le fait qu'ils mettent exclusivement en cause l'organisation du procès, autrement dit la « *police de l'audience* » ¹⁵⁷⁶ et donc, ne concernent pas directement les intérêts des parties.

- 65 **444. Détermination du lieu et du moment des pourparlers laissés à la discrétion du tiers** - D'autre part, lorsque, sur décision du juge, la conduite des négociations est finalement déléguée à un tiers, c'est ce dernier qui détermine le moment et le lieu de la première réunion puisqu'il est chargé de « *convoquer les parties* » ¹⁵⁷⁷ ... « *aux lieu, jour et heure qu'il détermine pour procéder à la tentative de conciliation* » ¹⁵⁷⁸. Là encore, la détermination de la localisation ainsi que du moment des négociations semble échapper à la volonté des parties. Cependant, on peut supposer que pour les réunions suivantes, rien ne s'oppose à ce que les parties s'entendent avec le tiers en vue de modifier l'un de ces paramètres, autrement dit, que les parties soient associées dans leur détermination future.
- 66 **445. Critères de choix des moment et lieu les plus opportuns** – La détermination du champ spatio-temporel des pourparlers judiciaires échappe donc à la volonté des parties chaque fois que la direction des négociations est expressément confiée à une personne déterminée : juge ou tierce personne privée. Dans ce cas, en effet, c'est à cette dernière que revient la charge de déterminer les lieu et moment des pourparlers. Mais alors, en l'absence d'indications particulières sur les lieu et moment les plus opportuns, on peut s'interroger sur les critères qui conduiront le juge ou le tiers à choisir tel moment plutôt que tel autre, tel lieu plutôt que tel autre.

a) Le moment opportun

- 67 La détermination du moment le plus adéquat pour proposer aux parties de tenter de se concilier fait l'objet de divergences doctrinales. En théorie, le champ temporel des pourparlers judiciaires est *a priori* sans limite : la conciliation est possible de l'introduction de l'instance jusqu'au prononcé du jugement ¹⁵⁷⁹ ; elle peut avoir lieu aussi bien en première instance qu'en appel. Néanmoins, l'examen de la pratique fait apparaître que certains moments semblent plus propices que d'autres car présentant plus de chances de succès pour les pourparlers.
- 68 **446. En amont du procès** – A première vue, on serait tenté de penser que plus la conciliation intervient tôt dans le processus judiciaire, plus elle est avantageuse pour les parties, tant sur le plan économique que sur celui des chances de rétablissement des relations entre elles ¹⁵⁸⁰. De ce point de vue, certains vont même jusqu'à considérer que la seule conciliation valable est celle qui permet en définitive de faire l'économie d'une procédure juridictionnelle, autrement dit, celle qui intervient en amont de tout procès ¹⁵⁸¹ : « la recherche, préalable à l'accès au juge, de l'accord négocié, est une perspective majeure à approfondir et à organiser procéduralement » ¹⁵⁸². De telles propositions pourraient être encouragées, en ce qu'elles visent à permettre aux justiciables de faire l'économie d'un procès ¹⁵⁸³. Cependant, une conciliation proposée trop tôt « est souvent vouée à l'échec car les éléments du litige ne sont pas encore décantés » ¹⁵⁸⁴. Preuve en est : le très faible taux de réussite des conciliations organisées en matière prud'homale, devant le tribunal paritaire de baux ruraux ou encore, devant le tribunal d'instance. Pour cette raison, nombreux sont les magistrats qui préfèrent proposer aux parties de s'engager en pourparlers

judiciaires en cours d'instance, une fois l'instruction du litige débutée.

- 69 **447. En cours d'instruction** – Pour certains praticiens ¹⁵⁸⁵, il ne fait pas de doute que « *la médiation doit s'inscrire dans la dynamique du procès, notamment devant les juges du fond* », et que, plus précisément, « *C'est en cours d'instruction du litige que la mesure de médiation judiciaire doit être proposée par le magistrat de la mise en état, à un moment où la position respective des parties commence à être connue* » ¹⁵⁸⁶.
- 70 L'attrait tout particulier pour cette période du procès réside dans le fait qu'il est possible d'y insérer une tentative de conciliation ou de médiation sans retarder le cours de l'instance. En effet, entre la date du dépôt de la demande – demande introductive d'instance ou demande en appel – et l'audience des débats, s'écoulent de nombreux mois, sinon des années, ce qui laisse au juge amplement le temps de tenter de rapprocher les parties. Il importe simplement que le début des pourparlers soit fixé à une date suffisamment éloignée de la date d'audience des débats pour qu'une éventuelle prolongation des négociations ¹⁵⁸⁷ ne nécessite pas un renvoi de l'audience à une date ultérieure.
- 71 **448. Expériences de systématisation des propositions de médiation en cours d'instruction** – C'est précisément pour cette raison qu'à Paris, comme en province, en accord avec les barreaux et les chambres des avoués ¹⁵⁸⁸, de nombreuses juridictions ¹⁵⁸⁹ ont pris l'initiative d'envoyer systématiquement à tous les plaideurs, par lettres, des propositions de médiation judiciaire environ sept ou huit mois avant la date d'audience des débats ¹⁵⁹⁰. Le choix de cette date a été minutieusement déterminé en fonction du délai maximal de six mois pendant lequel peut être tentée une médiation. Ce choix résulte également du constat qu'à cette période précise, les parties ont un certain recul sur leur dossier, qu'elles ont acquis un mûrissement de

leur affaire et de leurs prétentions faisant qu'elles sont plus disponibles, psychologiquement, pour discuter et éventuellement transiger. Ces lettres sont, le cas échéant, envoyées en même temps que les injonctions de conclure ou de déposer des pièces, adressées aux avocats ou aux parties pour organiser la mise en état de l'affaire ¹⁵⁹¹. Outre la proposition de désigner un tiers aux fins de médiation judiciaire, les lettres contiennent le plus souvent des notices explicatives faisant référence aux textes applicables et rappelant aux parties les principes directeurs de cette procédure amiable.

- 72 Malgré l'engouement pour cette expérience et son extension à de nombreuses juridictions, la pratique a révélé que ces lettres sont souvent restées sans réponse. Pour cette raison, certaines juridictions ont décidé d'adopter une démarche plus volontariste consistant à proposer le recours à la médiation judiciaire non plus par écrit et de manière systématique, mais oralement et de manière ciblée. C'est ainsi que la chambre sociale de la cour d'appel de Grenoble a pris l'initiative de tenir des audiences dont la seule finalité est de proposer des médiations aux plaideurs. Y sont convoquées les affaires jugées « conciliables » ¹⁵⁹², autrement dit celles qui, en fonction de critères prédéterminés, sont considérées par les juges comme présentant un maximum de chances de permettre un rapprochement des parties ou bien comme nécessitant plus que les autres que la voie amiable soit privilégiée à leur égard ¹⁵⁹³. D'après les premières statistiques présentées sur cette expérience, il semblerait que les résultats soient encourageants ¹⁵⁹⁴.

- 73 **449. Audience d'appel des causes ou mesures d'instruction : circonstances propices à la conciliation** – Au-delà de considérations purement temporelles, la croyance que la période de la mise en état

est particulièrement opportune pour proposer aux parties de tenter de se concilier repose sur d'autres éléments structurels. Elle est notamment fondée sur la variété des occasions offertes au juge pendant cette période de se retrouver en tête à tête avec les parties, dans un cadre souvent propice à la discussion puisque hors la présence du public.

- 74 Ainsi, *l'audience d'appel des causes* est une première occasion offerte au juge de la mise en état pour proposer aux parties ou à leurs conseils une conciliation ou une médiation, parce qu'il s'agit d'un moment sujet au bilan, à la réflexion et à la concertation. Ensuite, *l'audition des parties*, possible en tout état de cause ¹⁵⁹⁵, ainsi que leur *comparution personnelle* ¹⁵⁹⁶ sont des mesures d'instruction particulièrement opportunes pour tenter avec les parties un règlement amiable de leur litige. L'intérêt de ces mesures est en effet qu'elles nécessitent la présence des parties en personne devant le juge ¹⁵⁹⁷ et qu'elles donnent lieu à discussion non seulement entre le juge et les parties, mais bien souvent également entre les parties elles-mêmes, première condition pour favoriser une conciliation ¹⁵⁹⁸.
- 75 Enfin, d'autres mesures d'instructions, qui ne visent pas directement à faire comparaître les parties en personnes, telles que *l'enquête*, les *vérifications personnelles du juge* ou toutes autres *mesures confiées à un technicien*, peuvent également favoriser la conciliation des parties et de ce fait, constituer des moments opportuns pour proposer une conciliation. En effet, il est fréquent qu'au cours de l'exécution de ces mesures, voire après leur exécution, les parties, mieux informées et plus éclairées sur les causes ou circonstances de leur litige ainsi que sur leurs droits, se montrent finalement disposées à trouver un terrain d'entente ¹⁵⁹⁹. Les chances de conciliation seront d'autant plus grandes que les parties auront personnellement participé à

l'exécution de la mesure d'instruction, qu'elles aient été expressément tenues d'y apporter leur concours ¹⁶⁰⁰ ou qu'elles l'aient fait de leur propre initiative ¹⁶⁰¹.

76 **450.L'audience des référés** - Un autre moment privilégié pour proposer une tentative de conciliation ou de médiation aux parties est encore l'audience des référés ¹⁶⁰². L'histoire l'a montré depuis longtemps puisque c'est le juge des référés qui fut le premier à désigner des médiateurs sur le fondement de l'article 21 du nouveau code de procédure civile et qui continue encore aujourd'hui à le faire, mais cette fois-ci sur un fondement plus approprié ¹⁶⁰³.

77 Parmi les raisons qui font du référé un moment propice pour proposer aux parties d'entrer en pourparlers judiciaires, certains magistrats ¹⁶⁰⁴ ont pu évoquer « *le relatif effacement des questions de droit* » qui caractérise cette juridiction. C'est en effet la nécessité de mettre fin à une situation conflictuelle qui prime à l'audience des référés, tandis que le problème juridique de fond n'est encore qu'un aspect secondaire et n'a pas encore suscité de prises de positions définitives chez les parties. Ensuite, « *la disponibilité du juge des référés et la souplesse de cette procédure* » ¹⁶⁰⁵ sont d'autres éléments favorables pour la conciliation. L'audience des référés permet qu'un dialogue direct s'instaure entre les parties et leurs conseils ¹⁶⁰⁶ ; la confrontation des prétentions respectives des parties se fait sans formalisme particulier ; le juge comme les parties disposent d'une certaine liberté d'action ; l'éviction des contraintes procédurales favorise la proposition de solutions d'apaisement, provisoires.

78 **451.L'audience des débats** - Enfin, l'un des ultimes moments où le juge peut encore formuler une proposition de conciliation ou de médiation est l'audience des débats. Il peut le faire systématiquement, même si les chances d'obtenir un accord des parties restent réduites ¹⁶⁰⁷, ou bien alors, chaque fois qu'il

estimera qu'un terrain d'entente est encore possible entre les parties. Pour s'en assurer, le juge peut toujours demander d'entendre les parties elles-mêmes ¹⁶⁰⁸ ou encore, leur demander de lui fournir des explications de fait ou de droit ¹⁶⁰⁹. Au vu des éléments qui seront ainsi portés à sa connaissance, les parties présentes, il pourra alors leur proposer de se concilier, avec ou sans l'aide d'un tiers. Après l'audience des plaidoiries, la médiation reste possible tant que la décision n'a pas encore été rendue ¹⁶¹⁰. En cas d'échec, l'affaire ayant été plaidée et l'instruction étant close, la décision sera rendue sans nouveau débat ¹⁶¹¹.

b) Le lieu opportun

79 **452. La détermination du lieu des pourparlers judiciaires laissée à la discrétion du juge ou du tiers** - Le droit commun de la conciliation n'apporte aucune précision et partant aucune limite quant au lieu où peuvent se dérouler les pourparlers judiciaires, si ce n'est que sa détermination relève du pouvoir discrétionnaire du juge ou du tiers chargé de diriger les négociations ¹⁶¹². Ainsi, le juge qui entend mener personnellement la conciliation est libre de le faire dans la salle d'audience ou dans son cabinet, tout comme en dehors du palais de justice.

80 **453. Les maisons de justice et du droit et autres lieux de proximité** - On pense alors aux maisons de justice et du droit ¹⁶¹³, institutionnalisées par la loi n° 98-1163 du 18 décembre 1998 ¹⁶¹⁴, dans lesquelles peuvent prendre place « les actions tendant à la résolution amiable des litiges » ¹⁶¹⁵. Les maisons de justice et du droit sont apparues en 1990, d'abord dans le Val d'Oise à titre expérimental, puis se sont multipliées spontanément sur le reste du territoire. En raison du « succès local avéré » ¹⁶¹⁶ de ces structures, en vue de leur donner une assise juridique et de favoriser plus

encore leur développement, la loi du 18 décembre 1998 les a instituées dans le Code de l'organisation judiciaire. Depuis lors, le décret n° 2001-1009 du 29 octobre 2001 ¹⁶¹⁷ est venu préciser leurs modalités de création et de fonctionnement. Les maisons de justice et du droit sont désormais des établissements publics judiciaires. Elles sont placées sous l'autorité du chef du tribunal de grande instance dans le ressort duquel elles sont situées. Leur principale mission est d'assurer une présence judiciaire de proximité, en vue de régler les conflits du quotidien, mais aussi « *de participer à de nouvelles politiques publiques [...] de diffusion et de dissémination du droit dans la cité* » ¹⁶¹⁸ . En janvier 2002, on comptait 84 maisons de justice et du droit réparties sur le territoire national ¹⁶¹⁹ . Dans une moindre envergure, les antennes de justice ¹⁶²⁰ peuvent également remplir ce rôle : structures similaires aux maisons de justice et du droit, mais beaucoup plus légères et sans réelle assise juridique.

- 81 Certains magistrats – principalement des juges d'instance – ont fait le choix de se rendre au sein de ces maisons de justice et du droit pour tenir leurs audiences de conciliation plutôt que de rester au palais, dans l'idée qu'une délocalisation de la tentative de conciliation contribuerait plus encore à sa déjudiciarisation et ce faisant, à une humanisation de la procédure. En vérité, l'effet recherché est rarement atteint : soit que le juge ne parvienne pas à quitter son rôle de juge, soit que sa seule présence suffise à maintenir – aux yeux des parties tout au moins – la procédure amiable dans une logique fortement judiciaire. De leur côté, conciliateurs ou médiateurs disposent également de la plus grande liberté pour choisir l'endroit où ils souhaitent mener les pourparlers judiciaires qui leur ont été confiés. Souvent, des salles sont spécialement mises à leur disposition au palais à cette fin. Tel est le cas notamment dans les tribunaux d'instance, chaque fois que sont

prévues des permanences pendant lesquelles des conciliateurs de justice se mettent à la disposition des justiciables. De nombreux tribunaux de grande instance vont même jusqu'à abriter en leur sein des associations de médiation qui disposent alors de véritables locaux et de moyens logistiques. Parfois, ce sont les mairies qui mettent des salles à la disposition des conciliateurs de justice. L'accès aux maisons de justice et du droit est bien évidemment ouvert aux conciliateurs et médiateurs. Pour terminer, indiquons encore que lorsque les magistrats font appel à des associations de médiation, celles-ci disposent souvent de locaux privés dans lesquels elles organisent leurs réunions de médiation.

- 82 **454. Incidences du lieu des pourparlers sur leur déroulement** - La décision de conduire les pourparlers judiciaires au sein du palais de justice ou hors les murs peut-elle avoir une incidence sur leur déroulement ? Le rattachement à l'institution judiciaire contribue incontestablement à une certaine « *solennisation* » de l'institution et à sa légitimation. Ainsi, plus les signes de rattachement du lieu de la conciliation à l'institution judiciaire sont forts, plus la procédure de conciliation en elle-même est considérée comme une émanation du pouvoir judiciaire et donc perçue par les parties comme particulièrement solennelle, formelle, codée, voire complexe.
- 83 Certains plaideurs peuvent avoir besoin de ce décorum pour se sentir en confiance car ils y voient la garantie que leurs droits seront respectés, que le tiers – s'il n'est pas le juge – sera indépendant et impartial. Cependant, un trop grand rattachement avec l'institution judiciaire n'est pas sans risque et peut aussi engendrer une certaine confusion dans l'esprit des parties à la conciliation. Confusion quant au statut du tiers conciliateur ou médiateur (est-il une sorte de juge, de sous-juge ?) ; confusion encore quant à leur liberté relativement à la procédure des pourparlers et relativement à la proposition de

solution qui leur est faite par le tiers ou le juge (peut-on mettre fin aux pourparlers ; doit-on adhérer à la proposition du tiers ou du juge ?) ; confusion enfin quant à la portée et la nature de la solution amiable (est-elle facultative ou impérative ? Est-ce un jugement ou une convention ?).

84 De ce point de vue, une totale délocalisation des pourparlers a des chances d'éviter que ce genre de confusion ne se réalise et d'éclairer les parties sur le statut et le rôle des tiers chargés de les rapprocher. L'absence de tout lien apparent avec l'institution judiciaire peut contribuer à asseoir les pourparlers dans leur fonction de justice de proximité, à les humaniser, à donner le sentiment aux justiciables qu'ils seront véritablement écoutés et compris car le tiers chargé de les aider est quelqu'un qui leur ressemble. Inversement, certains justiciables peuvent redouter l'éloignement des pourparlers du monde judiciaire qu'ils assimilent à une perte de garanties ou une perte de qualité. La présence de signes symboliques qui les relie au judiciaire les rassure : ils y voient l'assurance de l'existence d'un contrôle du juge tant sur le tiers que sur la procédure ou l'accord en résultant.

85 **455. Conclusion** - Le choix du lieu des pourparlers est donc important. Les incidences qu'il peut avoir sur le déroulement des pourparlers est étroitement lié à la personnalité des parties intéressées. Pour cette raison, il importe véritablement que la personne en charge de la conciliation ou de la médiation consulte les parties en vue de s'assurer qu'elles n'ont pas d'appréhension particulière sur tel ou tel endroit ou afin qu'elles lui fassent part de leurs préférences si elles en ont.

B. Prédétermination de la procédure des pourparlers

86 **456.** L'atteinte à la liberté contractuelle des parties s'observe encore relativement à la détermination des modalités de déroulement des pourparlers judiciaires. Cette fois-ci, ce sont les étapes de la négociation qui sont prédéterminées par les textes, leur rythme ou encore l'office de la personne en charge de leur conduite. L'encadrement juridique de la procédure des pourparlers est peut-être ce qui contribue le plus à leur « formalisation ». Sa finalité est évidente : garantir le respect des droits des justiciables. Particulièrement élaboré lorsque la conciliation est mise à la charge d'un tiers conciliateur ou médiateur (2°), le formalisme des pourparlers judiciaires n'est cependant pas exclusivement réservé aux procédures déléguées. Il existe aussi alors même que la conciliation est mise à la charge du juge (1°).

1°. Conduite des pourparlers par le juge

87 Deux procédures de pourparlers judiciaires font l'objet de règles relativement formelles qui mettent à la charge du juge un office particulier : la procédure de conciliation préalable en matière de divorce pour faute ou pour rupture de la vie commune (a) ainsi que le préalable de conciliation en matière prud'homale (b).

a) L'office particulier du juge aux affaires familiales

88 **457.** Le propre de la tentative préalable de conciliation en matière de divorce est qu'elle met à la charge du juge aux affaires familiales l'obligation de respecter certaines étapes, certains rythmes ainsi que certaines obligations. Ces obligations, qui s'imposent d'abord au juge, s'imposent également indirectement aux parties qui ne peuvent modifier les étapes ou le rythme ainsi prédéterminés. La

liberté contractuelle des parties relativement au déroulement de cette procédure de conciliation s'en trouve dès lors limitée.

- 89 **458. *Prédétermination des étapes des pourparlers*** - La conciliation préalable en matière de divorce pour faute ou pour rupture de la vie commune a cela de particulier qu'elle doit toujours débiter de la même manière : par une rencontre entre le juge aux affaires familiales et chacun des époux pris séparément, avant de se poursuivre par une réunion où les deux époux seront réunis ensemble, en personne et sans leurs conseils, devant le juge ¹⁶²¹. La présence des avocats aux côtés des parties n'est autorisée que dans un deuxième temps, une fois ces réunions préliminaires effectuées et seulement si les époux le demandent ¹⁶²².
- 90 **459. *Prédétermination du rythme des pourparlers*** - Des temps de réflexions sont envisagés et peuvent être octroyés par le juge aux époux sans toutefois qu'ils puissent dépasser huit jours, sauf à ce que le juge décide qu'une véritable suspension de la procédure de divorce est nécessaire et préfère renvoyer les parties à une nouvelle tentative de conciliation dans les six mois à venir ¹⁶²³. Le déroulement des négociations est donc orchestré par le juge aux affaires familiales selon une procédure spécifique, scandée par étapes, tout au moins en ce qui concerne le début des négociations.

b) L'office particulier des conseillers prud'hommes

- 91 **460.** A première vue, le déroulement des pourparlers aux fins de conciliation préalable organisés devant le bureau de conciliation du conseil de prud'hommes, n'est pas en tant que tel prédéterminé. Les textes se contentent d'en confier expressément la conduite au bureau de conciliation mais sans en préciser les étapes ni le rythme et sans même attribuer aux conseillers prud'homaux d'office

particulier : « Le bureau de conciliation entend les parties en leurs explications et s'efforce de les concilier » 1624 .

- 92 **461. Rôle actif dans la recherche d'un accord préservant les droits des parties** - En vérité, il y a lieu d'atténuer cette affirmation depuis un arrêt rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation le 28 mars 2000 1625 qui semble avoir quelque peu remis en cause ces données et mis à la charge du bureau de conciliation non plus la simple conduite formelle des pourparlers mais également un rôle actif dans les débats au fond. En effet, on y apprend que le bureau de conciliation doit participer « *activement* » à la recherche d'un accord des parties « *préservant les droits de chacune d'elles* », ce qui suppose que le bureau vérifie que les parties ont été « *correctement informées de leurs droits respectifs* ». Plus encore, à défaut, pour le bureau de conciliation de remplir correctement ce nouvel « *office* », c'est alors directement la validité du procès-verbal de conciliation qui est compromise et susceptible d'être contestée devant la juridiction prud'homale.
- 93 L'exigence d'une intervention active du bureau de conciliation dans la recherche de la solution au fond répond probablement à la volonté de protéger le salarié, souvent en position de faiblesse par rapport à son employeur et, en particulier, à la volonté de pallier le déséquilibre susceptible de naître si ce dernier est représenté et que celui-là ne l'est pas. Le bureau de conciliation se voit ainsi chargé de jouer un rôle de conseil ou d'assistant impartial dont la mission est d'éclairer toutes les parties en présence sur leurs droits ainsi que sur la solution qui lui semble la plus juste et la plus équitable possible.
- 94 **462. Critique de l'arrêt de la Cour** - Ce souci d'information juridique est louable en soi et ne peut *a priori* que contribuer à obtenir des accords de conciliation plus équilibrés et souhaitons-le, dans le long terme, moins contestés. Cependant, on ne peut ignorer le fait qu'une

intervention trop active de la part du juge dans la recherche d'une solution négociée peut aussi engendrer des effets pervers. Les parties, souvent peu au fait de la finalité de la procédure de conciliation préalable, peuvent voir dans les propositions du bureau de conciliation une sorte de sous-jugement rendu en équité qu'il y a lieu pour elles d'accepter sous la menace qu'une décision juridictionnelle ne soit finalement rendue en leur défaveur. Le risque est grand en effet que les parties n'osent pas remettre en cause les conseils avisés des hommes de loi qui composent le bureau de conciliation. Ce faisant, c'est directement la liberté contractuelle des parties dans la détermination des éléments du contrat en cours de négociation qui est susceptible d'être mise en cause et non plus seulement leur liberté dans la détermination des modalités de déroulement de la procédure amiable, ce qui est grave. Cela contribuerait à la conclusion contrats imposés ¹⁶²⁶ *de facto*, ce qui est tout le contraire de l'esprit de la conciliation qui tend à privilégier les solutions négociées sur les solutions imposées.

- 95 **463. Conclusion** - Lorsque la conduite des pourparlers judiciaires est expressément mise à la charge du juge, c'est souvent avec l'obligation d'avoir à respecter une procédure spécifique dont la finalité est tout à la fois de favoriser le rapprochement des parties et d'assurer le respect de leurs droits fondamentaux. Mais on observe que la soumission des pourparlers judiciaires au respect de contraintes procédurales formelles est encore plus notoire lorsque ceux-ci sont confiés à des tiers. La consécration de règles particulièrement formelles serait alors destinée à compenser, en quelque sorte, la délégation car susceptible d'en diminuer les risques. Ce phénomène de « formalisation » des procédures aux fins de sécurité juridique est classique : nous en avons déjà fait état lorsque nous avons étudié les procédures de conciliation extra et

para-judiciaires ¹⁶²⁷ et leur tendance à la judiciarisation voire à la juridictionnalisation, en vue de compenser, précisément, leur nature non-judiciaire, autrement dit leur soustraction à tout contrôle judiciaire immédiat.

2°. Conduite des pourparlers par un tiers

- 96 **464. Encadrement de l'activité du tiers ; atteinte à la liberté contractuelle des parties** - Que les pourparlers judiciaires soient confiés à un conciliateur de justice ou à un médiateur, dans l'un et l'autre cas, l'office de cet auxiliaire de justice relativement à sa mission de direction des négociations fait l'objet de force détails. Il s'ensuit que sa liberté de manœuvre dans la conduite des pourparlers judiciaires est sensiblement limitée. Pour les parties, cet encadrement de l'activité du tiers dans l'exercice de sa mission de conciliation emporte du même coup limitation de leur liberté contractuelle : en acceptant que le juge se substitue un tiers, elles acceptent plus largement que ce tiers, à qui la conduite des négociations va être confiée, agira conformément à une réglementation impérative vis-à-vis de laquelle elles ne pourront rien modifier.
- 97 **465. L'office particulier du tiers** - Plus précisément, l'encadrement de la mission du conciliateur ou médiateur se traduit par la détermination de diverses obligations mises à sa charge ¹⁶²⁸, autrement dit, par une stricte délimitation de son office. Au titre de ces obligations, on peut citer dans le désordre : la nécessité d'accomplir sa mission dans de brefs délais ¹⁶²⁹ ; un devoir général d'information envers le juge en ce qui concerne le déroulement des pourparlers ¹⁶³⁰ ; la nécessité d'obtenir le consentement des parties avant de prendre certaines décisions relativement à la conduite des pourparlers ¹⁶³¹ ; la soumission à un devoir de confidentialité ¹⁶³²

; ou encore, l'obligation de cesser prématurément l'exercice de sa mission si le juge en décide ainsi ¹⁶³³. En reprenant rapidement quelques-unes de ces obligations, on observe que la plupart d'entre elles sont déterminées en considération de l'égide que le juge doit conserver sur les pourparlers judiciaires et directement destinées à en faciliter l'exercice (a). Leur finalité est alors d'assurer aussi bien la protection des intérêts des parties que le bon déroulement de l'instance judiciaire. Les autres obligations sont plutôt, quant à elles, déterminées en considération de la liberté contractuelle des parties dont il s'agit, pour une fois, de favoriser l'expression (b).

a) Délimitation de l'office du tiers en considération de l'égide du juge

- 98 **466.I. Le devoir général d'information envers le juge** – Si l'on examine tout d'abord le devoir général d'information mis à la charge du tiers envers le juge, on observe qu'il porte tout à la fois sur la survenance de difficultés en cours de pourparlers ainsi que sur la fin de l'exercice de sa mission par le tiers. Dans chacun de ces deux cas, le médiateur comme le conciliateur a obligation d'en informer le juge sur-le-champ.
- 99 Cette exigence répond avant tout à des considérations de célérité. Il s'agit en effet de permettre au juge, en cas de survenance de difficultés, soit de les régler au plus vite avant qu'elles ne s'amplifient pour permettre la poursuite des négociations ; soit au contraire de prendre acte de leur caractère insoluble et, ce faisant, de mettre fin aux pourparlers, pour pouvoir ensuite reprendre sans tarder la poursuite de l'instance aux fins de jugement.
- 100 L'obligation faite au tiers d'informer le juge de la fin de sa mission est, quant à elle, destinée à permettre à ce dernier d'exercer un droit de regard sur le déroulement des pourparlers en vue d'apprécier s'il y a lieu, par exemple, d'octroyer un délai supplémentaire pour

permettre au conciliateur ou médiateur de faire aboutir les négociations lorsque le délai réglementaire n'est pas expiré ou bien au contraire, de mettre fin prématurément à sa mission s'il estime que l'issue des pourparlers est compromise. La saisine du juge à la fin de la médiation ou à l'expiration du délai réglementaire est enfin et surtout l'occasion pour le juge de prendre acte du succès ou de l'échec définitif des négociations et en cas d'accord, si les parties le souhaitent, d'homologuer celui-ci en vue de lui conférer la force exécutoire.

101 Le devoir général d'information mis à la charge du tiers, envers le juge, est donc destiné à permettre au juge d'exercer pleinement son contrôle sur les pourparlers judiciaires et plus spécialement, sur l'activité du tiers. En informant le juge des incidents qui viendraient enrayer la marche des négociations afin qu'il tente d'y remédier, ainsi que de l'issue des pourparlers, le tiers lui rend en quelque sorte compte de l'accomplissement de sa mission et lui permet alors d'exercer sa tutelle sur les pourparlers, même si elle a lieu *a posteriori*.

102 **467.II. Aménagement d'une procédure de règlement des difficultés** – Une procédure de règlement des difficultés est spécialement organisée dans le cadre de la procédure de médiation judiciaire. Chaque fois qu'une difficulté se présente, l'affaire est en effet « *rappelée à une audience à laquelle les parties sont convoquées à la diligence du greffe par lettre recommandée avec demande d'avis de réception* » ¹⁶³⁴. Le formalisme de la convocation peut surprendre dans un contexte où prévaut le consensualisme. En vérité, il s'explique par le fait que l'audience considérée se situe à mi-chemin entre la procédure amiable organisant les négociations et la procédure juridictionnelle à laquelle les parties retourneront en cas d'échec des pourparlers. C'est à l'issue de cette audience qu'il sera

décidé du sort de la procédure amiable et qu'éventuellement la procédure contentieuse reprendra son cours, puisque l'audience de règlement des difficultés de la médiation peut se transformer, si le juge l'estime opportun, en audience aux fins de jugement ¹⁶³⁵.

¹⁰³ Aussi, la possible mutation de la procédure de règlement des difficultés en procédure contentieuse peut expliquer, en partie, son aspect formel. Mais le formalisme de la convocation des parties à cette audience répond prioritairement à un autre souci : celui d'assurer un caractère contradictoire à la procédure de règlement des difficultés et ce faisant, d'augmenter ses chances de succès, c'est-à-dire, un retour aux négociations grâce au règlement de la difficulté.

¹⁰⁴ La prévision d'une procédure de règlement des difficultés dans le cadre de la médiation judiciaire est une autre manifestation de l'égide du juge sur les pourparlers judiciaires. En réservant le traitement des difficultés à la seule connaissance du juge, le législateur a voulu assurer aux parties une procédure rapide et efficace de règlement des incidents qui viendraient ralentir et donc compromettre le bon déroulement des pourparlers. L'objectif d'une telle procédure est non seulement de régler au plus vite et de manière définitive ces incidents pour permettre la reprise des pourparlers sans tarder et sans heurt ; mais également, en cas d'échec, de pouvoir décider rapidement, s'il y a lieu, de la reprise de l'instance aux fins de jugement. Une telle procédure fait état du pouvoir discrétionnaire du juge sur le sort à réserver aux pourparlers judiciaires en cas d'incident.

¹⁰⁵ **468.III. L'obligation de respecter un délai impératif** – L'enfermement de la mission du tiers dans un délai impératif dont la durée est laissée à la discrétion du juge ¹⁶³⁶ est guidé par ce même souci de célérité : éviter que la tentative de règlement amiable, si elle échoue,

ne rallonge exagérément la durée de l'instance pendante. Depuis l'avènement du nouveau code de procédure civile, le juge est plus que jamais maître de la durée de l'instance et, à cette fin, a été doté d'importants pouvoirs d'injonction et de sanction ¹⁶³⁷ à l'encontre des parties si celles-ci ne se montrent pas suffisamment diligentes dans l'accomplissement des actes de procédure qui leur incombent ¹⁶³⁸. C'est dans ce même esprit que le juge a été autorisé à mettre fin à tout moment aux pourparlers judiciaires, même d'office, s'il estime leur issue compromise. Lorsque les pourparlers sont voués à l'échec, tout est fait pour permettre au juge d'en prendre acte le plus tôt possible et d'intervenir en vue de relancer sans tarder la procédure aux fins de jugement.

¹⁰⁶ Le pouvoir du juge de décider de la durée ainsi que de la fin des pourparlers judiciaires est une dernière manifestation de son égide sur cette procédure et plus précisément, de son devoir général de donner à l'instance son rythme ¹⁶³⁹. L'objectif est non seulement de pouvoir mettre un terme à des pourparlers qui tourneraient mal ou compromettraient les intérêts des parties, mais encore, d'empêcher qu'ils ne compromettent le bon déroulement de l'instance toute entière.

¹⁰⁷ **469.Conclusion** – On observe donc que la majeure partie des obligations mises à la charge du tiers dans le cadre de sa mission de conduite des pourparlers judiciaires est guidée par le souci de garantir un contrôle judiciaire effectif et efficace de cette procédure. Il s'agit donc d'assurer aux parties que la délégation par le juge de sa mission de conciliation à un tiers ne consiste pas en une démission du juge relativement aux pourparlers judiciaires mais, au contraire, s'accompagne d'un renforcement de ses pouvoirs de contrôle, tant sur le déroulement de la procédure que sur l'activité du tiers.

108 Mais la délimitation de l'office du tiers peut aussi être fonction de la volonté des parties et non plus seulement de celle du législateur. Dans ce cas, il y a encore place pour la liberté contractuelle des parties.

b) Délimitation de l'office du tiers en fonction de la volonté des parties

109 Les parties peuvent, conventionnellement, aménager l'office du tiers conciliateur ou médiateur relativement à son droit d'entendre des tierces personnes ainsi qu'à la portée de son devoir de confidentialité.

110 **470. I. Obligation de consulter les parties** – Les textes font en effet obligation au tiers de consulter les parties chaque fois qu'il entend procéder à l'audition de tierces personnes ¹⁶⁴⁰. Ce devoir peut s'analyser en la consécration d'un devoir plus général de courtoisie ou de prévenance à l'égard des parties. Mais cette obligation est surtout une expression de la liberté contractuelle des parties qui veut que toute décision de donner à la conduite des pourparlers une certaine orientation, nécessite leur consentement préalable.

111 **471.II. Le devoir de confidentialité** – La volonté des parties a encore matière à s'exprimer relativement au devoir de confidentialité mis à leur charge ainsi qu'à celle du tiers ¹⁶⁴¹. La finalité de cette obligation est double. Il s'agit, d'une part, de gagner la confiance des parties en leur assurant que tout ce qu'elles diront ou communiqueront au tiers ne sera ni dévoilé, ni porté à la connaissance de l'autre partie, ni invoqué à l'occasion d'une autre procédure - qu'elle soit amiable ou juridictionnelle - sans leur consentement. D'autre part, il s'agit de s'assurer que le médiateur, dans l'accomplissement de son obligation d'information envers le juge, ne révélera rien de ce qui a trait au contenu des négociations sans directive claire et précise en ce sens de la part des parties. Cette

dernière considération est d'importance car c'est directement l'impartialité du juge qui peut être mise en cause si ce dernier a de nouveau à connaître de l'affaire en cas d'échec des pourparlers ¹⁶⁴². Il s'ensuit que sauf convention particulière des parties s'autorisant mutuellement ou bien autorisant le tiers à dévoiler en cours d'instance certains des éléments échangés ou communiqués en cours de pourparlers judiciaires, la portée du devoir de confidentialité auquel chacun est soumis est absolue et ne souffre aucune limitation. En revanche, si les parties y consentent, elle peuvent d'un commun accord limiter la portée de ce devoir à certains aspects seulement des négociations.

¹¹² La portée de l'obligation de confidentialité ¹⁶⁴³ à laquelle est notamment astreint le tiers, dépend donc de la volonté des parties. Sa détermination relève de la liberté contractuelle des parties en négociation.

¹¹³ **472.Conclusion** - De ces quelques lignes, on observe que l'intégralité des obligations ainsi mises à la charge du tiers, autrement dit, que l'intégralité des atteintes portées à la liberté contractuelle des parties dans la détermination de la procédure des pourparlers judiciaires est avant tout guidée par un souci de protection de leurs intérêts. L'objectif est d'assurer aux plaideurs que la délégation de la conduite des négociations à un tiers par le juge ne s'accompagne pas d'une diminution des garanties dont elles auraient nécessairement bénéficié si les pourparlers avaient été menés par le juge en personne. En d'autres termes, il s'agit en l'espèce d'assurer aux plaideurs qu'une conduite para-judiciaire des pourparlers est aussi protectrice de leurs intérêts qu'une conduite purement judiciaire, car, comme cette dernière, elle bénéficie d'un contrôle judiciaire effectif et que le tiers en charge de cette mission se voit imposer un office relativement strict.

- 114 Il y a donc lieu d'analyser ces atteintes à la liberté contractuelle des parties comme l'expression d'un formalisme à finalité protectrice ou formalisme pré-contractuel, particulièrement renforcé lorsque la direction des pourparlers est confiée à un tiers.
- 115 L'efficacité de ce formalisme protecteur est assurée par le caractère strictement impératif des principales obligations mises à la charge du tiers. En acceptant que le juge se substitue un tiers dans l'accomplissement de sa mission de conciliation judiciaire, les parties acceptent du même coup que les négociations soient menées conformément à une procédure préétablie vis-à-vis de laquelle elles ne peuvent rien modifier ni discuter. Avec les pourparlers judiciaires délégués, les parties n'ont d'autre liberté que d'adhérer en bloc à la procédure proposée ou bien de refuser d'y adhérer. On retrouve là les caractéristiques du contrat-type de caractère obligatoire dont les dispositions s'imposent intégralement aux parties, sans possibilité de négocier.
- 116 Le lien entre le caractère strictement impératif des dispositions relatives à la procédure des pourparlers judiciaires et leur finalité protectrice nous conforte dans l'idée qu'il existerait également un lien entre l'atteinte à la liberté contractuelle des parties à laquelle ces dispositions procèdent, le contrôle judiciaire qu'elles supposent et dès lors, la sécurité juridique qu'elles assurent. Ce sentiment se confirme lorsque l'on examine les atteintes portées à la liberté des parties de mettre fin aux pourparlers judiciaires comme bon et quand bon leur semble.

SECTION III – ATTEINTES À LA LIBRE EXTINCTION DES POURPARLERS JUDICIAIRES

117 **473.** En application du principe de la liberté contractuelle, la règle veut que les parties puissent mettre fin aux pourparlers précontractuels à tout moment et comme bon leur semble. Si ce principe persiste lorsque les pourparlers se déroulent dans le cadre d'une instance judiciaire, il subit néanmoins de nombreuses atteintes : soit que la fin des pourparlers est imposée aux parties indépendamment de leur volonté (A), soit qu'à l'issue de leurs pourparlers, les parties sont tenues de formaliser leur accord dans un écrit (B).

A. Le moment de la fin

118 **474.***La liberté de principe* - En matière de pourparlers précontractuels, le principe est que les parties peuvent y mettre fin à tout moment, d'un commun accord comme unilatéralement. La fin des pourparlers résultera d'un commun accord des parties lorsque celles-ci seront parvenues à conclure le contrat projeté ou bien au contraire lorsqu'elles auront convenu ensemble que leurs négociations sont vouées à l'échec et qu'il n'y a pas lieu de les poursuivre. Mais, les parties n'étant pas encore liées par les termes du contrat en cours de négociation et encore moins contraintes de le conclure, il n'est pas nécessaire que la rupture des pourparlers résulte d'un *mutuus dissensus*. Celle-ci peut parfaitement être le fruit de la décision d'une seule des parties. Dans ce cas, il importe alors qu'une telle décision unilatérale soit prise de manière loyale. Le

principe général de bonne foi qui gouverne le déroulement des pourparlers, s'étend également aux modalités de leur rupture faisant que celle-ci sera fautive chaque fois qu'elle sera réalisée de manière brutale ou abusive ¹⁶⁴⁴. La jurisprudence regorge de décisions sanctionnant des cas de rupture fautive de pourparlers, sur lesquelles nous reviendrons ultérieurement, lorsque nous aborderons la question de la bonne foi dans les pourparlers judiciaires ¹⁶⁴⁵.

- ¹¹⁹ Il s'ensuit que si la rupture des pourparlers ne nécessite pas nécessairement le consentement des deux parties, elle doit cependant être au moins le fait de la volonté de l'une d'elles. Or, c'est précisément sur ce point là que se singularisent certaines procédures de conciliation ou de médiation judiciaires, soit que le moment de la fin des pourparlers est décidé par le juge (1°), soit qu'il résulte de l'expiration du délai réglementaire dans lequel sont enfermés les pourparlers judiciaires (2°).

1°. Fin des pourparlers décidée par le juge

- ¹²⁰ **475. Pouvoir discrétionnaire du juge** - Sont en cause exclusivement les procédures qui font appel à un tiers pour la conduite des négociations ¹⁶⁴⁶. Dans le cadre de ces procédures, le juge s'est en effet vu reconnaître la possibilité d'y mettre fin d'office, indépendamment de toute volonté des parties en ce sens, chaque fois qu'il estime leur bon déroulement compromis ¹⁶⁴⁷. Ce pouvoir discrétionnaire du juge quant au sort à réserver aux négociations des parties est fondé sur des considérations tenant principalement à la célérité de la procédure en cours ¹⁶⁴⁸ et à ce titre, peut être rattaché aux pouvoirs de police de l'audience du juge. Mais on peut y voir également une expression du devoir général du juge de veiller au bon déroulement de l'instance ¹⁶⁴⁹ qui l'autorise à cette fin à

ordonner « *les mesures nécessaires* ». Ainsi, au titre de ce devoir, s'il estime par exemple que les droits fondamentaux de l'une des parties sont sur le point d'être méconnus ou violés à l'occasion des pourparlers qu'il supervise, le juge peut décider de mettre fin à ces derniers sur-le-champ. La liberté contractuelle des parties qui devrait les autoriser à poursuivre leurs négociations si bon leur semble ne prévaut pas devant l'obligation faite au juge d'assurer « *le bon déroulement de l'instance* » ¹⁶⁵⁰ et de veiller à ce que les droits fondamentaux des parties soient préservés.

- ¹²¹ Le caractère discrétionnaire du pouvoir du juge de mettre fin d'office aux pourparlers est consacré. On peut lire en effet que : « *La décision ordonnant ou renouvelant la conciliation [ou la médiation] ou y mettant fin n'est pas susceptible d'appel* » ¹⁶⁵¹ . Le pouvoir du juge n'est cependant pas arbitraire : ainsi, dans le cadre de la médiation judiciaire, nous avons déjà signalé que la procédure de règlement des difficultés organisée chaque fois que le juge envisage de mettre éventuellement fin à la médiation est contradictoire ¹⁶⁵² .

2°. La fin des pourparlers consécutive à l'expiration du délai réglementaire

- ¹²² **476.Des pourparlers limités dans le temps** - Mais la fin des négociations peut encore résulter d'un autre événement, toujours extérieur à la volonté des parties : l'arrivée à expiration du délai dans lequel les parties sont parfois tenues de trouver une solution amiable à leur différend. Les procédures de conciliation et de médiation concernées sont de nouveau celles dont la conduite est confiée à un tiers. La mission du tiers est effectivement enfermée dans des délais très stricts : un mois au plus, renouvelable une seule fois dans un cas ¹⁶⁵³ ; trois mois au plus, renouvelables une seule fois dans l'autre ¹⁶⁵⁴ . La détermination de la durée octroyée aux

parties en vue de leur permettre de tenter de se rapprocher relève du pouvoir discrétionnaire d'appréciation du juge. La détermination de ce délai se fait en deux temps : une première durée initiale, plafonnée par les textes, est fixée par le juge laquelle peut être, dans un second temps, renouvelée pour une même durée si le tiers le demande ¹⁶⁵⁵ .

- ¹²³ **477.Expiration du délai réglementaire et conséquences** - Lorsque les parties ont consommé l'intégralité des délais qui leur ont ainsi été octroyés par le juge, le principe est que la procédure amiable prend fin, indépendamment du fait que les parties sont ou non parvenues à se concilier. Ainsi disposent les textes : « A l'expiration de sa mission, le médiateur informe par écrit le juge de ce que les parties sont ou non parvenues à trouver une solution au conflit qui les oppose » ¹⁶⁵⁶ . L'hypothèse d'une prorogation supplémentaire du délai, autrement dit d'un dépassement du plafond réglementaire autorisé, n'est pas envisagée. Une certitude, c'est qu'à défaut de dispositions en ce sens, les parties ne sauraient, de leur propre initiative, décider de prolonger la mission du tiers en vue de poursuivre plus longuement leurs négociations. En revanche, faut-il en conclure que le plafond s'impose aussi au juge et que, de ce fait, celui-ci ne peut pas d'office le proroger alors même qu'il estime que les parties sont véritablement sur le point de s'entendre et qu'à cette fin il ne leur manque que quelques semaines supplémentaires ? Il nous semble que cette question relève des pouvoirs de police de l'audience du juge et qu'à ce titre, le juge devrait pouvoir, fut-ce à titre exceptionnel, ne pas tenir compte du plafond réglementaire chaque fois qu'il considère que les négociations aux fins de conciliation sont véritablement prometteuses.

- ¹²⁴ **478.Prorogation du délai réglementaire par le juge** - Cette suggestion confirme l'idée selon laquelle la tenue de pourparlers en cours

d'instance ne suppose pas seulement que le principe de la liberté contractuelle s'adapte aux exigences du droit judiciaire privé mais également, que le droit judiciaire privé procède à quelques aménagements et en particulier, assouplisse certains de ses principes directeurs pour laisser place à la liberté contractuelle des parties ¹⁶⁵⁷. Ainsi, l'exigence selon laquelle les parties sont tenues « *d'accomplir les actes de procédure dans les formes et les délais requis* » ¹⁶⁵⁸ mérite ici d'être assouplie. Il serait en effet très regrettable que la réussite de pourparlers aux fins de conciliation soit compromise pour une simple question de délai... Pour cette raison, nous estimons que le juge devrait véritablement être maître de la durée des pourparlers et ne voir dans les délais réglementaires que des indicateurs de durée idéale, aménageables avec parcimonie selon que les négociations semblent vouées à l'échec ou bien au contraire promises au succès. C'est autrement dire que nous considérons que les dispositions relatives à la durée des pourparlers aux fins de conciliation ou de médiation devraient n'avoir un caractère impératif qu'à l'égard des parties, mais un caractère simplement supplétif à l'égard du juge.

- ¹²⁵ **479.Conclusion** – Que la fin des pourparlers soit consécutive à une décision du juge ou bien à l'expiration d'un délai réglementaire, elle échappe en tout état de cause à la volonté des parties et de ce fait, réduit leur liberté contractuelle sur ce point à néant. Cette solution est fondée sur le fait que de telles mesures sont à chaque fois guidées par des considérations relatives à la conduite de l'audience, considérations vis à vis desquelles la volonté des parties n'a aucune prise. Dans l'un et l'autre cas, les délais réglementaires comme le pouvoir discrétionnaire du juge sont destinés à éviter que les pourparlers judiciaires ne se prolongent immodérément et compromettent le bon déroulement de l'instance en cours.

- 126 Une manière pour les parties de recouvrer leur liberté contractuelle relativement à la durée de leurs négociations serait qu'elles obtiennent du juge qu'il ordonne le retrait de leur affaire du rôle (NCPC, art. 382). Dans ce cas, elles auraient effectivement toute la liberté de faire durer leurs pourparlers aussi longtemps qu'elles le désirent ¹⁶⁵⁹. Cependant, la contrepartie de cette liberté recouvrée sera une diminution des garanties processuelles de leurs pourparlers dont le déroulement ne fera plus l'objet de la même supervision judiciaire que s'ils avaient eu lieu en cours d'instance et non en marge de l'instance. Le seul contrôle dont pourront en effet bénéficier les parties sera un contrôle de leur accord au fond, *a posteriori* ¹⁶⁶⁰ et non plus un contrôle sur-le-champ de leur déroulement. Une telle remarque confirme alors notre sentiment que les atteintes à la liberté contractuelle des parties sont véritablement le *tribut à payer* pour pouvoir bénéficier de l'égide du juge.
- 127 Après le *moment*, voyons ce qu'il en est de la *manière* dont les parties peuvent mettre fin à leurs pourparlers.

B. Le constat de la fin

- 128 **480.Exigence d'un écrit** - Contrairement au principe de la liberté contractuelle des parties qui voudrait que celles-ci puissent mettre fin aux pourparlers précontractuels comme bon leur semble, certaines dispositions du nouveau code de procédure civile imposent aux parties de rendre compte de l'issue de leurs pourparlers dans un écrit. On rencontre principalement de telles obligations lorsque les pourparlers sont organisés de manière préalable à l'instance contentieuse. C'est le cas en matière de divorce, en matière prud'homale ainsi que devant le tribunal d'instance chaque fois que la direction des pourparlers est confiée à un conciliateur de justice.

- 129 Ainsi, en matière de divorce, les textes spécifient que si, à l'issue de la procédure de conciliation préalable, les parties sont parvenues à s'entendre sur certains points, ceux-ci doivent être consignés dans un procès-verbal ¹⁶⁶¹. De la même manière, en matière prud'homale, le bureau de conciliation est tenu de rendre compte de l'issue des négociations dans un procès-verbal ¹⁶⁶², que celles-ci aient débouché sur un accord, total ou partiel ou bien à l'inverse, n'aient pas permis le rapprochement des parties. En cas d'accord, il est prévu que le procès-verbal doit mentionner la teneur de celui-ci et le cas échéant préciser si l'accord a fait l'objet d'une exécution immédiate devant le bureau de conciliation ¹⁶⁶³. Lorsque persistent des points de désaccord, ceux-ci peuvent également être mentionnés dans le procès-verbal ou, à défaut, dans le dossier ¹⁶⁶⁴. Enfin, devant le tribunal d'instance, lorsque la procédure de conciliation est confiée à un conciliateur, il est également spécifié que « *En cas de conciliation, même partielle, le conciliateur établit un constat d'accord signé par les parties* » ¹⁶⁶⁵.
- 130 Dans chacune de ces hypothèses, la formalisation de l'accord dans un écrit n'est pas requise *ad validitatem*, mais simplement *ad probationem*. Elle vise, le plus souvent, à établir que les parties se sont bien acquittées du préalable de conciliation mis à leur charge par les textes et à les autoriser, à défaut d'accord, à poursuivre l'instance aux fins de jugement. Mais en cas d'accord portant sur l'intégralité des points litigieux, l'exigence de son constat dans un acte écrit consiste plutôt à préserver les intérêts privés des parties en leur permettant d'en avoir une trace en cas de litige portant sur l'interprétation ou l'exécution de l'accord.
- 131 **481. Conclusion du chapitre II** - L'encadrement normatif des procédures de conciliation et de médiation judiciaires en vue d'assurer leur compatibilité avec les exigences de la procédure civile

et, par voie de conséquences, de protéger les intérêts des parties qui y ont recours, emporte incontestablement limitation de la liberté contractuelle de ces dernières, notamment en ce qui concerne la détermination du contenu des contrats de pourparlers judiciaires. Ainsi, non seulement l'entrée des parties en pourparlers peut se voir conditionnée, sinon imposée, mais encore la conduite des négociations, leurs étapes, leur rythme ou leurs modalités d'extinction prédéterminés indépendamment de la volonté des parties.

- 132 Ce lien direct entre les multiples atteintes portées à la liberté contractuelle des parties et la sécurité juridique qui en découle nous autorise à affirmer que la limitation de la liberté contractuelle des parties est véritablement le « *tribut* » ¹⁶⁶⁶ à payer par les parties pour obtenir le respect de leurs droits fondamentaux, tant substantiels que formels.

CONCLUSION DU SOUS-TITRE II

- 133 **482.** De ces observations, nous déduisons que le dirigisme étatique des pourparlers judiciaires est en définitive guidé par une seule aspiration, celle à laquelle « *le droit tout entier* » ¹⁶⁶⁷ cherche à aboutir : « *la recherche du juste* » ¹⁶⁶⁸. Ce qui compte est finalement moins le moyen utilisé, contrat ou procès, que la solution à laquelle on aboutit : « *Règlement conventionnel des litiges ou intervention judiciaire dans le contrat, c'est toujours une certaine idée de la justice qui est à l'œuvre et, qu'elle soit administrée par le juge ou qu'elle le soit par les parties elles-mêmes, l'équité de la situation juridique née du contrat, l'équilibre des intérêts de chacun des contractants, est toujours au bout du chemin* » ¹⁶⁶⁹.

134 Le dirigisme contractuel est donc un procédé auquel ont eu recours les pouvoirs publics en vue de garantir que la solution amiable à laquelle parviendront les parties à l'issue de procédures de conciliation ou de médiation judiciaires, sera juste et équitable, car la procédure suivie pour y parvenir aura elle-même été juste et équitable. Sous cet angle, le dirigisme contractuel des pourparlers judiciaires apparaît comme clairement destiné à favoriser la cohabitation du conventionnel et du judiciaire, du consensualisme et du formalisme, dans une juste mesure, sans que l'un n'anéantisse l'autre, dans le respect mutuel de l'un et de l'autre. Conciliation et médiation judiciaires, en réalisant cette délicate alchimie, sont semble-t-il la preuve qu'il existe un point d'équilibre ¹⁶⁷⁰ entre les procédures purement formelles et les procédures purement consensuelles, entre le contrat et le procès, dans le respect des droits fondamentaux des particuliers.

NOTES

1427. Sur l'impossibilité d'étendre les principes directeurs du procès aux MARC, fussent-ils judiciaires : X. LAGARDE, *in* Droit processuel / droit commun du procès, *op. cit.*, n° 595 ; et nos développements *infra* n° 499 et s.

1428. X. LAGARDE, *in* Droit processuel / droit commun du procès, *op. cit.*, n° 595.

1429. J. VINCENT et S. GUINCHARD, Procédure civile, *op. cit.*, n° 534 ; L. CADIET, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 1100 ; G. COUCHEZ, J.-P. LANGLADE, D. LEBEAU, Procédure civile, *op. cit.*, n° 272 ; G. COUCHEZ, Procédure civile, *op. cit.*, n° 227 ; H. SOLUS et R. PERROT, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 77 et s. ; G. CORNU et J. FOYER, Procédure civile, *op. cit.*, n° 97 et s. ; J. HERON, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 207 et s. ; H. MOTULSKY, Prolégomènes pour un futur code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971, D. 1972, chron. 91 ; Ecrits, t. 1, Etudes et notes de procédure civile, p. 282, n° 12 et s., Dalloz, 1973.

1430. L. CADIET, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 916 (modes d'extinction unilatéraux) et n° 924 (modes d'extinction conventionnels).
1431. NCPC, art. 1.
1432. V. *supra* n° 263.
1433. NCPC, art. 131-6.
1434. NCPC, art. 131-6, al. 2.
1435. J. GHESTIN, La formation du contrat, *op. cit.*, n° 431 ; J. FLOUR, Quelques remarques sur l'évolution du formalisme, Etudes RIPERT, t. 1, p. 93 et suiv., spéc., n° 9, p. 101.
1436. NCPC, art. 831, 840 al. 2, 847 al. 2 et 847-3 al. 2.
1437. D. 78-381 du 20 mars 1978, art. 1^{er} al. 3.
1438. Le sort de la procédure de médiation en dépend.
1439. L. CADIET, Solution judiciaire et règlement amiable des litiges : de la contradiction à la conciliation, art. préc., p. 132, n° 16.
1440. NCPC, art. 131-6 al. 3.
1441. NCPC, art. 131-7 al. 3 *a contrario*.
1442. J.-P. BONAFE-SCHMITT, Les médiations : logiques et pratiques sociales, rapport de recherche réalisé avec le soutien du GIP Mission de recherche droit et justice, mai 2001, p. 78.
1443. Ch. JARROSSON, RGDP, 1998, n° 1, janv./mars, p. 163.
1444. Décisions inédites, V. Ch. JARROSSON, art. préc., RGDP 1998. 162.
1445. Pour cela, il conviendra tout d'abord au juge de fixer définitivement le montant de la rémunération du médiateur (NCPC, art. 131-13, al. 1^{er}) puis d'autoriser ce dernier à se faire remettre, jusqu'à due concurrence, les sommes consignées au greffe (NCPC, art. 131-13 al. 4). Dans l'hypothèse où les sommes consignées ne seraient pas du même montant que celui de la rémunération définitivement arrêtée par le juge, le versement de sommes complémentaires ou, inversement, la restitution de sommes consignées en excédent peut être ordonnée par le juge (NCPC, art. 131-13 al. 4). De son côté, le médiateur peut se faire délivrer un titre exécutoire s'il craint ou s'il rencontre des difficultés de paiement (NCPC, art. 131-13, al. 5). Précisons que la répartition entre les parties de la charge des frais de la médiation s'effectue « conformément aux dispositions de l'article 22 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 » (NCPC, art. 131-13 al. 3), autrement dit, soit selon la convention des parties, soit, à défaut d'accord entre elles, à parts égales, soit enfin, selon les proportions qu'aura décidé le juge s'il estime que la répartition à parts égales est inéquitable au regard de la situation économique des parties. Primauté est donc réservée à la répartition conventionnelle, le juge n'intervenant qu'à défaut d'accord entre les parties. Sur les modalités de la répartition de la charge des frais de la médiation entre les parties lorsque l'une d'elles bénéficie de l'aide juridictionnelle : V. L. 95 -125 du 8 février 1995, art. 22 al. 3.

1446. Sur la qualification de ces obligations de négociier en obligations de contracter, V. *supra* n° 191 et s.

1447. *Supra*, n° 190.

1448. B. TEYSSIE, La négociation collective, (L. n° 82-957 du 13 nov. 1982), JCP. G. 1983. II. 14065 ; J.-M. MOUSSERON, Technique contractuelle, *op. cit.*, n° 103 ; du même auteur, rapport introductif du congrès du Syncods, Montpellier 1984, Cahier du droit de l'entreprise, 1984, n° 5 ; J. BARTHELEMY, La négociation collective, JCP. E. 1987. 16837.

1449. J. CEDRAS, L'obligation de négociier, art. préc., n° 7, p. 272 : l'auteur compare cette loi avec la législation de l'Allemagne fédérale et spécialement avec la loi du 15 janvier 1972 relative à la « constitution de l'entreprise » bien plus avancée que notre système juridique interne. Cette loi dispose que dans certains domaines - discipline, horaires de travail, modalités de la paye, fixation des congés, règlement d'hygiène et de sécurité ...-les décisions concernant le personnel de l'entreprise doivent être prises en accord avec ses représentants : il existe en la matière « *une obligation de négociier, complétée par une obligation d'accord, assortie, en cas de désaccord, d'une conciliation obligatoire auprès d'un organisme paritaire de l'entreprise* ». Sur cette loi, SELIER, La fonction de négociation dans la codécision simple en Allemagne Fédérale, Rev. Dr. soc., 1974. 229 et suiv. ; RIVERO et SAVATIER, Droit du travail, 9^e éd. 1984, p. 322.

1450. Sur les conventions collectives de travail, V. J. GHESTIN, La formation du contrat, *op. cit.*, n° 87, qui les classe parmi la catégorie des contrats types ; Pour un parallèle en matière agricole : J. GHESTIN, *op. et loc. cit.* cite « *la loi du 6 juillet 1964 qui donne une base légale à un régime contractuel ayant pour objet d'organiser les rapports entre producteurs et acheteurs professionnels* ». V. également M. VASSEUR, Un nouvel essor du concept contractuel, RTDCiv. 1964. 5 et suiv., spéc., n° 10 et suiv.

1451. M. VASSEUR, Un nouvel essor du concept contractuel, art. préc., p. 12, n° 6.

1452. *Contra* : J. CEDRAS, L'obligation de négociier, art. préc., n° 10 : selon lequel les obligations légales de négociier la formation d'un contrat n'existeraient pas.

1453. Cass. soc., 29 janvier 1950, Bull. civ. III, n° 557.

1454. J. MESTRE, L'évolution du contrat en droit privé français, art. préc., p. 51 et suiv. : qui présente le contrat comme un instrument juridique de collaboration entre les parties.

1455. René PAUTRAT, Recueil Dalloz, V° Conseil de prud'hommes (Procédure), octobre 1994, n° 55.

1456. C. trav., art. R. 516-4.

1457. En témoigne le premier article du Livre cinquième du Code du travail consacré aux conseils de prud'hommes qui dispose : « *Les conseils de prud'hommes [...] règlent par voie de conciliation les différends qui peuvent s'élever [...]. Ils juges des différends à l'égard desquels la conciliation n'a pas abouti* » (C. trav., art. L. 511-1). La conciliation est donc le mode normal de règlement des conflits devant cette juridiction et le jugement, le mode d'exception.

1458. R. PAUTRAT, art. préc., n° 54 et suiv. ; H. SOLUS et R. PERROT, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 517.

1459. C. Civ., art. 252.

1460. Devant le conseil des prud'hommes et le tribunal paritaire de baux ruraux, la représentation est exceptionnellement consentie « *en cas de motif légitime* » (C. trav., art. R. 516-4). V. plus loin nos développements sur l'interprétation que fait la jurisprudence de cette exception : *infra* n°. Sur cette question, V. également H. SOLUS et R. PERROT, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 524 et suiv. A également été jugé que dans le cadre d'une procédure de divorce, un avocat pouvait néanmoins représenter une partie avant la tentative préalable de conciliation proprement dite, pour saisir le juge de moyens préalables relatifs à la compétence et à l'impossibilité pour son client de se présenter : Cass. civ. 1^{re}, 20 mars 1989, JCP. 1990. II. 21494, note BLAISSE.

1461. N. FRICERO, V°. Tribunal paritaire de baux ruraux, Rép. proc. civ., Dalloz, mars 1996, n° 114.

1462. L'assistance des parties est expressément autorisée devant le bureau de conciliation du conseil de prud'hommes (C. trav., art. R. 516-4 al. 2), devant le tribunal paritaire de baux ruraux (NCPC, art. 883 al. 2), ainsi qu'en matière de divorce (C. civ., art. 252 al. 2). Les personnes autorisées à assister les parties pendant les procédures de conciliation qui nous intéressent sont les mêmes que celles habilitées à les assister ou les représenter pendant la procédure contentieuse, à savoir, les personnes citées à l'article 828 du NCPC pour le tribunal d'instance et le tribunal paritaire de baux ruraux ; celles citées à l'article R. 516-5 du C. trav. pour le conseil de prud'hommes ou encore un avocat pour les procédures de divorce (NCPC, art. 751).

1463. On pense notamment aux procédures de conciliation préalable obligatoires organisées devant le tribunal d'instance lorsque l'instance est introduite à toutes fins ou aux fins de jugement.

1464. J.-P. VIENNOIS, L'amiable, art. préc., p. 482 et suiv. : pour cet auteur, « *Les mécanismes amiables [...] ne s'imposent pas : nul ne peut être contraint à un règlement amiable* », et d'ajouter que « *le caractère impératif attaché à certains traitements dits amiables n'est qu'apparent* ».

1465. B. BOUBLI, Conseils de prud'hommes, Procédure, Jcl. Procédure, fasc. 436, 1996, n° 16 et s. et n° 93 et s. D. BOULMIER, Médiation judiciaire déléguée à une tierce personne et instance prud'homale ; nie ou dénie de justice, art. préc., spéc. p. 196 et s.

1466. Cass. soc., 17 mars 1950, Bull. civ. III, n° 267 ; 21 janvier 1955, Bull. civ. IV, n° 62 ; Cass. soc., 7 mars 1957, Bull. civ. IV, n° 271.

1467. Cass. soc., 5 et 6 avril 1957, Bull. civ. IV, n° 445 et 446 ; 15 et 23 janvier 1959, JCP. 1959. G. II. 11055. Au regard de la distinction proposée précédemment entre ordre public de direction et ordre public de protection, il semble que l'on puisse ranger cette formalité substantielle parmi la catégorie des dispositions d'ordre public de protection : elle tend à

protéger le salarié en favorisant une solution amiable qui a des chances d'être plus équitable qu'une solution imposée.

1468. L. CADIET, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 1830 ; B. BOUBLI, art. préc., n° 82 et n° 95. Voir, cependant, Cass. soc., 12 déc. 2000, Gaz. Pal. 4-6 fév. 2001, pan. 19 : lorsque l'absence de conciliation préalable n'est pas due aux parties, il appartient à la cour d'appel de procéder à la tentative de conciliation.

1469. V. notre définition *supra* n° 397.

1470. Cass. soc., 28 mai 1974, Bull. civ. V, n° 331; 20 oct. 1976, Bull. civ. V, n° 508.

1471. Cass. soc., 20 nov. 1968, Bull. civ. V, n° 515.

1472. Cass. 28 mai 1974 préc. et 20 oct. 1976 préc.

1473. Cass. soc., 29 janvier 1950, Bull. civ. III, n° 557.

1474. D. BOULMIER, Médiation judiciaire déléguée à une tierce personne et instance prud'homale ; nie ou dénie de justice, art. préc., spéc. p. 198.

1475. Cass. soc., 6 juillet 1978, Bull. civ. V, n° 577; Cass. soc., 8 nov. 1994, D. 1994, IR. 266.

1476. C. trav., art. R. 516-4. Cass. soc., 11 oct. 1972, Bull. civ. V, n° 539.

1477. Depuis quelques années, la jurisprudence tend à assouplir considérablement son exigence de l'existence d'un motif légitime lorsque l'une des parties est représentée par un avocat : V. Cass. soc., 17 déc. 1987, Caritey c./ Boyer ; Cass. soc., 11 déc. 1991, Cah. Soc. Barreau, 1992, S. 17, p. 27 ; Cass. soc., 22 janvier 1998, Juris-Data n° 000466, arrêt dans lequel la Cour déclare que « *en acceptant que la société soit représentée par un avocat, la cour d'appel a implicitement admis l'existence d'un motif légitime justifiant la non-comparution du mandataire social* ». Plus généralement, sur l'appréciation que font les conseillers prud'hommes de l'existence d'un motif légitime, V. B. BOULI, art. préc., n° 25 et suiv.

1478. C. trav., art. R. 516-16.

1479. Sur ces questions, V. : Y. DESDEVISES, Comparution en personne et représentation des parties en matière prud'homale, Dr. Soc. 1985. 504 ; A. SUPLOT, Codicille sur la caducité, Dr. Soc. 1986. 240 ; R. PAUTRAT, préc., n° 89 et suiv. ; L. CADIET, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 1832 ; G. COUCHEZ, J.-P. LANGLADE, D. LEBEAU, Procédure civile, *op. cit.*, n° 649.

1480. Ce principe est défini à l'article R. 516-1 du code du travail : « *Toutes les demandes dérivant du contrat de travail entre les mêmes parties doivent, qu'elles émanent du demandeur ou du défendeur, faire l'objet d'une seule instance [...]* ». Il signifie que toutes les prétentions des parties doivent être formulées dans le cadre d'une seule et même instance ; en d'autres termes, qu'une fois l'instance éteinte, les parties ne peuvent en principe plus saisir de nouveau la juridiction prud'homale pour lui soumettre de nouvelles demandes relatives au même contrat de travail. Pour reprendre les termes d'un auteur – R. PAUTRAT, préc., n° 43 – le principe de l'instance unique signifie que « *Sous réserve de certains tempéraments, l'extinction de l'instance entraîne extinction du droit d'agir en justice* » relativement au même contrat de travail. V. également sur cette question : Y. DESDEVISES, Dispositions communes à toutes les juridictions et procédure prud'homale : deux illustrations, Dr. Soc. 1986. 143 ;

Mme BENAMARA-BOUAZIZ, La caducité des demandes en matière prud'homale, Dr. Ouvrier 1985, p. 1 et s. ; R. PERROT, RTDCiv. 1987. 587, spéc. § I ; R. PAUTRAT, préc., n° 43 et suiv. ; H. SOLUS et R. PERROT, *op. cit.*, n° 536 et suiv. et spéc. n° 538 et s. ; B. BOUBLI, art. préc., n° 51 et suiv. ; G. COUCHEZ, J.-P. LANGLADE, D. LEBEAU, Procédure civile, *op. cit.*, n° 625 et s.

1481. R. PERROT, RTDCiv. 1987. 597, obs. s./ Cass. soc. 14 mai 1987, également à la JCP. 1987. G. IV. 244 et Gaz. Pal. 1987. Pan. 189.

1482. Sauf à ce qu'à l'occasion de la seconde audience de conciliation, le demandeur ne compareaisse pas de nouveau « *par suite d'un cas fortuit* » (C. trav., art. 516-16).

1483. G. COUCHEZ, J.-P. LANGLADE, D. LEBEAU, Procédure civile, *op. cit.*, n° 650.

1484. C. trav., art. R. 516-17 al. 1^{er}.

1485. C. trav., art. R. 516-17 al. 2.

1486. C. trav., art. R. 516-17 al. 3.

1487. La notification de la convocation au défendeur par lettre recommandée du secrétariat avec demande d'avis de réception ou bien par acte d'huissier aux frais du demandeur n'est prévue que lorsque la non-comparution du défendeur a résulté du fait qu'il n'avait pas été informé de la tenue de la première audience (C. trav., art. R. 516-17 al. 3).

1488. C. trav., art. R. 516-17 al. 4.

1489. R. PAUTRAT, préc., n° 91.

1490. C. civ., art. 251 ; V. par exemple, MARTY et RAYNAUD, Droit Civil, Les personnes, 3^e éd, Sirey, 1976, n° 295 et s. ; On a discuté sur le caractère préliminaire ou non de la tentative préalable de conciliation en matière de divorce pour faute ou rupture de la vie commune : en faveur de l'affirmative, V. TGI Nanterre, 9 janvier 1976, D. 1976, somm. 81 ; *contra* : J.-Cl. GROSLIERE, Rép. proc. civ. Dalloz, V° Divorce, 1984, n° 236.

1491. Cass. civ. 2^e, 23 mai 1966, Bull. II, n° 610.

1492. Cass. civ., 22 octobre 1941, Gaz. Pal. 1942. I. 28.

1493. J.-Cl. GROSLIERE, art. préc., n° 235.

1494. NCPC, art. 122.

1495. V. notre définition *supra* n° 392.

1496. NCPC, art. 123.

1497. NCPC, art. 125.

1498. C. civ., art. 252 al. 2.

1499. En revanche, il est admis qu'un avocat puisse représenter son client *avant* la tentative préalable de conciliation proprement dite, pour saisir le juge de questions relatives à sa compétence ou bien relatives à l'impossibilité de déférer à la convocation : CA Paris, 6 mai 1988, D. 1988, IR, 156 ; Rejetant le pourvoi contre cet arrêt, Cass. Civ. 2^e, 20 mars 1989, Bull. civ. II, n° 83 et JCP. 1990. II. 21494, note A. BLAISSE. V. P. JULIEN et J.-F. RENUCCI, Jcl. proc., fasc. 910-2, V° Divorce, Procédure jusqu'au prononcé définitif du divorce ou de la séparation de corps, 1995, n° 23 ; J.-Cl. GROSLIERE, art. préc., n° 247.

1500. J.-Cl. GROSLIERE, art. préc., n° 245.

1501. NCPC, art. 1110.

1502. NCPC, art. 1111 ; Dans le même sens, J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *Traité de droit civil, La famille, Dissolution de la famille, op. cit.*, n° 340, p. 295.

1503. GROSLIERE, art. préc., n° 256.

1504. Autrement dit, fondée sur un motif légitime.

1505. NCPC, art. 1110 al. 2.

1506. En ce sens, A. BENABENT, *Droit civil, La famille*, 10^e éd., Litec, 2001, n° 263.

1507. Plus exactement, à l'autorisation de poursuivre l'instance aux fins de divorce contentieux, *via* un permis de citer que le juge délivre à l'époux requérant.

1508. NCPC, art. 1111 al. 2.

1509. NCPC, art. 1111 al. 3 ; La faculté laissée au juge d'ordonner des mesures provisoires dès ce stade de la procédure conduit un certain nombre d'auteurs à considérer que la tentative préalable de conciliation fait partie intégrante de l'instance contentieuse aux fins de divorce et n'en constitue pas un préalable purement autonome et indépendant. En ce sens, GROSLIERE, art. préc., n° 236.

1510. C. civ., art. 252 al. 3.

1511. J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *Dissolution de la famille, op. cit.*, n° 340, p. 295.

1512. C. civ., art. 251 al. 1^{er} *in fine*.

1513. C. civ., art. 252-1 al. 1^{er}.

1514. C. civ., art. 252-1 al. 2.

1515. Avant la réforme du nouveau code de procédure civile. V. D. n° 59-1293 du 22 déc. 1958, art. 14. Sur l'historique du tribunal paritaire de baux ruraux, V. par ex. : R. GENIN-MERIC, J.-Cl. proc. civ., V° Tribunal paritaire de baux ruraux, fasc. 453, 1994, n° 1 et suiv. et fasc. 455, n° 1 et suiv., spéc. n° 8 ; H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 600 et suiv. ; R. LE MOAL, *Rép. proc. civ.*, Dalloz, V° Tribunaux paritaires de baux ruraux, 1996, n° 125.

1516. Etait-il interruptif de prescription ? V. R. GENIN-MERIC, fasc. 455 préc., n° 8 et la jurisprudence citée par MM. H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 608 et spéc. notes en bas de page n° 3.

1517. Plus généralement, V. SOLUS, *Le problème de l'unification de la procédure civile*, D. 1975, chron., p. 45 et suiv.

1518. Cass. civ. 3^e, 15 février 1978, Bull. civ. III, n° 83.

1519. A tort, à notre avis : V. R. LE MOAL, art. préc., n° 127 et suiv. et R. GENIN-MERIC, fasc. 455 préc., n° 55 et suiv.

1520. Cass. soc., 31 mai 1957, Bull. civ. IV, n° 630 ; Cass. soc., 29 janv. 1959, Bull. civ. IV, n° 805 ; Cass. civ. 3^e, 18 juin 1969, Bull. civ. III, n° 489.

1521. Cass. soc., 18 oct. 1961, Bull. civ. IV, n° 860.

1522. V. par ex. Cass. soc. 31 mai 1957 préc. : « Attendu que la nullité résultant de l'omission de la tentative de conciliation doit être proposée *in limine litis* » ; ou encore, Cass. soc., 25 juin 1959, préc. : « attendu que la nullité résultant de l'omission de la tentative de conciliation n'est pas d'ordre public et doit être proposée *in limine litis* ».

1523. NCPC, art. 122.

1524. V. par ex. Cass. soc. 18 juin 1969 préc. : « l'accomplissement de cette formalité n'étant pas d'ordre public, son omission, qui doit être soulevée avant toute défense au fond ... ».

1525. Préc.

1526. NCPC, art. 126.

1527. R. GENIN-MERIC, fasc. 455 préc., n° 13.

1528. NCPC, art. 883 al. 1^{er}.

1529. Parmi celles exhaustivement indiquées à l'article 884 du nouveau code de procédure civile : V. sur cette question R. LE MOAL, art. préc., n° 119 et suiv. et la jurisprudence citée ; ainsi que R. GENIN-MERIC, fasc. 455 préc., n° 26 et suiv.

1530. NCPC, art. 883 al. 1^{er}.

1531. R. LE MOAL, art. préc., n° 118 et la jurisprudence citée ; R. GENIN-MERIC, fasc. 455 préc., n° 23 et suiv.

1532. NCPC, art. 887 al. 3.

1533. NCPC, art. 888 al. 1^{er}.

1534. NCPC, art. 888 al. 2.

1535. Rappelons que depuis l'avènement du nouveau code de procédure civile, les parties n'ont plus à introduire une nouvelle instance aux fins de jugement en cas de non-conciliation. La procédure ayant été unifiée devant le tribunal paritaire de baux ruraux, le même acte introductif d'instance vaut aussi bien pour la tentative de conciliation que pour l'instance au fond, laquelle s'ouvre automatiquement si la première ne met pas fin à l'entier litige.

1536. Cass. civ. 3^e, 15 février 1978 préc., Gaz. Pal. 1978, pan. 168 et JCP. 1978. IV. 125 ; Civ. 23 mai 1966, Bull. civ. II, n° 610, préc.

1537. V. *supra* n° 39 et s.

1538. Sur cette question, V. H. SOLUS et R. PERROT, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 608 et 614. L'article 14 du décret n° 58-1293 du 22 décembre 1958 prévoyait effectivement la possibilité de condamner la partie défaillante au paiement d'une amende de 2000 francs. Cette sanction particulière a été supprimée lorsque le préalable de conciliation a été intégré à l'instance aux fins de jugement.

1539. C. civ., art. 1442.

1540. V. *supra*, n° 231 et s., 137, 240 et 242 et s.

1541. Le principe en la matière est « l'absence de procédure de négociation » : V. J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, L'avant-contrat, *op. cit.*, n° 171 et s.

1542. J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, L'avant-contrat, *op. cit.*, n° 170.
1543. J. SCHMIDT-SZALEWSKI, La période précontractuelle en droit français, art. préc., RIDC. 1990. 546, note 6 ; J. CEDRAS, L'obligation de négocier, art. préc., p. 273.
1544. J. MESTRE, L'évolution du contrat en droit privé français, art. préc., p. 48.
1545. J. HUET, Les principaux contrats spéciaux, 2^e éd., dir. J. GHESTIN, LGDJ, 2001, n° 22506 et suiv.
1546. A. BENABENT, Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux, 5^e éd., 2001, Domat, Montchrestien, n° 833 et s.
1547. F. COLLART-DUTILLEUL, Ph. DELEBECQUE, Contrats civils et commerciaux, Précis Dalloz, 5^e éd., 2001, n° 845.
1548. Les loi n° 78-22 du 10 janvier 1978 (dite loi *Scrivener*) et du 13 juillet 1979, à l'origine des articles L. 311-1, L. 312-2 et s. et L. 313-3 et s..
1549. F. COLLART-DUTILLEUL, Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 872 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, Droit civil, Contrats spéciaux, par P.-Y. GAUTIER, 14^e éd., 2001/2002, Cujas, n° 954 et s. ; J. HUET, Les principaux contrats spéciaux, *op. cit.*, n° 22518 et s.
1550. J. MESTRE, Les procédures préalables institutionnalisées, art. préc., p. 33.
1551. J. MESTRE, Les procédures préalables institutionnalisées, art. préc., p. 35.
1552. F. COLLART-DUTILLEUL, Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 873 pour le crédit mobilier, n° 877 pour le crédit immobilier ; J. HUET, Les principaux contrats spéciaux, *op. cit.*, n° 22516.
1553. F. COLLART-DUTILLEUL, Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 874 pour le crédit mobilier, n° 877 pour le crédit immobilier.
1554. Ph. MALAURIE et L. AYNES, Droit civil, Contrats spéciaux, par P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 954.
1555. J. MESTRE, Les procédures préalables institutionnalisées, art. préc., p. 33.
1556. Ph. MALAURIE et L. AYNES, Droit civil, Contrats spéciaux, par P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 954.
1557. J. HUET, Les principaux contrats spéciaux, *op. cit.*, n° 22519.
1558. J. MESTRE, Les procédures préalables institutionnalisées, art. préc., p. 35 ; F. COLLARTDUTILLEUL, Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 877, pour le crédit immobilier.
1559. J. MESTRE, *op. et loc. cit.* ; F. COLLART-DUTILLEUL, Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 876.
1560. F. COLLART-DUTILLEUL, Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 845.
1561. Sur cette question, par exemple, G. RIPERT, R. ROBLOT, Traité de droit commercial, t. 1, vol. 1, par L. VOGEL, 18^e éd., 2001, LGDJ, n° 718, p. 576 et suiv. ; J. HUET, Les principaux contrats spéciaux, *op. cit.*, n° 11164 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, Droit civil, Contrats spéciaux, par P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 100.
1562. V. Loi du 22 décembre 1972.

1563. V. J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, PUF, Thémis, droit privé, 2001, p. 69 : l'auteur associe le formalisme et la sécurité juridique à la complexité et la lenteur des procédures ; inversement, la simplicité et la rapidité de la procédure, qui ne seraient envisageables que sans formalisme, s'accompagneraient nécessairement d'une absence de garanties pour les plaideurs.

1564. L'assouplissement des principes directeurs du procès sera envisagé dans notre seconde partie, V. *infra* n° 499 et s.

1565. C. civ., art. 252.

1566. NCPC, art. 840, 847 et 847-3.

1567. C. trav., art. R. 516-13.

1568. NCPC, art. 887, al. 1^{er}.

1569. NCPC, 1074, 1108 et suiv. ; C. civ., art. 252 à 252-2.

1570. NCPC, art. 832, 840, 847 et 847-3.

1571. NCPC, art. 131-1.

1572. Sur le profil du médiateur, V. *infra* n° 581 et s. et NCPC, art. 131-4 et suiv.

1573. Les conditions à remplir, pour le médiateur, sont énoncées à l'article 131-5 NCPC ; celles mises à la charge du conciliateur de justice, le sont à l'article 2 du décret n° 78-381 du 20 mars 1978. Sur la déontologie et les qualités personnelles de ces tiers, V. nos développements *infra*, n° 558 et s.

1574. V. *infra* n° 584.

1575. Telle est la règle de principe : NCPC, art. 128 ; règle confirmée parfois par des dispositions particulières : NCPC, art. 1107 en matière de divorce ; C. trav., art. R. 516-10 en matière prud'homale.

1576. S. GUINCHARD, *Mega Nouveau code de procédure civile*, 2001, Dalloz, note 019 sous art. 383, dans laquelle l'auteur explique la différence de régime existant entre le retrait du rôle et la demande de renvoi. L'auteur précise ainsi que si la demande de retrait du rôle lie le juge, c'est parce qu'elle a trait à la police de l'instance, qui « *appartient aux parties et à elles seules* ». En revanche, la demande de renvoi ne saurait lier le juge car elle a trait à la police de l'audience, laquelle relève des pouvoirs discrétionnaires du juge.

1577. NCPC, art. 131-7 al. 3 ; 832-3.

1578. NCPC, art. 832-3.

1579. P. ESTOUP, *L'offre judiciaire d'amicable composition...*, art. préc., p. 270 ; G. PLUYETTE, *De la médiation judiciaire*, Bulletin du Bâtonnier, préc., p. 5.

1580. En ce sens, V. E. SERVERIN, *Quels lieux pour la médiation civile en Europe ?*, art. préc., p. 17 : « *Pour les médiations antérieures au procès, l'avantage semblerait toujours assuré dans la mesure où l'arrangement obtenu permettrait d'éviter tant la durée du procès que le coût de la procédure* ».

1581. R. TUDELA, *Pour un déplacement du lieu de règlement des conflits en amont de l'institution judiciaire : la conciliation préalable*, Gaz. Pal. 1996. 696 et suiv. ; A. LORIEUX, *De*

la recherche préalable de l'accord à l'efficacité du procès civil, Gaz. Pal. 1996. 1268 et suiv.

1582. A. LORIEUX, De la recherche préalable..., art. préc., p. 1269.

1583. Pour une atténuation de cette affirmation et la remise en cause de l'intérêt de recourir à une conciliation préalablement au procès lorsque celle-ci est payante ou bien lorsque, pour le litige concerné, il existe des procédures rapides, peu coûteuses et efficaces telles que l'injonction de payer, particulièrement adaptée lorsque le litige porte sur des règlements de créances. V. E. SERVERIN, Quels lieux pour la médiation civile en Europe ?, art. préc., p. 18.

1584. G. PLUYETTE, La médiation judiciaires, art. préc., Gaz. Pal. 1998. 705.

1585. G. PLUYETTE, *op. et loc. cit.*

1586. G. PLUYETTE, *op. et loc. cit.*

1587. Lesquelles ne peuvent en tout état de cause excéder six mois : NCPC, art. 131-3.

1588. Bulletin du bâtonnier, n° spécial médiation, octobre 1998, préc., p. 4 et suiv. ; G. PLUYETTE, La médiation judiciaire, Gaz. Pal. 1998. 705 ; B. BLOHORN-BRENNER, La médiation judiciaire, vers un nouvel esprit des lois ?, Gaz. Pal. 1998. 821 et s. ; Une année de médiation judiciaire devant la chambre sociale de Grenoble, bilan et perspectives, Gaz. Pal. 1999. 150 ; La médiation judiciaire dans les conflits individuels du travail, une initiative et une expérience grenobloise, Gaz. Pal. 1998. 166.

1589. L'expérience fut d'abord menée au sein des chambres sociales des cours d'appel de Paris et de Grenoble. Dans un second temps, l'expérience fut étendue à certaines de leurs chambres commerciales et civiles. Enfin, dans un troisième temps, ce sont d'autres juridictions du ressort de ces cours d'appel qui ont décidé de mener ces expériences. V. G. PLUYETTE, *in* Médiations judiciaires, Témoignages de praticiens avertis, Rapport de recherche du CEMARC, Université de Paris II, Panthéon-Assas, 1999, p. 174

1590. V. Bulletin du bâtonnier, n° spécial Médiation, octobre 1998, p. 6.

1591. Ces injonctions sont autorisées en application de protocoles d'accord établis d'un commun accord entre le Barreau et les juridictions, destinés à assurer que les affaires soient en l'état d'être jugées le jour de l'audience des plaidoiries. A cette fin, environ sept mois avant la date des plaidoiries, les présidents de chambre enjoignent aux conseils et avoués de conclure dans les délais qui leur ont été impartis s'ils ne l'ont pas encore fait, ou encore de communiquer ou de produire leurs pièces, V. G. PLUYETTE, *in* Médiations judiciaires, Témoignages de praticiens avertis, rapp. préc., p. 178.

1592. Sur cette notion, V. *infra* n° 522.

1593. Parce que sont en cause des parties amenées à poursuivre des relations dans le temps pour des raisons de proximité géographique, professionnelle ou familiale.

1594. B. BLOHORN-BREUNNER, La médiation judiciaire en matière prud'homale, le protocole d'accord et la décision d'homologation, D. 2001. 253.

1595. NCPC, art. 20, 181 et 764.

1596. NCPC, art. 184 et s.

1597. B. FAUCHER, La conciliation, thèse Paris II, 1980, dactyl., p. 332 ; V. *supra*, n° ; P. COUV RAT et G. GIUDICELLI-DELAGE, art. préc., J.-Cl. proc. civ., fasc. 160, n° 89.

1598. On rappellera à ce titre que sous l'empire de l'ancien code de procédure civile (art. 80), la conciliation était expressément présentée comme l'une des finalités de l'audition et de la comparution personnelle des parties. Ainsi était-il disposé : « *Le juge chargé de suivre la procédure aura la faculté, jusqu'à l'ouverture des débats, d'entendre les parties [...] et de tenter de les concilier* ». Cette faculté fut ensuite conférée au juge des mises en état et au juge rapporteur par le décret du 13 octobre 1965, qui précisait alors que l'audition des parties devait avoir lieu « *totale ment ou partiellement en présence de leurs conseils ou ceux-ci appelés* » (C. proc. civ., art. 81-3). Cet ajout fut considéré par certains auteurs comme « *une petite innovation pour faciliter la conciliation* ». Le nouveau code de procédure civile n'a pas repris cette disposition et prévoit seulement que les avocats seront présents ou appelés (NCPC, art. 191). Sur ces questions : V. P. COUV RAT et G. GIUDICELLI-DELAGE, art. préc., n° 52 et 53 ; VIATTE, Magistrat chargé de suivre la procédure et magistrat de la mise en état, Gaz. Pal. 1973. 155 ; B. FAUCHER, La conciliation, th. préc., p. 335.

1599. B. FAUCHER, La conciliation, th. préc., p. 330.

1600. NCPC, art. 160.

1601. B. FAUCHER, La conciliation, th. préc., p. 330.

1602. Cass. civ. 1^{ère}, 27 février 1985, Gaz. Pal. 1985. Pan. 204, obs. GUINCHARD et MOUSSA (solution implicite).

1603. L'article 131-1 du nouveau code de procédure civile ; V. *supra* n° 274.

1604. A. LACABARATS, Le juge des référés et la médiation, Bulletin du bâtonnier, n° spécial Médiation, préc., p. 7.

1605. A. LACABARATS, *op. et loc. cit.*

1606. MARTZLOFF, L'équité devant le juge civil français, in Justice, médiation et équité, La documentation française, 1991, p. 60.

1607. En effet, les avocats ayant plaidé ou étant sur le point de plaider, les dossiers ayant été déposés et sachant que la décision de justice sera rendue dans les quatre ou six semaines suivantes, il est peu fréquent que les parties aient le courage de se lancer dans de nouvelles négociations qui risquent retarder l'issue du litige, en cas d'échec, à six ou huit mois. V. sur ce point l'allocution de M. le Président G. PLUYETTE, in Médiations judiciaires, Témoignages de praticiens avertis, préc., p. 177.

1608. NCPC, art. 20.

1609. NCPC, art. 8, 13 et 442.

1610. MARTZLOFF, *op. cit.*, p. 61.

1611. G. PLUYETTE, Bulletin du Bâtonnier, préc., p. 5.

1612. NCPC, art. 128 pour le juge, 131-7 pour le médiateur (de manière implicite), 832-3 pour le conciliateur de justice.

- 1613.** D. PEYRAT, La loi du 18 décembre 1998 et le décret du 19 octobre 2001, Des normes pour la justice de proximité, Gaz. Pal. 2002, 3-5 mars, doctr. p. 3 et s. ; L. CADIET, JCP. G. 2002. I. 132, n° 2 ; M. LINDEPERG (dir.), Médiation et conciliation de proximité, rapport préc., p. 73 et suiv. ; P. BOUCHET (dir.), La réforme de l'accès au droit et à la justice, rapport préc., p. 40 et suiv. ; A. WYVEKENS, La justice de proximité en France, politique judiciaire de la ville et interrogations sur la fonction de justice, *in* La justice de proximité en Europe, pratiques et enjeux, Erès, 2001, p. 17 et s.
- 1614.** D. 1999. Lég. 71 et spéc. p. 73.
- 1615.** COJ, art. L. 7-12-1-1 : « *Il peut être instituées des maisons de justice et du droit, placées sous l'autorité des chefs du tribunal de grande instance dans le ressort duquel elles sont situées. Elles assurent une présence judiciaire de proximité et concourent à la prévention de la délinquance, à l'aide aux victimes et à l'accès au droit. Les mesures alternatives de droit pénal et les actions tendant à la résolution amiable des litiges peuvent y prendre place* ».
- 1616.** D. PEYRAT, La loi du 18 décembre 1998 et le décret du 19 octobre 2001, Des normes pour la justice de proximité, art. préc., p. 3.
- 1617.** Gaz. Pal. 2001, bull. lég. 2001, p. 56 : créant les articles R. 7-12-1-1 et suivants dans le COJ.
- 1618.** D. PEYRAT, La loi du 18 décembre 1998 et le décret du 19 octobre 2001, Des normes pour la justice de proximité, p. 4.
- 1619.** D. PEYRAT, La loi du 18 décembre 1998 et le décret du 19 octobre 2001, Des normes pour la justice de proximité, p. 3.
- 1620.** P. BOUCHET (dir.), La réforme de l'accès au droit et à la justice, rapport préc., p. 42.
- 1621.** C. civ., art. 252 al. 1^{er}.
- 1622.** C. civ., art. 252 al. 2.
- 1623.** C. civ., art. 252-1.
- 1624.** C. trav. R. 516-13.
- 1625.** Bull. civ. V, n° 135 ; D. 2000. 537, note Savatier ; RJS 2000. 389, n° 565 ; Dr. soc. 2000. 661, obs. KELLER.
- 1626.** Sur cette question : R. MOREL, Le contrat imposé, *in* Le droit français privé au milieu du vingtième siècle, Etudes offertes à G. RIPERT, t. II, 1950, LGDJ, p. 116 et suiv. ; P. DURAND, La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel, RTDCiv. 1944. 73 et suiv. ; J. GHESTIN, La formation du contrat, *op. cit.*, n° 159 et suiv. ; H., L. et J. MAZEAUD, F. CHABAS, Obligations, *op. cit.*, n° 30 et 121 ; F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, Les obligations, *op. cit.*, n° 35 et 195.
- 1627.** V. *supra* n° 301 et s. pour la juridictionnalisation ; n° 330 et s. pour la judiciarisation.
- 1628.** Sur la plupart desquelles nous reviendrons plus en détail ultérieurement. V. *infra* n° 499 et s.
- 1629.** NCPC, art. 131-3 et 832.
- 1630.** NCPC, art. 131-9 et 131-11, 832-5 et 832-7.

- 1631.** NCPC, art. 131-8 et 832-4.
- 1632.** NCPC, art. 131-14 et 832-9.
- 1633.** NCPC, art. 131-10 et 832-6 al. 3.
- 1634.** NCPC, art. 131-10, al. 3.
- 1635.** NCPC, art. 131-10 al. 4 : « A cette audience, le juge, s'il met fin à la mission du médiateur, peut poursuivre l'instance ».
- 1636.** V. *infra* n° 476 et s.
- 1637.** V. par exemple l'article 780 du nouveau code de procédure civile.
- 1638.** NCPC, art. 2.
- 1639.** NCPC, art. 3.
- 1640.** NCPC, art. 131-8 et 832-4.
- 1641.** NCPC, art. 131-14 et 832-9.
- 1642.** V. *infra* n° 642 et s.
- 1643.** Sur la portée de l'obligation de confidentialité en cours de pourparlers judiciaires, V. nos développements *infra* n° 516 qui accompagnent le commentaire de l'arrêt rendu par le TGI de Paris le 19 janvier 1999.
- 1644.** Pour des exemples de ruptures brutales ou fautives, V. J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL, D. MAINGUY, L'avant-contrat, *op. cit.*, n° 96 et suiv. ; V. également nos développements *infra* n° 555 et s.
- 1645.** V. *infra* n° 527 et s.
- 1646.** Autrement dit, les procédures organisées aux articles 131-1 et suiv. et 832 et suiv. du nouveau code de procédure civile.
- 1647.** NCPC, art. 131-10 al. 2 ; 832-6 al. 2.
- 1648.** Un tel pouvoir du juge est alors à rapprocher de celui que lui confère l'article 780 du nouveau code de procédure civile et en vertu duquel il peut, d'office, clôturer l'instruction si l'un des avocats n'a pas rempli les actes de procédure dans les délais impartis et ce faisant, retarde le cours de l'instance toute entière.
- 1649.** NCPC, art. 3.
- 1650.** NCPC, art. 3.
- 1651.** NCPC, art. 131-15 pour la médiation, et 832-10 pour la conciliation.
- 1652.** V. *supra* n° 467.
- 1653.** NCPC, art. 832.
- 1654.** NCPC, art. 832.
- 1655.** NCPC, art. 131-3 et 832.
- 1656.** NCPC, art. 131-11 ; pour la procédure de conciliation judiciaire, V. art. 832-7 al. 1^{er} : « A l'expiration de sa mission, le conciliateur informe par écrit le juge de la réussite ou de l'échec de la tentative préalable de conciliation ».
- 1657.** Sur l'aménagement des principes directeurs du procès, V. *infra* n° 499 et s.
- 1658.** NCPC, art. 2.

1659. Dans la limite toutefois du délai de péremption qui, rappelons-le, continue de courir même après retrait du rôle.

1660. Et encore, dans la limite des voies de recours autorisées par la loi si, par exemple, leur accord est une transaction.

1661. NCPC, art. 1111.

1662. C. trav., art. R. 516-13 et suiv.

1663. C. trav., art. R. 516-14.

1664. C. trav., art. R. 516-15.

1665. NCPC, art. 832-7 al. 1^{er}.

1666. L'expression est de Ch. JARROSSON, La notion d'arbitrage, préc., n° 372.

1667. Ch. JARROSSON, Le principe de la contradiction s'applique-t-il à la médiation ?, art. préc., p. 766.

1668. Ch. JARROSSON, Le principe de la contradiction s'applique-t-il à la médiation ?, *op. et loc. cit.*

1669. L. CADIET, Une justice contractuelle, l'autre, art. préc., p. 192.

1670. J.-L. BERGEL, Méthodologie juridique, *op. cit.*, p. 70.

Conclusion du titre II

- ¹ **483.** L'étude des MARC en général, et des pourparlers judiciaires en particulier, sous le prisme du dirigisme contractuel nous a permis de mettre en exergue la part publique de ces contrats et les incidences que cette dernière pouvait avoir sur leur part purement privée. La part publique des contrats de pourparlers aux fins de conciliation ou de médiation, indépendamment du contexte judiciaire ou non-judiciaire dans lequel ceux-ci sont amenés à être exécutés, s'illustre pratiquement toujours de la même manière : elle consiste en la prédétermination du contenu des contrats considérés de manière impérative, par voie de contrats-types réglementaires, ce qui ôte aux parties toute faculté de négociation préalable des éléments essentiels de ces contrats. Les parties n'ont d'autre liberté que d'adhérer en bloc au modèle de contrat proposé ou de refuser d'y adhérer, sans possibilité de discuter. Parfois, ce n'est plus seulement le contenu du contrat qui est réglementé, mais également ses modalités de formation : les parties doivent accomplir diverses formalités pour exprimer valablement leur volonté. Quelle que soit sa forme et son contexte, le dirigisme étatique des pourparlers aux fins de conciliation ou de médiation est toujours guidé par la même aspiration : garantir, par leur encadrement juridique, l'équité des modes amiables de règlement des conflits, en vue de garantir l'équité de l'accord qui en résultera.

- 2 Cette réunion du privé et du public, de la convention et du règlement au sein de mêmes actes juridiques donne alors naissance à des actes de nature hybride. Mi-norme, mi-contrat, les contrats-types réglementaires aux fins de conciliation ou de médiation, et les pourparlers judiciaires en particulier, ne participent pas seulement du phénomène d'osmose du procès et du contrat dont nous avons fait état précédemment ¹⁶⁷¹ ; ils témoignent également du développement d'un pouvoir normatif à tendance contractuelle, à mi-chemin entre le « tout juridique » et le « tout contractuel », qui bénéficie à la fois de la souplesse du contrat et de la rigueur du règlement.
-

NOTES

1671. V. *supra* n° 11 et s.

Conclusion de la première partie

- 1 **484.** Cette première partie nous a donné l'occasion d'asseoir la nature contractuelle des procédures de conciliation et de médiation judiciaires. Plus que de procédures, on est en présence de contrats et spécialement, de contrats de pourparlers judiciaires. Leur emplacement dans le cadre de l'instance judiciaire n'est pas anodin. Il suppose que ceux-ci s'adaptent aux contraintes procédurales. Pour ce faire, les pouvoirs publics ont décidé de les soustraire partiellement à la volonté des parties et de les transformer en formules types de contrats dont le contenu, prédéterminé, est conforme aux exigences de l'ordre public processuel. D'où leur qualification de contrats dirigés.
- 2 **485.** L'institutionnalisation d'une procédure contractuelle aux côtés de la procédure juridictionnelle, au sein de l'instance judiciaire, conduit alors à s'interroger sur l'office du juge au regard de cette nouvelle procédure, au regard de ces contrats processuels. La mission de conciliation du juge en cours d'instance prend désormais une nouvelle tournure. Elle consiste à promouvoir auprès des justiciables la conclusion de contrats de pourparlers judiciaires ; à verbaliser ¹⁶⁷² et rendre concrètes ¹⁶⁷³ les figures contractuelles contenues dans les dispositions du nouveau code de procédure civile relatives à ces procédures amiables ; à jouer un rôle d'intermédiaire entre le législateur et les particuliers en vue de favoriser la mise en œuvre effective de ces contrats. Aussi, la formule consacrée de

l'article 21 NCPC selon laquelle « *il entre dans la mission du juge de concilier les parties* » doit moins être interprétée comme mettant à la charge du juge l'obligation de privilégier le règlement amiable des litiges qui lui sont soumis par rapport au règlement juridictionnel, que d'inciter les parties à régler elles-mêmes leur différend suivant les termes d'un contrat-type de règlement amiable dont il est par ailleurs chargé de superviser la formation et l'exécution. Plus qu'un *juge-conciliateur*, le juge est en vérité un *juge-promoteur* de la conclusion de contrats de conciliation ou de médiation en cours d'instance.

- 3 Cette mission de *promotion* des contrats de pourparlers judiciaires auprès des justiciables est indispensable si l'on souhaite que les procédures de conciliation et de médiation judiciaires ne restent pas lettre morte. Elle contribue directement à favoriser l'essor de la conciliation judiciaire *lato sensu* et au-delà, à améliorer la qualité de la justice.
- 4 Le rôle du juge, au stade de la promotion des contrats de pourparlers judiciaires ayant été mis en évidence, il nous reste désormais à analyser celui qui lui est imparti dans les deux étapes suivantes de formation et d'exécution de ces mêmes contrats (**Partie II**).

NOTES

1672. V. *supra* n° 448 la pratique mise en place à la chambre sociale de la cour d'appel de Grenoble qui consiste à tenir des audiences aux seules fins de proposer aux plaideurs la conclusion de contrats de médiation judiciaire.

1673. La présence en personne de conciliateurs de justice aux audiences devant le tribunal d'instance est une manière d'extérioriser et de rendre concrète, pour les parties, la

possibilité qui leur est reconnue de conclure des contrats de conciliation judiciaire déléguée.

Seconde partie. Des contrats contrôlés

Introduction à la seconde partie

- 1 **486. Conciliation et médiation judiciaires, contrats de pourparlers sous contrôle judiciaire** – Si l'on reprend la définition que nous avons proposée de la conciliation et de la médiation judiciaires ¹⁶⁷⁴, se dégagent deux critères distinctifs : le fait que ces procédures se déroulent dans le cadre d'une instance judiciaire d'une part, et sous l'égide du juge d'autre part. Conciliation et médiation judiciaires sont des contrats dont la particularité est d'être entièrement placés sous la supervision du juge, de leur conclusion à leur extinction, en passant par leur exécution. Le rôle du juge à l'égard des contrats de pourparlers judiciaires semble donc se réduire à un seul mot : celui de superviseur.
- 2 **487. Finalité du contrôle** – La supervision du juge se justifie tout d'abord par le contexte dans lequel évoluent les contrats de pourparlers judiciaires : l'instance. Parce que le juge est chargé de veiller au bon déroulement de l'instance ¹⁶⁷⁵, il est pareillement chargé de veiller au bon déroulement des mesures, actes ou procédures qu'il peut ordonner dans le cadre de cette instance et notamment, au bon déroulement des procédures de conciliation ou de médiation ¹⁶⁷⁶. Mais au-delà, la tutelle du juge peut également être analysée comme la contrepartie de l'atteinte portée à la liberté contractuelle des parties, en raison de l'encadrement des pourparlers judiciaires par des principes directeurs. Sous cet angle, le contrôle du juge apparaît comme un moyen destiné à assurer

l'effectivité de ces principes et, ce faisant, à assurer la sécurité juridique des pourparlers judiciaires au regard des droits fondamentaux des parties ; en bref, à contribuer à leur équité.

- 3 **488.Modalités du contrôle** – Lorsque c'est le juge en personne qui procède à la conciliation des parties, sa supervision des pourparlers judiciaires se fait sur-le-champ. En revanche, lorsque la conduite des pourparlers a été confiée à un tiers, le contrôle judiciaire ne peut plus être réalisé de manière instantanée, mais seulement de manière médiate en quelque sorte. En effet, en cas de délégation, le juge n'est plus là, sur le terrain, à contrôler que ses consignes sont effectivement suivies ou que chaque intervenant exécute convenablement et spontanément les devoirs mis à sa charge. Sa présence en personne serait susceptible de troubler les parties et de les amener à ne voir dans le tiers qu'un exécutant du juge, un mandataire agissant sous ses ordres, sans véritable pouvoir d'initiative. Pour cette raison, le juge doit se faire discret ; il doit être « à portée de main en quelque sorte, pour lever les obstacles, aplanir les difficultés, pour parachever, au besoin, l'œuvre entreprise » ¹⁶⁷⁷ . Le juge doit à son tour devenir une sorte « d'auxiliaire » ¹⁶⁷⁸ du tiers, « une autorité de bon secours, discrète mais toujours disponible » ¹⁶⁷⁹ .
- 4 Cependant, ce n'est pas parce que le contrôle n'est pas immédiat qu'il est de ce fait moins approfondi, au contraire : « Ce n'est pas pour surprendre. Le juge, en l'occurrence, a confié à un auxiliaire l'exécution de sa propre fonction de conciliation. Il exerce donc un regard aigu sur la manière dont cet auxiliaire s'acquitte de la mission qui lui a été confiée. [...] Conciliateur et médiateur opèrent sous son contrôle étroit » ¹⁶⁸⁰ . Mais le juge ne pouvant être témoin direct des irrégularités susceptibles de se manifester au cours des négociations, c'est alors au tiers ou aux parties à qui il appartient de le saisir de toute difficulté qui pourrait

surgir et risquer ainsi de compromettre la bonne marche de la procédure amiable ¹⁶⁸¹ .

- 5 **489. Pouvoir d'appréciation du juge** - Lorsque le juge est sollicité aux fins de régler une difficulté survenue en cours de conciliation ou de médiation, il est maître de la décision à prendre. Ainsi, il peut soit décider de régler définitivement cette difficulté en vue de permettre la poursuite de la procédure amiable ; soit, s'il estime que celle-là est trop importante ou bien caractéristique d'une impossibilité des parties à s'entendre, décider purement et simplement de mettre fin à la procédure amiable ¹⁶⁸² . La liberté du juge d'ordonner toute mesure en vue de permettre la poursuite de la procédure amiable ou bien, au contraire, en vue de l'éteindre définitivement, fait montre de son pouvoir discrétionnaire d'appréciation quant au sort à réserver aux pourparlers judiciaires. Le juge a, en quelque sorte, droit de vie ou de mort sur le contrat de pourparlers judiciaires.
- 6 **490. Objet du contrôle** - La tutelle du juge porte principalement sur les principes directeurs encadrant la conciliation et la médiation judiciaires et, spécialement, sur la manière dont les parties comme le tiers en font application. Chronologiquement, le contrôle du juge se scinde en trois étapes : contrôle de la *structure* des pourparlers ; contrôle de la *procédure* des pourparlers ; contrôle de l'*accord* des parties. Le contrôle de la structure consiste à vérifier, notamment, de manière préalable, que le tiers à qui le juge entend confier la mission de conciliation ou de médiation, répond bien au profil requis par les textes, autrement dit, qu'il dispose de toutes les qualités et aptitudes nécessaires pour exercer cette fonction et, en particulier, qu'il fait preuve de toutes les garanties d'indépendance, d'impartialité et de neutralité. Le contrôle de la procédure porte, quant à lui, sur le déroulement même des pourparlers : il consiste à s'assurer du respect, par les parties comme par le tiers, des devoirs

mis à leur charge dans le cadre de la procédure amiable : devoir de loyauté, devoir de célérité, devoir de confidentialité etc. Enfin, le contrôle de l'accord, sorte de contrôle *a posteriori*, consiste pour le juge à s'assurer, *via* l'équité manifeste de l'accord des parties, de l'équité de la procédure qui en est à l'origine. On peut y voir le contrôle de la dernière chance ; celui qui permet aux parties d'obtenir de manière rétroactive, par un contrôle de leur accord, un contrôle de la régularité de leur procédure de conciliation ou de médiation judiciaire.

- 7 **491. Déontologie et fin des pourparlers judiciaires** - De manière plus synthétique, on observe que les deux premières catégories de contrôle – contrôle de la structure et contrôle de la procédure – ont pour point commun d'avoir trait l'une et l'autre à la déontologie des pourparlers judiciaires : déontologie du tiers conciliateur ou médiateur susceptible de remplacer le juge dans sa mission de conciliation ; déontologie des parties en pourparlers qui doivent faire preuve de loyauté tout au long des négociations. Quant à l'ultime contrôle du juge – le contrôle de l'accord de conciliation – il s'exerce, par définition, à la fin des pourparlers judiciaires, ce qui explique que l'on puisse l'associer à ce moment particulier des négociations. C'est pourquoi nous proposons d'examiner les différentes étapes du contrôle du juge à travers l'étude de ces deux thèmes : celui de la déontologie ¹⁶⁸³ des pourparlers judiciaires (**Titre I**) et celui de la fin des pourparlers judiciaires (**Titre II**).
-

NOTES

1674. V. *supra* n° 97 pour la conciliation judiciaire et n° 98 pour la médiation judiciaire.

1675. NCPC, art. 3.

1676. NCPC, art. 131-10 al. 2 ; 832-6 al. 2.

1677. J. NORMAND, Conclusions, *in* Le juridictionnel et le conventionnel dans le règlement des différends, *op. cit.*, p. 144.

1678. En ce sens, J. NORMAND, Conclusions, *op. et loc. cit.*

1679. J. NORMAND, Conclusions, *op. et loc. cit.*

1680. J. NORMAND, Conclusions, art. préc., p. 147.

1681. NCPC, art. 131-9 et 131-10 al. 1^{er}, 832-5 et 832-6 al. 1^{er}.

1682. NCPC, art. 131-10, al. 2 ; 832-6, al. 2.

1683. Nous donnons à ce mot un sens très large. Il désigne tout à la fois *l'éthique*, la *loyauté* ou encore *l'équité* qui doivent régner au cours des pourparlers judiciaires, ainsi que les moyens à mettre en œuvre pour parvenir à cette triple finalité : notamment, l'ensemble des devoirs mis à la charge du tiers conciliateur ou médiateur chargé de la conduite des pourparlers, ainsi que ceux mis à la charge des parties pendant le déroulement des négociations. De manière encore plus générale, nous associerons également à ce mot les règles et principes fondamentaux destinés à assurer l'équité des pourparlers judiciaires.

Seconde partie. Des contrats contrôlés

Titre I. La déontologie des pourparlers judiciaires

Introduction au titre I

- 1 **492.La déontologie des pourparlers, urgente priorité** - Assurer la déontologie des pourparlers judiciaires n'est pas seulement une nécessité. Le développement considérable des modes alternatifs de règlement des conflits a fait de cette question une véritable priorité ¹⁶⁸⁴ et pas uniquement à l'égard des procédures non-judiciaires. Depuis leur origine, « *les pratiques de médiation sont sujettes [...] à des critiques qui soulignent qu'elles n'offrent pas aux personnes qui s'y engagent les garanties que leur donne le système juridique et judiciaire* » ¹⁶⁸⁵ . Ainsi, la médiation est souvent comparée à une sous-justice, qui « *enlève aux parties les garanties qui découlent de l'organisation du procès et de la représentation systématique des intérêts de chacun dans le cadre légal. En perdant cette dimension formelle et contradictoire, on se retrouve renvoyé aux inégalités des positions existant dans un champ donné entre les parties* » ¹⁶⁸⁶ . Les causes de ce manque de garanties, de ce sentiment d'insatisfaction général, sont multiples.
- 2 **493.La formation du tiers conciliateur ou médiateur** - La principale est probablement la déjudiciarisation de la conciliation et son expansion en dehors du judiciaire. Loin du juge et menées par des personnes privées ou parapubliques n'ayant parfois suivi aucune formation spécifique pour exercer ces activités, les pratiques de conciliation et de médiation extrajudiciaires échappent à tout contrôle. Il s'ensuit que nombre de ces dispositifs, dits de médiation, s'apparentent en réalité de très loin à la véritable médiation ¹⁶⁸⁷ .

Plus encore, cette prolifération hors le judiciaire empêche un suivi de la qualité des médiateurs, de leur formation, de leur déontologie ou des principes éthiques qui guident leur pratique. « *Les risques d'atteinte aux libertés individuelles sont à prendre au sérieux et des dérives sectaires ne sont pas à exclure* » ¹⁶⁸⁸ . Certes, nous avons souligné qu'en vue de compenser cette déjudiciarisation et d'éviter qu'elle ne s'accompagne d'une diminution des garanties qu'offrirait normalement le système judiciaire, les pouvoirs publics ont encadré ces pratiques par des dispositions destinées renforcer leur formalisme ou à les rapprocher du monde judiciaire. Mais si cet effort est louable, il n'est apparemment pas suffisant. « *L'absence de cadre suffisamment précis imposé aux activités de médiation, y compris celles qui s'exercent sous mandat judiciaire, conduit à une hétérogénéité des pratiques sur le territoire mettant en cause l'égalité territoriale d'accès des citoyens à toutes les formes de justice et de règlement des litiges* » ¹⁶⁸⁹ . Seule une politique nationale de formation des médiateurs et conciliateurs destinée à leur apporter un minimum de connaissances et de compétence en la matière, assortie d'un système d'évaluation périodique des structures qui assurent ces formations, permettra d'améliorer la qualité et la sécurité juridique des modes amiables de règlement des conflits ¹⁶⁹⁰ .

- 3 Si ces remarques concernent principalement les activités non-judiciaires de conciliation ou de médiation, elles valent aussi, dans une certaine mesure, pour la conciliation et la médiation judiciaires, chaque fois notamment que ces dernières font appel à des tiers. En effet, les conciliateurs et médiateurs susceptibles d'intervenir dans le cadre des procédures judiciaires sont les mêmes que ceux qui proposent leurs services en dehors du judiciaire. Et malgré la rigueur des textes applicables, ils n'offrent parfois pas plus de garanties

d'aptitude et de déontologie selon qu'ils sont directement saisis par les parties ou désignés par le juge.

4 **494.L'assistance d'un avocat** – Une autre cause de l'insuffisance des garanties offertes par les activités de conciliation et de médiation est l'idéalisme qui règne autour de ces modes amiables, qui postule une sorte d'égalité entre les individus qui y ont recours et préconise une forme de partenariat entre les parties antagonistes en vue de parvenir au règlement amiable de leur différend ¹⁶⁹¹ « *alors que les situations présentées réclament un examen à la lumière du droit* » ¹⁶⁹² . Refuser de prendre en compte les inégalités existant entre les parties en médiation ¹⁶⁹³ ou de tenter d'y remédier par la mise en place d'un système de défense approprié conduit irrémédiablement à une procédure inéquitable ¹⁶⁹⁴ et ne peut qu'aboutir à un accord déséquilibré et injuste ¹⁶⁹⁵ . Pour cette raison, il importe que l'assistance des parties en médiation ou en conciliation par un avocat soit fortement encouragée et qu'elle puisse être assurée dans les mêmes conditions qu'en matière juridictionnelle ¹⁶⁹⁶ . Dans ce sens, on soulignera l'avancée considérable réalisée en matière d'aide à l'accès au droit par le décret n° 2001-512 du 14 juin 2001 ¹⁶⁹⁷ qui étend le bénéfice de l'aide juridictionnelle à tous les justiciables qui envisagent d'engager des pourparlers en vue de parvenir à une transaction avant l'introduction d'une instance judiciaire.

5 **495.Terrains d'action prioritaires** - C'est donc sur le double terrain de la formation des conciliateurs et médiateurs d'une part, et de l'assistance des parties par un avocat d'autre part, qu'il convient d'agir en priorité si l'on souhaite endiguer les critiques adressées aux modes alternatifs de règlement des conflits - et aux pourparlers judiciaires en particulier -relativement aux garanties juridiques qu'ils offrent. Seule une intervention de cette envergure permettra de rappeler avec force aux acteurs concernés les principes directeurs

des modes amiables de règlement des conflits - caractère volontaire du recours à la médiation et à la conciliation, respect du devoir de confidentialité, indépendance et impartialité du tiers, loyauté des débats... -et ainsi, d'assurer leur déontologie ¹⁶⁹⁸ .

- 6 Nous proposons d'aborder ces questions en envisageant successivement les garanties de déontologie offertes par les parties (**Chapitre I**) puis celles offertes par le tiers, conciliateur ou médiateur (**Chapitre II**).
-

NOTES

1684. Voir les craintes formulées récemment dans deux rapports officiels : Le rapport de la Commission de réforme de l'accès au droit et à la justice présidée par P. BOUCHET, intitulé La réforme de l'accès au droit et à la justice, La documentation française, mai 2001, spéc. p. 53 où il est question du « *Développement des garanties qui entourent les modes alternatifs de règlement des conflits* » ; le rapport du Conseil Economique et Social présenté par M. LINDEPERG, intitulé Médiation et conciliation de proximité, éd. Les journaux officiels, Juillet 2001, spéc. p. 95 où il est question des « *risques et des difficultés de la médiation et de la conciliation* ».

1685. B. BASTARD, Défense et médiation, in Dossier Avocats et défense, n° hors série de la revue Justice, Recueil Le Dalloz, déc. 2001, p. 61 et s.

1686. B. BASTARD, Défense et médiation, art. préc., p. 62.

1687. Rapport du Conseil Economique et Social, préc., p. 95.

1688. Rapport du Conseil Economique et Social, préc., p. 95.

1689. Rapport du Conseil Economique et Social, préc., p. 95.

1690. En ce sens, La réforme de l'accès au droit et à la justice, rapport préc., p. 53.

1691. B. BASTARD, Défense et médiation, art. préc., p. 63.

1692. B. BASTARD, Défense et médiation, art. préc., p. 63.

1693. B. BASTARD, Défense et médiation, art. préc., p. 63 : « *Comment peut-on penser que les employés et les employeurs, les femmes et les hommes, sans même parler des auteurs d'infraction et de leurs victimes, soient à égalité dans un processus de discussion ?* ».

1694. En effet, dans une telle hypothèse, le médiateur est confronté à un dilemme : « si le médiateur prétend soutenir et défendre lui-même le point de vue de la partie faible, il perd sa supposée neutralité et court le risque de se voir disqualifier ; dans le cas contraire, il ne fait que laisser en l'état les inégalités existantes », B. BASTARD, Défense et médiation, art. préc., p. 63. Une troisième voie s'offre encore au médiateur : celle de suspendre la médiation jusqu'à ce que les parties soient assistées d'un conseil ou, en cas de refus de leur part de se faire assister, éventuellement refuser de remplir sa mission pour des raisons éthiques.

1695. Le lien entre l'équité de la procédure et celle de la solution amiable est établi par L. CADIET, Une justice contractuelle l'autre, art. préc., p. 195 : « L'équité de la procédure contractuelle devrait assurer l'équité de la convention » ; X. LAGARDE, in Droit processuel/droit commun du procès, op. cit., n° 583 : « Le respect des garanties procédurales suffit à garantir la validité au fond de la solution ou de la décision prise ».

1696. La réforme de l'accès au droit et à la justice, rapport préc., p. 53. On pense notamment à la question de la rémunération des avocats et de sa prise en charge par l'Etat grâce à l'aide juridictionnelle.

1697. Décret d'application de la loi n° 98-1231 du 18 décembre 1998, JO 15 juin 2001, p. 9475, D. 2001, lég. 2007, JCP. G. 2001. III. 20512 ; L. CADIET, Chronique de droit judiciaire privé, JCP. G. 2001. I. 362, n° 2.

1698. La réforme de l'accès au droit et à la justice, rapport préc., p. 53.

Chapitre I. La déontologie des parties en pourparlers

- 1 **496. La déontologie : moyen d'assurer l'équité des pourparlers** - La déontologie des pourparlers judiciaires est une question qui concerne prioritairement les parties. En effet, même si elles se font aider d'un tiers ou du juge, il reste que ce sont elles qui mènent les pourparlers en vue de parvenir au règlement amiable de leur conflit et que l'éthique des négociations est principalement entre leurs mains. La déontologie des parties apparaît alors comme un moyen destiné à assurer l'équité des négociations : « *Les modes de solution dits amiables posent en effet la question centrale du respect des droits fondamentaux des parties [...]. Les parties en litige ne sont pas forcément égales, n'ont pas forcément la même compétence technique ou la même puissance économique. Comme pour n'importe quel autre contrat, ce rapport inégal des forces peut conduire à un résultat injuste, l'une des parties imposant en fait sa solution du différend à l'autre. [...] Des garanties sont donc nécessaires pour prévenir les déséquilibres possibles* » ¹⁶⁹⁹ .
- 2 **497. L'encadrement des pourparlers judiciaires par des principes directeurs** - S'interroger sur les garanties déontologiques susceptibles d'assurer l'équité des procédures de conciliation et de médiation judiciaires revient à s'interroger sur les principes directeurs qui leur sont applicables ¹⁷⁰⁰ : « *Dès lors que les règlements amiables s'institutionnalisent et tendent à devenir un mode normal de règlement des différends, ils se procéduralisent et appellent*

naturellement l'application d'un minimum de principes » ¹⁷⁰¹. La détermination de ces principes est délicate. La difficulté s'exprime en ces termes : parce que l'on est en présence de modes *conventionnels* de règlement des litiges, l'application des principes directeurs ¹⁷⁰² du droit des obligations s'impose ; mais parce que ces contrats ont pour objet le *règlement d'un litige* ¹⁷⁰³ et qu'ils sont destinés à être exécutés dans le cadre d'une instance *judiciaire*, il est impossible de faire abstraction des principes de droit processuel ¹⁷⁰⁴, lesquels s'appliqueront avec plus ou moins de vigueur selon l'objet du litige ¹⁷⁰⁵. L'équité des pourparlers judiciaires ne repose donc pas seulement sur l'un ou l'autre modèle ¹⁷⁰⁶ – modèle processuel ou modèle contractuel – mais sur les deux pris conjointement dans des proportions variables. Se posera alors une nouvelle fois ¹⁷⁰⁷ la question de la coexistence de ces deux modèles ; des répercussions que chacun peut avoir sur le champ de l'autre ; des aménagements respectifs que ce cumul suppose ; en un mot, de la détermination des principes directeurs applicables à ces procédures (**Section I**).

- 3 **498. Encouragement à l'assistance d'un avocat** – Mais la déontologie – et par conséquent l'équité – des pourparlers judiciaires ne repose pas uniquement sur la consécration de principes directeurs. Si l'existence de tels principes est indispensable, elle ne suffit pas toujours : soit que les parties n'en ont pas connaissance, soit qu'elles n'en mesurent pas le sens ou la portée. Pour cette raison, il semble que la présence d'un avocat à leur côté peut remédier à ces risques, laquelle est d'ailleurs fortement encouragée par les praticiens ¹⁷⁰⁸ comme par les pouvoirs publics ¹⁷⁰⁹ (**Section II**). L'assistance des parties par un avocat, à l'occasion de toute procédure de conciliation ou de médiation judiciaire est aujourd'hui perçue comme une nécessité absolue ¹⁷¹⁰ pour défendre les intérêts des particuliers :

« L'adhésion des avocats conditionne le bon déroulement de la médiation et assure le respect fondamental des droits de la défense. [...] Il est certain que sans le concours et la participation active des avocats toute médiation est vaine » 1711 .

SECTION I – ENCADREMENT DES POURPARLERS JUDICIAIRES PAR DES PRINCIPES DE DROIT PROCESSUEL

- 4 **499. *Principes directeurs applicables aux pourparlers judiciaires*** – L'idée de vouloir encadrer les procédures de conciliation et de médiation judiciaires par des principes directeurs et, spécialement, par des principes de droit processuel, peut surprendre. L'origine conventionnelle de ces procédures semble *a priori* devoir les affranchir de toute règle par trop contraignante, au nom du principe de la liberté contractuelle et, en tout état de cause, les limiter au seul respect des principes directeurs ¹⁷¹² du droit des contrats. Au soutien de cette thèse, il est possible d'avancer deux justifications.
- 5 **500. *Affranchissement des principes de droit processuel ?*** – La première consiste à dire que le consentement des parties d'entrer en pourparlers judiciaires emporte éviction du traitement juridictionnel de leur litige ¹⁷¹³, autrement dit, renonciation temporaire à leur droit au juge. Une telle renonciation est licite dès lors qu'elle est libre et non équivoque. Concrètement, elle libère le juge d'avoir à respecter son office traditionnel : « *trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables* » ¹⁷¹⁴, dans le sens d'un assouplissement de celui-ci ¹⁷¹⁵. Le juge est affranchi d'un certain nombre de règles de forme comme de fond ce qui justifie qu'il n'est pas soumis au respect des principes directeurs du procès ou, à tout le moins, de la majeure partie d'entre eux. La seconde justification consiste plus simplement à dire que les principes directeurs du procès n'ont été conçus que dans la perspective d'un traitement juridictionnel du litige ¹⁷¹⁶, parce que celui-ci s'achève par une décision qui s'impose aux parties. Or, pour

que cette décision soit acceptable, il est impératif qu'elle soit « *la traduction d'un idéal de justice* » 1717 dont les principes directeurs du procès et, au-delà, les principes fondamentaux du procès équitable, sont l'expression. Aussi, dès lors que les parties substituent au traitement juridictionnel de leur litige un traitement purement consensuel et amiable, les principes directeurs du procès n'ont plus lieu d'être 1718 . Aux principes processuels doivent être substitués les principes directeurs du droit des contrats, *a priori* suffisants pour assurer une certaine justice contractuelle 1719 .

- 6 **501. La spécificité des contrats depourparlers judiciaires appelle une application des principes de droit processuel** - En vérité, ces deux explications sont un peu extrêmes, dans la mesure où les conventions concernées ne sont pas des contrats ordinaires. Elles ont trait au règlement amiable des litiges si bien que « *l'existence d'une contestation déteint sur [leur] régime contractuel* » 1720 précise un auteur, avant d'ajouter que « *Parce que le règlement amiable a pour objet un litige, il ne peut entièrement s'abstraire des règles normalement applicables à son objet* » 1721 . Plus encore, on ne peut faire abstraction du fait que conciliation et médiation judiciaires sont amenées à se dérouler dans le cadre d'une instance, ce qui implique que les exigences de l'ordre public processuel sont également à prendre en considération dans la détermination des principes applicables à ces procédures.

- 7 Il y a donc place pour les principes de droit processuel dans les pourparlers judiciaires. Cependant, une stricte application des principes directeurs du procès n'est pas envisageable car elle « *empêcherait à coup sûr l'émergence d'une issue négociée au litige* » 1722 faute, pour les parties, de disposer de suffisamment de liberté de manœuvre. Aussi, c'est une application souple et parcimonieuse de ces principes, moyennant leur aménagement (A), qu'il convient

plutôt d'envisager. Avec la conciliation et la médiation judiciaires, c'est moins la lettre des principes de droit processuel qui doit prévaloir que leur esprit.

- 8 Nous verrons cependant que si l'assouplissement des principes de droit processuel est le principe, il est certains d'entre eux dont le strict respect est néanmoins incontournable **(B)**. Comme s'il existait des principes directeurs du procès *plus fondamentaux* que d'autres ou un *noyau dur* dont il n'est pas possible de s'affranchir.

A. Les principes de droit processuel évincés

- 9 **502.** Parmi les principes de droit processuel dont les pourparlers judiciaires peuvent s'affranchir, on peut ranger le principe du contradictoire, les principes d'immutabilité et d'indisponibilité du litige, l'obligation faite au juge d'avoir à respecter les règles de droit matériel ainsi que le principe de publicité des débats. Ces divers principes directeurs peuvent être regroupés en deux catégories : une première comprenant ceux dont une éviction souple ou un simple aménagement suffit (1°) ; une seconde comprenant ceux dont en revanche l'éviction pure et simple est indispensable (2°).

1°. Les principes simplement aménagés

- 10 **503.** Au sein de cette catégorie, il y a lieu de ranger le principe de la contradiction ainsi que celui faisant obligation au juge d'avoir à appliquer la règle de droit substantiel. Ces deux principes ne nécessitent pas d'être systématiquement ni strictement évincés des pourparlers judiciaires. La contradiction et la règle de droit ne sauraient en effet être étrangères à la conciliation et à la médiation judiciaires. Cependant, si une référence à ces principes reste

envisageable, en revanche, elle ne saurait être une condition de validité des pourparlers judiciaires.

a) Le principe de la contradiction

11 **504. Présentation rapide** – La contradiction ¹⁷²³ est traditionnellement présentée comme « la garantie fondamentale d'une justice saine, loyale et équitable » ¹⁷²⁴, comme le « moyen qui réalise la loyauté du procès, qui lui confère son équilibre » ¹⁷²⁵, comme le « pilier central des droits de la défense » ¹⁷²⁶ etc. Elle est la condition d'un procès équitable « en ce qu'elle seule garantit l'égalité entre les parties dans leurs chances d'emporter la conviction du tribunal » ¹⁷²⁷. Mais, nous l'avons souligné, ce principe ne se justifie que dans le cadre d'une procédure juridictionnelle dans la mesure où celle-ci aboutit à un jugement : « Aucun jugement digne de ce nom ne peut être rendu sans que chaque partie ait pu exprimer son point de vue et le défendre, connaître celui de son adversaire et le discuter » ¹⁷²⁸. Pour cette raison, il n'est pas sûr que cette « sorte de règle de la méthode procédurale » soit « adaptée aux circonstances d'un règlement amiable » ¹⁷²⁹. Son maintien dans le cadre de procédures conventionnelles destinées à déboucher sur une solution acceptée, négociée, ne semble pas justifié. La question a été débattue et dégagé est d'écarter l'application du principe du contradictoire, dans son sens procédural strict, « dans son acception purement juridictionnelle » ¹⁷³⁰, chaque fois que l'on sort du cadre juridictionnel ¹⁷³¹. Les arguments invoqués au soutien de cette position sont les suivants :

12 **505. Justifications de l'aménagement du principe** – Le premier est la rigueur des obligations que ce principe engendre à la charge des parties comme du juge et qui ne coïncide pas avec la souplesse qui doit régner tout au long de la conduite des pourparlers judiciaires : « L'essence même de la médiation impose au médiateur d'adapter son

comportement et sa manière de procéder à l'état d'esprit des parties, lorsqu'il entreprend sa mission. Il peut lui apparaître indispensable de commencer par rencontrer séparément les parties afin d'apprécier leur volonté réelle de transiger et les concessions qu'elles sont prêtes à faire pour y arriver » 1732 . Plus encore, le silence des textes sur la manière de procéder en vue de rapprocher les parties incite à donner carte blanche au juge comme au tiers pour remplir sa mission. Cette liberté de manœuvre procède directement de l'essence même de la conciliation et de la médiation : « il est tout à fait fondamental de s'affranchir du principe du contradictoire – c'est une des originalités et une des chances de la médiation – donc pour le médiateur de pouvoir entendre les parties et/ou leurs conseils séparément » 1733 .

- 13 L'objet de la médiation et de la conciliation, qui est de régler les différends en ayant recours à l'instauration ou à la restauration du dialogue, nécessite effectivement une mise en confiance préalable des parties, laquelle ne peut pas se faire si ces dernières sont constamment placées face à face. Cela s'apparenterait à une confrontation, tel un duel judiciaire, qui aurait toutes les chances de rester infructueuse. C'est pourquoi, et c'est un autre argument, il importe que, pour permettre aux parties de renouer ou nouer le dialogue, celles-ci soient en mesure de se trouver seules à seules avec le médiateur, lequel se chargera de transmettre les informations qui lui auront été communiquées, à l'autre partie, selon la technique dite de la navette 1734 . Le médiateur doit pouvoir rencontrer séparément les parties, en alternance avec des réunions plénières.
- 14 Plus encore, afin de favoriser le sentiment de confiance de chacune des parties et les amener progressivement à la confiance, il peut lui sembler très opportun de tenir secrètes 1735 certaines informations et de ne les communiquer à l'autre partie que de manière distillée 1736 . Du côté des parties, la non-soumission des procédures de

conciliation et de médiation judiciaires au strict respect du principe du contradictoire les autorise à ne pas se communiquer mutuellement toutes leurs cartes du jeu. Libre à chacune d'elles d'apprécier la nature et l'ampleur des informations qu'elle estime nécessaire de dévoiler pour permettre leur rapprochement mutuel, puis, le cas échéant, de faire le tri entre celles qui seront communiquées au tiers médiateur ou conciliateur exclusivement, et celles qui seront également portées à la connaissance de l'autre partie.

- 15 Tel est donc l'esprit de la conciliation et de la médiation judiciaires : d'un côté, laisser au juge ou au tiers en charge de la conciliation ou de la médiation la maîtrise de la procédure à suivre dans la conduite des négociations, sous la condition qu'il veille au respect d'un certain équilibre entre les parties ; de l'autre côté, laisser aux parties la maîtrise du fond, objet des négociations, fut-ce, dans l'un et l'autre cas, au prix d'un certain mépris de la règle du contradictoire.
- 16 **506.Possible aménagement souple du principe** - Cependant, dire des procédures de conciliation et de médiation qu'elles ne sont pas soumises au strict respect du principe du contradictoire ne signifie pas que la contradiction est nécessairement étrangère à ces procédures ¹⁷³⁷. Cela signifie simplement que conciliation, médiation et contradiction doivent entretenir des relations extrêmement souples ¹⁷³⁸ entre elles, lesquelles autorisent certaines latitudes vis à vis du principe du contradictoire. Cette souplesse, remarque un auteur ¹⁷³⁹, « permet d'admettre l'aparté sans désavantager une partie », ce qui « est souvent fort utile pour débloquer des situations tout en laissant aux parties la maîtrise du fond ». Cependant, pour éviter que ce « droit à l'aparté » ou encore que ce « droit à la rétention d'informations », n'engendre une inégalité de traitement entre les parties, il importe qu'une certaine éthique

procédurale ¹⁷⁴⁰ soit respectée. Par exemple, la soumission de la procédure au respect du principe de transparence ¹⁷⁴¹ ou encore à celui de la bonne foi peut contribuer à assurer l'équité des négociations. Une autre manière peut être « *d'organiser par voie de convention la procédure de négociation* » ¹⁷⁴² . Il y a alors en quelque sorte contractualisation du principe du contradictoire, aménagement conventionnel de ce dernier par les parties.

- ¹⁷ Les relations entre le principe de la contradiction et les pourparlers judiciaires font donc preuve de souplesse : toutes sortes d'aménagements sont envisageables. Cette souplesse se retrouve approximativement avec l'obligation faite au juge d'appliquer la règle de droit substantiel.

b) Le respect de la règle de droit substantiel

- ¹⁸ **507. Renonciation aux règles de droit substantiel** - A l'égard des règles de droit substantiel, l'entrée en conciliation emporte également modification de l'office du juge ¹⁷⁴³ . L'acceptation des parties de tenter une conciliation judiciaire vaut renonciation aux règles de droit substantiel, autrement dit, au « *fond du droit* » ¹⁷⁴⁴ . Une telle renonciation est à rapprocher de celle qui résulte de la décision des parties de donner au juge mission de statuer en amiable compositeur ¹⁷⁴⁵ : elle emporte exonération pour celui-ci d'avoir à appliquer les règles de droit qui « *perdent, à son égard, leur caractère obligatoire ; le juge est comme en état d'apesanteur juridique* » ¹⁷⁴⁶ . Cependant, contrairement à l'amiable composition, l'office du juge n'est plus de rendre un jugement, fut-il en équité, mais d'aider les parties à trouver elles-mêmes une solution conventionnelle à leur différend, indépendamment de l'application des règles de droit. Ce qui compte est plus le caractère équitable et équilibré de la solution que sa conformité aux règles de droit. Cela ne signifie pas que le droit doit à

tout prix être écarté de l'accord des parties ou du raisonnement du juge, mais seulement que l'équité doit primer sur le droit.

- 19 **508. *Nouvel office du juge au regard de la règle de droit matériel*** – Concrètement, cet affranchissement commandera au juge ou au tiers en charge de la conciliation de ne pas rappeler systématiquement aux parties quelle est la loi applicable ni quelle serait la solution si le droit était effectivement appliqué. De telles informations pourraient en effet compromettre l'issue des pourparlers, la partie « *potentiellement gagnante* » pouvant ne plus souhaiter faire les concessions qu'elle avait initialement envisagées de faire. Nous verrons néanmoins que même si la règle de droit devient accessoire ou secondaire, le juge devra s'assurer que la solution finalement retenue par les parties ne la méconnaît pas trop gravement – en cas d'existence de dispositions d'ordre public ou de mise en cause des droits indisponibles ¹⁷⁴⁷ – et n'est pas trop déséquilibrée au détriment de l'une des parties. Au principe d'application stricte de la règle de droit, il y a lieu de substituer un simple devoir de référence à celle-ci, plus souple et *a priori* suffisamment garant des intérêts des parties.
- 20 **509. *Jurisprudence contraire*** – Sur ce point, il y a lieu cependant de se pencher de nouveau sur la décision de la chambre sociale de la Cour de cassation du 28 mars 2000 ¹⁷⁴⁸, qui apporte d'importantes précisions quant à l'office du juge au regard de la règle de droit dans le cadre de sa mission de conciliation, beaucoup plus rigoureuse que la position que nous venons d'adopter. Il y est en effet précisé que « *la conciliation, préliminaire obligatoire de l'instance prud'homale, est un acte judiciaire qui implique une participation active* ¹⁷⁴⁹ *du bureau de conciliation à la recherche d'un accord des parties préservant les droits de chacune d'elles, qu'en conséquence, cet acte ne peut être valable que si le bureau a rempli son office en ayant, notamment, vérifié que les parties*

étaient informées de leurs droits respectifs,, et que si ces conditions de validité du procès-verbal de conciliation ne sont pas remplies, la juridiction prud'homale peut être valablement saisie. En constatant que le salarié n'avait obtenu en contrepartie de son désistement que des sommes qui lui étaient dues, la Cour d'appel a fait ressortir que les juges conciliateurs n'avaient pas rempli leur office en sorte que l'accord constaté par le procès-verbal de conciliation était nul ». Tentons d'envisager quelles peuvent être les conséquences d'un tel arrêt.

- 21 Saisie d'un pourvoi contestant une décision de la Cour d'appel de Lyon ¹⁷⁵⁰ qui avait déclaré nulle une transaction pour défaut de concessions réciproques de la part de l'employeur et fait droit aux demandes d'indemnités formulées par le salarié licencié ¹⁷⁵¹, la Cour de cassation, qui rejette le pourvoi, en profite pour se prononcer sur le rôle des conseillers prud'hommes à l'égard des transactions conclues au cours d'un préliminaire de conciliation. Dans un premier temps, on observe que la Cour proclame un *principe général* selon lequel obligation est faite au bureau de conciliation de « *participer activement à la recherche d'un accord entre les parties* », lequel accord doit impérativement, toujours selon la Cour, « *préserver les droits de chacune d'elles* ». Dans un second temps, la Cour précise en quoi consiste cette « *participation active* » du bureau de conciliation : il s'agit « *notamment* » de « *vérifier que les parties étaient informées de leurs droits respectifs* ». Cette vérification est alors érigée par la Cour en « *condition de validité du procès-verbal de conciliation* » dont le défaut autorise de nouveau la saisine de la juridiction prud'homale aux fins de contestation de l'accord au fond.
- 22 **510.Critique de l'arrêt** - A lire cet arrêt, on est amené à en déduire que la validité de l'accord auquel sont parvenues des parties en cours de conciliation dépend étroitement de la manière dont les juges conciliateurs ont rempli leur office : à défaut pour ces derniers de

s'être assurés que les parties étaient correctement informées de leurs droits respectifs et qu'elles ont donc agi – ou plus exactement renoncé à leurs droits – en pleine connaissance de cause, l'accord des parties est passible de nullité.

- 23 Une telle solution nous semble bien rigoureuse – et dangereuse – dans la mesure où elle redonne à la règle de droit un poids extrêmement lourd, dans des procédures dont le propre est pourtant d'autoriser les parties comme le juge à s'en exonérer, même si c'est dans une certaine mesure seulement. Certes, informer les parties de leurs droits respectifs, ce n'est pas les contraindre à en faire application ; et l'objectif de la Cour en imposant aux juges une obligation d'information préalable des parties sur leurs droits est probablement de s'assurer qu'elles en disposeront en connaissance de cause et, ce faisant, aboutiront à un accord équilibré. Ce souci trouve peut-être une justification en matière prud'homale où il existe un fort déséquilibre entre les parties souvent source d'accords inéquitables. Mais reste-t-il justifié dans les autres contentieux ? Il nous semble que ce retour en force de la règle de droit applicable dans la procédure de conciliation n'est pas sans risque : non seulement la liberté des parties dans la recherche d'une solution amiable ne peut que s'en trouver diminuée mais également, les risques de retour devant le juge pour nullité de l'accord au fond, augmentés.
- 24 On sera surpris de la facilité avec laquelle la chambre sociale valide l'action en nullité intentée par le salarié. Un procès-verbal de conciliation peut-il vraiment être contesté aussi aisément ? Les commentateurs de l'arrêt se sont posé la question ¹⁷⁵². N'est-ce pas méconnaître tout à la fois les règles propres aux transactions ¹⁷⁵³ qui leur confère une autorité comparable à celle des jugements ¹⁷⁵⁴ ou encore celles relatives à la procédure prud'homale qui enseignent

que le procès-verbal de conciliation, lorsqu'il met fin à l'instance, met également fin à l'action en raison du principe de l'unicité de l'instance ¹⁷⁵⁵ ? Cet arrêt laisse donc perplexe et fait espérer qu'il restera isolé.

- 25 A côté des principes dont l'éviction peut être réalisée avec souplesse, il en est d'autres dont en revanche l'éviction s'impose avec rigueur.

2°. Les principes strictement évincés

- 26 **511.** Parmi les principes de droit processuel, certains sont strictement incompatibles avec les pourparlers judiciaires : il s'agit du principe de publicité (a) ainsi que des principes d'indisponibilité et d'immutabilité du litige (b).

a) Le principe de publicité

- 27 **512.** *Substitution du principe de publicité par le principe de confidentialité* - « Il est une exigence qui est essentielle à la clarté et à la régularité des débats : c'est leur caractère public et non secret » ¹⁷⁵⁶ . Le principe de publicité des débats ¹⁷⁵⁷ est consacré à l'article 22 du nouveau code de procédure civile en les termes suivants : « Les débats sont publics sauf les cas où la loi exige ou permet qu'ils aient lieu en chambre du conseil ». La publicité peut être considérée comme l'un des moyens destinés à assurer l'équité de la justice, car elle permet aux justiciables d'exercer un contrôle de la manière dont la justice est administrée dans leur pays ; ce faisant, elle donne à l'administration de la justice une certaine transparence ¹⁷⁵⁸ . L'intérêt de tous les justiciables est donc concerné par le principe de publicité et non pas seulement celui des plaideurs dont l'affaire est en cours.

- 28 Pourtant, ce principe qui participe directement de la loyauté et de l'équité de la justice, ne figure pas au titre des principes directeurs de la conciliation et de la médiation judiciaires. Bien au contraire, c'est le principe de confidentialité qui lui est expressément substitué aux articles 131-14 et 832-9 ¹⁷⁵⁹ du nouveau code de procédure civile.
- 29 Le devoir de confidentialité ¹⁷⁶⁰ est traditionnellement présenté comme l'un des « *principes fondamentaux* » de la conciliation et de la médiation judiciaires ¹⁷⁶¹. Sa finalité est d'assurer aux parties que « *tout ce qui sera dit, que les chiffres qui seront avancés, que les propositions qui seront faites, seront tenus secrets à l'égard du juge qui doit statuer* » ¹⁷⁶² ainsi qu'à l'égard des tiers ¹⁷⁶³, faute de quoi, avancent certains, « *l'avenir de la médiation est en péril* » ¹⁷⁶⁴. Sous cet angle-ci, la confidentialité apparaît alors comme un moyen destiné à contribuer au succès des négociations aux fins de conciliation ; elle participe de l'esprit même des modes amiables de règlement des conflits ¹⁷⁶⁵, car indispensable pour susciter la confiance des parties, sinon leurs confidences.
- 30 Le devoir de confidentialité est régulièrement rappelé par le juge aux acteurs de la médiation ou de la conciliation judiciaire ¹⁷⁶⁶ : ainsi, les lettres adressées par certaines juridictions aux parties ou à leurs conseils en vue de leur proposer le recours à de telles procédures ¹⁷⁶⁷ mentionnent expressément que celle-ci sont couvertes par le secret ; de la même manière, lorsque le juge envoie au médiateur ou au conciliateur la décision le désignant et lui précisant sa mission ¹⁷⁶⁸, celle-ci lui rappelle l'obligation au secret à laquelle il sera astreint ¹⁷⁶⁹ s'il accepte cette mission. L'obligation au secret ne concerne donc pas exclusivement les parties mais également le tiers chargé de les rapprocher.

- 31 **513.Contenu du devoir de confidentialité** - Concrètement, cette obligation emporte interdiction, pour les parties comme pour le tiers, de produire ou d'invoquer les informations dont ils prendront connaissance à l'occasion de la procédure de conciliation ou de médiation judiciaire dans la suite de l'instance et, en tout état de cause, dans le cadre de toute autre instance ¹⁷⁷⁰. Plus précisément, *pour les parties*, cela signifie qu'en cas d'échec de la tentative de règlement amiable et en cas de poursuite de la procédure contentieuse, elles ne pourront invoquer à l'appui de leurs prétentions des arguments tirés des informations qui leurs auront été révélées à l'occasion des pourparlers judiciaires. *Pour le tiers*, cela signifie que s'il est tenu, le cas échéant, d'informer le juge des éventuelles difficultés qu'il rencontrerait dans l'exercice de sa mission ¹⁷⁷¹ ainsi que de la réussite ou de l'échec de la tentative de règlement amiable ¹⁷⁷², il ne doit pas en revanche informer le juge des raisons qui sont à l'origine de ces difficultés, de ce succès ou de cet échec. Plus encore, on précisera que certaines chartes de médiation, rédigées à l'adresse des médiateurs vont jusqu'à prévoir que l'obligation au secret s'étend au-delà du cadre judiciaire : ainsi, le Code d'éthique et de méthode de l'Association des Médiateurs du Barreau de Paris dispose, en son article 8, que le médiateur est tenu de respecter la confidentialité hors médiation : « *il ne peut rien en évoquer auprès de quiconque, ni être appelé comme témoin ou en interprétation de l'accord conclu* » ¹⁷⁷³.
- 32 **514.La confidentialité, condition de l'impartialité du juge** – Sous cet angle-là, la confidentialité apparaît alors comme « *une condition de l'impartialité du juge amené à connaître ultérieurement du différend* » ¹⁷⁷⁴ en cas d'échec de la tentative de règlement amiable et, au-delà, comme une « *condition du procès équitable* » ¹⁷⁷⁵. En effet, si le juge prend connaissance, d'une manière ou d'une autre, des

« conditions dans lesquelles s'est déroulée la tentative de conciliation ou de médiation, le risque existe que le litige soit tranché en considération de ce qui s'est dit ou fait au cours de cette tentative » observe un auteur ¹⁷⁷⁶, avant d'ajouter qu'il est « inévitable que la connaissance du contenu des négociations entreprises ne laissera pas le juge indifférent lorsqu'il tranchera le litige ». Pour ces diverses raisons, il importe que toute la procédure de conciliation ou de médiation judiciaire soit couverte par le secret ¹⁷⁷⁷ afin que soit préservée la liberté de jugement du juge et qu'ainsi, ne soient pas perturbées « les conditions d'exercice de la jurisdictio » ¹⁷⁷⁸

- 33 **515. Portée du devoir de confidentialité** - A lire ces diverses dispositions, on pourrait en déduire que l'obligation de confidentialité ne concerne que l'issue des tentatives de règlement amiable : tout ce qui s'y est dit *pendant* ne doit pas être dévoilé *après*. En vérité, il faut bien se garder d'une telle conclusion : la confidentialité couvre les procédures de conciliation et de médiation judiciaires en leur entier, du début à la fin. Il s'ensuit que *pendant le déroulement des pourparlers*, les parties comme le tiers ne sauraient dévoiler à quiconque les informations dont ils auraient pu prendre connaissance. Pour les parties, cela signifie ne pas dévoiler à des tiers les propositions et informations échangées en cours de pourparlers ; pour le conciliateur ou médiateur, cela signifie, en cas d'entretiens séparés, ne pas divulguer à une partie ce que l'autre lui aurait confié si cette dernière ne lui a pas donné une autorisation explicite en ce sens. Sur ce dernier point, on citera une nouvelle fois le Code des règles d'éthique et de méthode de l'Association des Médiateurs du Barreau de Paris, qui dispose en son article 7 que « *Le médiateur respecte la confidentialité entre les parties durant le déroulement de la médiation : en cas d'entretien séparé avec une partie ou son conseil, il*

n'en communique rien à une autre partie sans un accord précis et explicite ».

- 34 Les diverses dispositions relatives au devoir de confidentialité sont donc particulièrement rigoureuses tant en ce qui concerne le contenu que la portée de ce principe ; reste à savoir si elles sont respectées en pratique.
- 35 **516. Effectivité du devoir de confidentialité** - Si certains magistrats ¹⁷⁷⁹ se portent garants de leur stricte application, en revanche, quelques avocats ¹⁷⁸⁰, plus sceptiques, s'interrogent : comment s'assurer que, lorsqu'il y a eu échange entre confrères d'informations confidentielles ainsi que promesses de concessions - le plus souvent réalisés par écrit - dans l'espoir de parvenir à un compromis, ces informations ou concessions ne seront pas dévoilées devant le juge en cas d'échec de la procédure amiable ?
- 36 Une décision du tribunal de grande instance de Paris du 18 janvier 1999 ¹⁷⁸¹, statuant en référé, fait état d'une telle hypothèse et, ce faisant, éclaire le lecteur sur l'étendue matérielle de l'obligation au secret. Dans cette affaire, des parties en conflit ont conclu un « *compromis de médiation* » assorti d'une clause de confidentialité en vue de tenter de régler à l'amiable le litige qui les oppose. Au cours des négociations et en vue de l'élaboration d'un accord, les parties se font des offres mutuelles - lesquelles sont constatées par le médiateur - dont, notamment, la « *reconnaissance d'un droit à dédommagement assorti d'une proposition de paiement* ». Malgré leurs efforts, les parties ne parviennent pas à s'entendre, ce qui les amène à engager une procédure contentieuse. Or, à l'occasion de celle-ci, l'une des parties relate dans son assignation l'offre faite par son adversaire et constatée par le médiateur, concernant la reconnaissance d'un droit à dédommagement ainsi que la proposition de paiement. La partie victime de la divulgation saisit le

juge des référés sur le fondement des articles 809 et 873 du nouveau code de procédure civile en vue d'obtenir la cessation du trouble manifestement illicite résultant de la « violation du devoir de confidentialité » ¹⁷⁸², notamment en faisant déclarer irrégulières et irrecevables les « pièces litigieuses » ¹⁷⁸³.

- 37 Cette affaire a été l'occasion pour le juge des référés de se prononcer pour la première fois sur la portée et l'étendue du devoir de confidentialité caractéristique de toute médiation, que celle-ci soit d'ailleurs « judiciaire ou conventionnelle » précise la décision. Ainsi, après avoir rappelé le fondement de ce devoir – « permettre que chaque partie puisse se confier librement au médiateur » en ayant la garantie que « les informations, propositions ou concessions reçues par celui-ci » seront gardées secrètes – le juge le qualifie de « principe fondamental de toute médiation ». Il en déduit alors que, sauf disposition expresse des parties tendant à limiter l'étendue de ce devoir, en autorisant la divulgation de certaines informations ou de certains documents, le secret couvre « non seulement les informations purement techniques communiquées par les parties au médiateur » mais encore « toutes les offres faites par chacune d'elles en vue de l'élaboration de la transaction recherchée », ainsi que « naturellement », le « compte-rendu de médiation ». En l'espèce, constatant l'absence de tout accord des parties permettant la divulgation d'informations consignées dans le compte-rendu du médiateur, le juge des référés en déduit que la relation d'informations de ce type dans l'assignation de l'une des parties était « susceptible de constituer une violation du devoir de confidentialité s'imposant à tous les acteurs de la médiation ».
- 38 On regrettera, avec Monsieur le premier président Pierre Drai ¹⁷⁸⁴, que le tribunal ne soit pas allé « jusqu'au bout de son raisonnement ». Malgré la caractérisation du trouble, le juge déclare qu'« un tel trouble ne suffit pour autant pas à justifier l'intervention du juge des

référés et [qu'il] appartient au tribunal saisi au fond d'apprécier la régularité et la recevabilité des pièces litigieuses ». Or, l'article 809 du nouveau code de procédure civile n'autorise-t-il pas, précisément, l'intervention du juge des référés dès lors qu'il y a trouble manifestement illicite - lequel peut parfaitement résulter de la méconnaissance de dispositions légales ou réglementaires ¹⁷⁸⁵ - même en l'absence de toute urgence ¹⁷⁸⁶ ? Pourquoi alors soumettre la décision d'ordonner une mesure susceptible de faire cesser ce trouble à l'appréciation de la régularité et de la recevabilité des pièces litigieuses par les juges du fond ? Est-ce une manière d'indiquer que la seule sanction envisageable est de déclarer la pièce irrecevable et de l'écarter des débats, décision qui n'appartient qu'aux juges saisis de l'affaire au fond ?

b) Les principes d'indisponibilité et d'immutabilité du litige

- 39 **517.Présentation rapide** - On peut voir dans les principes d'indisponibilité et d'immutabilité du litige des corollaires du principe dispositif ¹⁷⁸⁷ selon lequel les parties ont seules la maîtrise de la matière litigieuse. De ces principes, il découle que « *quand une instance a été engagée, ses éléments, son cadre, ne doivent pas être modifiés* » ¹⁷⁸⁸ . Une fois l'objet des prétentions déterminé au début de l'instance - ce qui relève du pouvoir des parties ¹⁷⁸⁹ - celui-ci ne peut être remis en cause ultérieurement, ni par les parties - principe d'immutabilité ¹⁷⁹⁰ ; ni par le juge - principe d'indisponibilité ¹⁷⁹¹ . On peut y voir également une expression de « *la liberté de la défense* » des parties destinée à empêcher que l'un des plaideurs n'entrave ou ne retarde le déroulement de l'instance en formulant des demandes nouvelles ¹⁷⁹² . Le cadre de l'instance, une fois fixé par les parties, s'impose donc à ces dernières comme au juge. Concrètement, cela signifie, pour les parties, ne pas pouvoir formuler de demandes

nouvelles ; pour le juge, ne se prononcer que sur ce qui est demandé ¹⁷⁹³ : « *Il n'a donc pas le droit de modifier la demande des parties, ni en plus, ni en moins* » ¹⁷⁹⁴ . Pour garantir cette interdiction de principe, le nouveau code de procédure civile ajoute que « *Le juge ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat* » ¹⁷⁹⁵ , ce qui signifie qu'il ne « *peut pas faire état de sa connaissance personnelle des faits* » ¹⁷⁹⁶ . Le procès est « *la chose des parties* » ; parce que leurs intérêts privés sont en cause, le juge ne saurait en disposer sous peine de voir sa décision réformée ou cassée.

40 **518. Inadaptation aux pourparlers judiciaires** - Encore une fois, si ces principes se justifient dans le cadre d'une procédure juridictionnelle, parce que celle-ci aboutit à une décision qui s'impose aux parties, en revanche, on peut s'interroger sur la pertinence de leur maintien dans le cadre d'une procédure amiable censée aboutir à une solution négociée. Dès lors que la solution portant règlement du litige émane des parties elles-mêmes et que ces dernières en ont la maîtrise, rien ne s'oppose *a priori* à ce que de nouveaux éléments de fait soient régulièrement versés aux débats ou encore, que le juge ou le tiers en charge des négociations, au cours de ses entretiens, s'éloigne du cadre initial du litige. Il peut être important de remonter parfois à la source du conflit – laquelle est souvent fort éloignée de l'objet du litige tel que formulé devant le juge ; de sortir du contexte strictement juridique pour privilégier des aspects factuels, affectifs et psychologiques ; de faire intervenir des tiers si les parties y consentent etc. Supprimer cette liberté d'action serait compromettre gravement les chances de succès des négociations.

41 La rigidité que supposent les principes d'immutabilité et d'indisponibilité du litige s'accommode donc mal avec le consensualisme et la liberté qui doivent régner au cours des pourparlers judiciaires. Pour autant, il ne faudrait pas non plus que

la mise à l'écart de ces principes soit l'occasion, pour l'une des parties, de faire un usage détourné des innombrables informations qui peuvent être révélées au cours de telles négociations « extensibles », « sans cadre, ni limite ». Des garde-fous sont donc nécessaires si l'on veut s'assurer d'une certaine loyauté des débats, et surtout de l'après débats. Le principe de confidentialité en est le principal.

- 42 **519. Conclusion** – Principe du contradictoire, immutabilité du litige, application de la règle de droit substantiel ou publicité apparaissent comme des principes directeurs du procès dont le strict respect n'est non seulement pas nécessaire à la déontologie des pourparlers judiciaires mais, bien au contraire, susceptible d'en compromettre le bon déroulement comme le succès. Conçus initialement dans la seule perspective d'un règlement juridictionnel des litiges, ils ne se justifient plus dans le cadre de procédures visant au règlement négocié des conflits. Cependant, ce régime d'exception ne concerne pas tous les principes de droit processuel. Il est certains d'entre eux dont conciliation et médiation judiciaires ne peuvent s'affranchir.

B. Les principes de droit processuel irréductibles

- 43 **520.** Parmi les principes de droit processuel irréductibles, car indispensables à la déontologie des pourparlers judiciaires comme au respect de l'ordre public procédural en général, on compte : le droit au juge (1°), le devoir de loyauté (2°) ainsi que le devoir de célérité (3°).

1° Le droit au juge

- 44 **521. Caractère volontaire de l'entrée en pourparlers judiciaires** - L'entrée des parties en conciliation ou en médiation judiciaire

emporte, nous l'avons maintes fois souligné, renonciation au droit au juge. Si une telle renonciation est possible, elle doit néanmoins, pour être licite, répondre à diverses conditions dont, en particulier, celle d'avoir été librement consentie ¹⁷⁹⁷. Avec la conciliation et la médiation judiciaires, la liberté de la renonciation suppose que les parties sont volontairement et librement entrées en pourparlers, sans avoir subi aucune pression en ce sens.

- 45 La pression la plus à craindre est probablement celle du juge qui, en raison de son autorité et de sa prestance, peut fortement inciter les parties – sciemment ¹⁷⁹⁸ ou non – à tenter de se concilier. C'est alors se poser la question de la réalité de la liberté des parties face à une proposition du juge tendant à ordonner une conciliation ou une médiation judiciaire ¹⁷⁹⁹. Les parties n'ont-elles pas à craindre, en effet, que leur refus sera mal interprété ou risquera de leur porter préjudice dans la suite de la procédure ? Aussi surprenant que cela puisse paraître, il semblerait que ces craintes ne soient pas infondées. On les trouve expressément dénoncées dans un rapport officiel comme contraires aux « *principes sur lesquels est fondé le processus de médiation* » ¹⁸⁰⁰.
- 46 Pour éviter cet écueil et préserver le caractère strictement facultatif du recours aux modes amiables de règlement des litiges, il importe alors que le juge rappelle avec insistance aux parties qu'elles sont absolument libres de refuser sa proposition et qu'il leur précise que cette liberté perdure tout au long de la procédure amiable puisqu'elles ont le droit d'y mettre fin à tout moment ¹⁸⁰¹. Dans ce sens, on approuvera les initiatives de certaines associations de médiation qui ont décidé de délivrer aux parties qui ont recours à leurs services, un document leur rappelant les règles de la médiation ainsi que leurs droits tout au long de la procédure ¹⁸⁰², dont, en particulier, le caractère strictement facultatif de cette dernière.

Egalement, au niveau européen, on soulignera la consécration récente de principes applicables à tous les organes extrajudiciaires chargés de la résolution des litiges de la consommation dans les Etats membres, parmi lesquels figurent les principes dits de « *liberté* »¹⁸⁰³ ou encore « *d'équité* »¹⁸⁰⁴, qui consistent à rappeler le caractère volontaire du recours à ces modes alternatifs de règlement des conflits. Selon la Commission, ce principe est fondé sur le motif que « *les procédures extrajudiciaires ne peuvent pas avoir comme objectif de remplacer le système judiciaire ; que par conséquent, l'utilisation de la voie extrajudiciaire ne peut priver le consommateur de son droit d'accès aux tribunaux que lorsqu'il l'accepte expressément, en pleine connaissance de cause et postérieurement à la naissance du litige* »¹⁸⁰⁵.

- 47 Aussi, avant même de formuler une proposition de conciliation ou de médiation (b), il importe que le juge opère un tri entre les affaires dont il est saisi afin de limiter ses propositions aux seules affaires véritablement susceptibles d'être réglées à l'amiable (a). Ce tri, ainsi que la manière dont sera formulée la proposition, contribuent directement au respect du droit au juge des justiciables.

a) Appréciation de la « conciliabilité »¹⁸⁰⁶ de l'affaire

- 48 **522.Critères de conciliabilité** - Avant même de proposer aux parties en litige de recourir à une procédure de règlement amiable, le juge doit tout d'abord s'assurer de la compatibilité d'une telle procédure avec le litige en cause car tous les litiges ne se prêtent pas à la conciliation ou à la médiation. Divers éléments sont alors à prendre en considération : l'objet litigieux, qui peut interdire radicalement le recours à ce genre de procédure¹⁸⁰⁷, mais également l'opportunité du recours à une procédure amiable, qui est fonction du degré d'avancement de l'instance ou du contexte litigieux. A ce titre, le juge devra notamment s'interroger sur le point de savoir si les

parties vont être amenées à conserver des relations entre elles, même une fois l'instance éteinte ou encore s'interroger sur sa propre disponibilité pour procéder ou superviser un tel mode de règlement des litiges. Cette démarche préalable contribue au respect du droit au juge des justiciables dans la mesure où elle n'oriente vers la conciliation ou la médiation que les affaires objectivement conciliables.

49 Récemment, et en vue de promouvoir en son sein le recours à la médiation judiciaire, la Cour d'appel de Paris ¹⁸⁰⁸ a proposé à ses magistrats une série de critères destinés à les aider à déterminer, parmi les affaires dont ils sont saisis, celles qui peuvent être orientées vers une procédure de médiation judiciaire et faire l'objet d'une proposition en ce sens aux parties ¹⁸⁰⁹. Ces critères, non exhaustifs, sont parfaitement transposables à la conciliation judiciaire ¹⁸¹⁰. Ils visent ¹⁸¹¹ toutes les affaires où « *les parties sont appelées à poursuivre des relations* » entre elles une fois le litige éteint, ce qui est fréquemment le cas en matière sociale ¹⁸¹², en matière familiale ¹⁸¹³, en matière de rapports de voisinage ou de copropriété, dans les affaires mettant en cause bailleurs et locataires ou encore les affaires portant sur des relations commerciales. Sont également visées dans la liste des affaires « conciliables » : celles pour lesquelles « *la solution juridique serait inéquitable ou ses conséquences démesurées pour l'une des parties* » ; celles pour lesquelles « *la procédure s'éternise* », parce que les parties font état de découragement ou qu'elles ne souhaitent plus persévérer dans la voie contentieuse ¹⁸¹⁴ ; celles où « *la décision risque d'être inexécutée* » ; enfin, celles pour lesquelles « *des concessions réciproques sont envisageables* ».

50 **523. Critères défavorables** - Inversement, sont considérés comme présentant des critères défavorables ¹⁸¹⁵, les litiges mettant en

cause des parties multiples ¹⁸¹⁶, ceux dans lesquels l'une des parties est nettement en position de force par rapport à l'autre ¹⁸¹⁷ ou encore ceux pour lesquels une solution juridique s'impose. La liste de la cour d'appel de Paris ne mentionne pas les affaires portant sur des droits dont les parties n'ont pas la libre disposition ¹⁸¹⁸ ni celles relatives à des questions d'ordre public : probablement parce qu'elle considère qu'il va de soi que de telles affaires sont, par nature, soit purement et simplement exclues du champ de la conciliation et de la médiation, soit négociables, mais sous condition d'un contrôle judiciaire aigu ¹⁸¹⁹.

- 51 **524.Appréciation de l'opportunité de la proposition** - Dans l'hypothèse où le juge serait en présence d'une affaire objectivement conciliable, car présentant suffisamment de critères favorables pour pouvoir faire l'objet d'une conciliation ou d'une médiation, celui-ci doit alors, dans un second temps et avant de s'adresser aux parties en vue de leur proposer de recourir à de telles procédures, s'interroger sur l'opportunité de le faire. Ainsi, par exemple, il devra s'assurer qu'au vu du calendrier de procédure, il est personnellement suffisamment disponible pour accomplir ou superviser une mission de conciliation qui peut nécessiter beaucoup de temps ; il devra également prendre en considération le degré d'avancement de l'instance : est-il toujours opportun de proposer une conciliation ou une médiation alors que les débats sont en cours, voire, que l'affaire est en délibéré ? N'y a-t-il pas un risque que les parties interprètent mal une proposition si tardive, comme faisant état, par exemple, d'une difficulté du juge à dire le droit, à statuer et ce faisant, comme étant une désertion ¹⁸²⁰ de sa part ?

b) Proposition de conciliation ou de médiation judiciaire

- 52 Toutes ces étapes franchies et dans l'hypothèse où le juge serait convaincu de l'opportunité qu'il y aurait à régler l'affaire litigieuse via une procédure de conciliation ou de médiation, il lui appartient alors de formuler une proposition en ce sens aux parties. Cette proposition leur sera adressée soit par écrit, soit plus simplement oralement à l'audience.
- 53 **525.Proposition par écrit** - Lorsqu'elle est formulée par écrit, la proposition est le plus souvent assortie d'une notice explicative aux fins d'éclairer les parties et leurs conseils sur les avantages et les spécificités de cette procédure, à charge pour les parties de répondre au juge dans un délai imparti. Utilisée de manière quasi systématique par certaines juridictions ¹⁸²¹ pour toutes les affaires dont elles sont saisies, cette pratique s'est, en définitive, révélée décevante, les lettres restant le plus souvent sans réponse.
- 54 **526.Proposition orale** - Aussi, pour contrecarrer cet échec, nous avons déjà signalé ¹⁸²² qu'une « *expérience* » a été tentée qui consiste à tenir des audiences dont la seule finalité est de proposer aux parties dont les affaires ont été préalablement jugées *conciliables* par les juges, une procédure de médiation judiciaire. Cette expérience, pratiquée encore de manière très isolée ¹⁸²³, s'est jusqu'à présent avérée satisfaisante puisqu'environ 50 % des parties appelées à de telles audiences ¹⁸²⁴ acceptent le principe de recourir à une procédure de médiation judiciaire. Un auteur ¹⁸²⁵, qui a assisté à de telles audiences, nous les décrit sommairement : « *Lors de ces audiences, la Présidente de la chambre présente le processus de médiation selon un certain rituel [...]. Tout d'abord, elle débute l'audience par une présentation rapide de ses différentes phases. A cette audience de médiation, un ou deux médiateurs sont présents et la Présidente propose aux parties qui voudraient des renseignements complémentaires de rencontrer un médiateur pour qu'il les informe sur le déroulement de la*

médiation. C'est à l'issue de cette phase d'information que la Présidente propose la médiation aux parties et à leurs conseils. Ces derniers donnent leur accord au magistrat qui rend le plus souvent une ordonnance désignant le médiateur ». Dans le même esprit, les tribunaux d'instance font de plus en plus fréquemment siéger des conciliateurs de justice aux côtés du juge d'instance, afin que ce dernier puisse proposer directement aux parties qui se présentent devant lui de tenter sur-le-champ une conciliation avec le conciliateur ¹⁸²⁶. Depuis la loi n° 20021138 du 9 septembre 2002, on sait que le juge peut, plus gravement, leur « enjoindre » de se présenter devant le conciliateur de justice, pour que ce dernier les informe « sur l'objet et le déroulement de la mesure de conciliation » ¹⁸²⁷.

- 55 L'avantage de la proposition orale est qu'elle permet l'instauration d'un dialogue entre le juge et les parties destiné à éclairer ces dernières sur ces procédures et ainsi, à s'assurer qu'elles prendront leur décision en pleine connaissance de cause. Cela permet au juge d'informer les parties des avantages que peut présenter une solution négociée par rapport à une solution imposée, de leur indiquer les gains de temps et d'argent qui peuvent en résulter et surtout, d'insister sur le caractère facultatif de la procédure comme des éventuelles propositions qui pourraient leur être adressées au cours de celle-ci.
- 56 Le risque, cependant, est que les parties se sentent liées par toutes sortes de propositions venant du juge et n'osent rien refuser ; pire encore, on peut craindre que le juge ne profite de sa position de force pour soutirer aux parties leur consentement ¹⁸²⁸. Aussi, il importe que le juge leur rappelle le caractère strictement volontaire de ces procédures ainsi que les limites de ses pouvoirs lorsqu'il se transforme en juge-conciliateur : qu'il leur rappelle qu'il propose plus qu'il n'impose ; qu'il ne tranche pas leur différend ; que la

solution doit émaner des parties elles-mêmes ; que ces dernières sont libres de ne pas donner suite à ses offres. Sur ce dernier point, il convient de préciser qu'en effet, l'éthique de la conciliation et de la médiation exige du juge – comme du tiers – qu'il n'ait jamais recours à son autorité naturelle pour tenter d'imposer une solution aux parties, même s'il l'estime équitable ¹⁸²⁹ .

2°. Le devoir de loyauté

57 **527. Devoir de loyauté et pourparlers judiciaires ; données du problème** - L'entrée du devoir de loyauté dans « le champ du droit processuel » ¹⁸³⁰ est assez récente. Notion « d'inspiration morale » ¹⁸³¹ , la loyauté s'est d'abord mise à imprégner le droit des obligations – du stade de la formation ¹⁸³² à celui de l'exécution ¹⁸³³ du contrat – avant de gagner le droit processuel : « Il est tout à fait remarquable que certaines tendances observées en droit des contrats le soient également en droit du procès, le concept de justice contractuelle, avec ses présupposés philosophiques et ses avatars techniques, étant à la croisée des évolutions : ici comme là, il est question de loyauté, de coopération, voire de fraternité » ¹⁸³⁴ . La loyauté est donc désormais une notion qui innerve tout le droit du procès ¹⁸³⁵ et qui tend à acquérir en droit processuel une « importance autonome » ¹⁸³⁶ au point que la doctrine s'interroge sur l'émergence d'un véritable *principe* de loyauté en droit processuel ¹⁸³⁷ . Il existerait donc diverses familles de loyauté ¹⁸³⁸ et parmi elles, l'une propre au droit des contrats – la loyauté contractuelle ; l'autre propre au droit processuel – la loyauté processuelle ¹⁸³⁹ .

58 Se pose alors la question de la catégorie de loyauté applicable à la conciliation et à la médiation judiciaires : loyauté processuelle ou loyauté contractuelle ? La nature juridique hybride de ces procédures, mi-judiciaire mi-conventionnelle, rend la réponse

délicate. *A priori*, la dualité de nature de ces procédures empêche d'envisager une application distincte de l'une ou l'autre de ces formes de loyauté, si tant est qu'il existe une véritable distinction entre les deux. Bien au contraire, avec les pourparlers judiciaires, il semble plutôt que loyauté processuelle et loyauté contractuelle s'entremêlent, se complètent voire se confondent. La spécificité de ces procédures commande cette association, sinon cette fusion.

59 **528. La loyauté, règle de conduite** – Aussi, pour ne pas nous perdre dans des débats doctrinaux, nous proposons, dans les développements qui vont suivre, d'envisager la loyauté dans un sens large, en tant que « *règle de conduite qui exige des sujets de droit une loyauté et une honnêteté exclusive de toute intention malveillante* » ¹⁸⁴⁰ . Sera visée la « *bonne foi-loyauté* » ¹⁸⁴¹ , celle que « *le droit positif impose dans les relations contractuelles et précontractuelles* » ¹⁸⁴² , mais que l'on retrouve aussi en tant que « *principe fédérateur* » ou « *dénominateur commun à différents principes directeurs du procès* » ¹⁸⁴³ et qui s'illustre plus concrètement dans diverses règles processuelles. Cette approche globale nous permettra d'appréhender la question de la loyauté dans les pourparlers judiciaires de manière généreuse, en nous inspirant aussi bien des principes de droit contractuel que de ceux du droit processuel.

60 **529. La loyauté dans les pourparlers judiciaires** – La nécessité que les parties fassent preuve de loyauté ou de bonne foi en cours de conciliation ou de médiation judiciaire est régulièrement rappelée par la jurisprudence ¹⁸⁴⁴ comme par la doctrine ¹⁸⁴⁵ . Principe directeur de ces procédures, la loyauté constitue véritablement aux yeux de tous la condition pour que les pourparlers se déroulent équitablement, « *dans le respect des intérêts de chacun* » ¹⁸⁴⁶ . En l'absence de décision jurisprudentielle sur la question pouvant nous éclairer sur les obligations concrètes qu'un tel principe peut

engendrer en matière de pourparlers judiciaires, nous proposons de procéder à un examen des décisions rendues relativement aux pourparlers précontractuels en général, indépendamment de l'objet et du contexte de ces derniers, afin d'apprécier si une transposition des solutions dégagées est possible.

61 **530. La loyauté dans les pourparlers précontractuels** – Nous avons déjà souligné ¹⁸⁴⁷ que l'exigence de bonne foi pendant les pourparlers précontractuels ¹⁸⁴⁸ ne résultait pas d'un texte particulier ¹⁸⁴⁹ : c'est la jurisprudence ¹⁸⁵⁰ qui a comblé ce vide juridique, au point que désormais, la bonne foi figure parmi les « *devoir précontractuels* » ¹⁸⁵¹ impartis aux futurs contractants. Les pourparlers, période cruciale de la genèse des contrats, ne relèvent donc plus, pour reprendre les termes d'un auteur ¹⁸⁵², d'un « *no man's land juridique* » mais bien au contraire, sont soumis à la même exigence de loyauté que l'exécution du contrat. La finalité de cette exigence est de « *garantir l'efficacité et la sécurité des pourparlers* » et « *d'empêcher toute déloyauté qui ferait échec à l'aboutissement des négociations ou causerait un préjudice au partenaire lors de la période précontractuelle* » ¹⁸⁵³.

62 Cependant, la réalisation de cet objectif, qui suppose une « *intervention juridique* » ¹⁸⁵⁴ dans les rapports entre les parties en pourparlers, entre en conflit avec le principe de liberté qui domine toute la période précontractuelle. La difficulté est donc de parvenir à concilier ce régime de liberté ¹⁸⁵⁵ avec la nécessité d'assurer un minimum de sécurité juridique aux parties en négociation ¹⁸⁵⁶. La liberté consiste à pouvoir conduire les pourparlers sans contrainte, mais surtout, à pouvoir y mettre fin à tout moment ¹⁸⁵⁷, sans engager, *a priori*, sa responsabilité ¹⁸⁵⁸. Elle suppose que les parties soient libres de ne pas conclure le contrat projeté ¹⁸⁵⁹, libres de prospecter ailleurs, libres de ne pas invoquer les raisons pour

lesquelles elles ont décidé de rompre ¹⁸⁶⁰. A l'inverse, la sécurité juridique exige que chacune des parties en pourparlers puisse compter sur les propositions faites par l'autre, puisse s'assurer que les pourparlers n'auront pas été engagés à la légère, sans intention de contracter ¹⁸⁶¹ ou, inversement, ne seront pas rompus brutalement et sans motif légitime, en un mot, de façon arbitraire ¹⁸⁶². La conciliation de ces deux principes ne sera possible que si règne, tout au long des négociations, une certaine éthique précontractuelle ¹⁸⁶³.

63 **531. La bonne foi : instrument de déontologie des pourparlers précontractuels** - Or, il semble que le recours à la bonne foi ¹⁸⁶⁴ soit précisément le moyen qui permette de concilier ces deux impératifs contradictoires ¹⁸⁶⁵. La bonne foi « institue une certaine déontologie de la négociation en sanctionnant les débordements » ¹⁸⁶⁶. Concrètement, elle met à la charge des négociateurs une double exigence de transparence et de cohérence ¹⁸⁶⁷. La transparence consiste à informer régulièrement son partenaire des « éléments propres à l'éclairer dans sa prise de décision » ¹⁸⁶⁸ ; la cohérence consiste à avoir un comportement toujours conforme aux attentes que l'on a pu créer dans l'esprit des négociateurs. L'analyse de la jurisprudence montre que si la liberté reste le principe et autorise toute partie en pourparlers à rompre ceux-ci, c'est à la condition toutefois que la rupture soit réalisée de bonne foi. Dans le cas contraire, si la rupture est abusive ¹⁸⁶⁹, résulte d'une intention de nuire ¹⁸⁷⁰ ou encore, est effectuée avec une légèreté blâmable ¹⁸⁷¹, alors la responsabilité de son auteur sera engagée.

64 **532. Contenu du devoir de loyauté précontractuelle** - Plus précisément, parmi les comportements répréhensibles susceptibles d'engager la responsabilité de leur auteur pour manquement à l'obligation générale de bonne foi, on peut citer le fait d'engager des

négociations en faisant « *miroiter aux yeux de l'autre partie l'espérance d'une convention* » 1872 pour finalement refuser de la réaliser 1873 ; le fait de prendre l'initiative de pourparlers alors même que l'on sait ne pas être titulaire du droit en discussion 1874 et que l'on ne sait pas si on le sera un jour ; ou encore, le fait de laisser son partenaire engager des frais importants tout en sachant que l'on ne mènera pas la négociation à son terme 1875 . La faute consistera encore à prolonger une négociation dont on sait qu'elle ne peut aboutir 1876 ; à engager ou poursuivre des négociations dans le seul but d'obtenir du partenaire des informations, des preuves ou des secrets 1877 ; ou encore, à rompre « *sans raison légitime, brutalement et unilatéralement des pourparlers avancés* » 1878 .

- 65 Sur ce dernier point – le caractère avancé des pourparlers – on observera avec un auteur 1879 que « *plus [les pourparlers] se prolongent et plus la liberté des parties de ne pas conclure le contrat se restreint* » car, sans pour autant être contraintes de « *s'accorder définitivement [...], les justes motifs de se dérober de raréfient* ». En effet, plus les pourparlers se prolongent et plus les parties ont de légitimes raisons de croire en une forte probabilité de conclusion du contrat 1880 . Cependant, ce sera moins le caractère avancé des pourparlers, en tant que tel, qui sera retenu par les juges pour qualifier la faute dans la rupture des négociations 1881 , que le fait de faire croire légitimement à son partenaire que l'on est sur le point de conclure le contrat projeté, pour finalement y renoncer. Un arrêt du 10 juin 1992, rendu par la cour d'appel de Riom 1882 , l'illustre très clairement en affirmant que « *si la liberté est le principe dans le domaine des relations précontractuelles, y compris la liberté de rompre à tout moment les pourparlers, il n'en est pas moins vrai que lorsque ces derniers ont atteint en durée et en intensité un degré suffisant pour faire croire légitimement à une partie que l'autre est sur le point de conclure, et*

partant, pour l'inciter à certaines dépenses, la rupture est alors fautive, cause un préjudice, et donne lieu à réparation ». La bonne foi impose donc de ne pas « *entretenir chez le partenaire de faux espoirs de succès* »
1883 .

- 66 **533. Extension aux pourparlers judiciaires** - Etendues aux procédures de conciliation et de médiation judiciaires, ces observations nous amènent à la conclusion suivante : si les parties sont en principe libres de s'engager ou de ne pas s'engager dans de telles procédures, libres d'y mettre fin quand bon leur semble sans jamais être contraintes de parvenir à un accord amiable 1884 conformément au principe de liberté qui gouverne toute période précontractuelle 1885 , en revanche, leur responsabilité devrait pouvoir être retenue chaque fois qu'elles abuseront de cette liberté 1886 , autrement dit, chaque fois qu'elles l'exerceront de mauvaise foi, de manière déloyale.
- 67 La mauvaise foi pourra consister dans le fait de s'engager dans une procédure de conciliation ou de médiation judiciaire et, plus gravement encore, en cas de médiation, de laisser l'autre partie engager les frais qu'implique nécessairement cette procédure, sans avoir l'intention de la mener à son terme ; soit pour gagner du temps dans le cadre du procès contentieux ; soit dans l'espoir malveillant d'obtenir de l'autre partie des informations ou des secrets. Il y aura également faute pour rupture abusive si l'une des parties met brutalement fin à la procédure de conciliation ou de médiation judiciaire, alors qu'une solution amiable était sur le point d'être dégagée – autrement dit alors que les pourparlers étaient particulièrement avancés et que l'autre partie pouvait légitimement compter sur leur issue favorable ; ou bien après avoir laissé l'autre partie s'investir véritablement dans la recherche d'un compromis – matériellement 1887 et psychologiquement – en vain. La rupture

brutale de pourparlers aux fins de conciliation ou de médiation judiciaire est donc susceptible de causer un dommage : soit en ne permettant par le règlement amiable escompté ; soit en portant préjudice à l'autre partie. La sanction appliquée doit être l'engagement de la responsabilité de l'auteur de la rupture – on parle alors de responsabilité précontractuelle ¹⁸⁸⁸ – car, « *En l'absence de règles légales spécifiques à la période précontractuelle, les mécanismes généraux de la responsabilité civile permettent de traiter les conséquences dommageables de la rupture* » ¹⁸⁸⁹. Pour l'instant, à notre connaissance, il n'existe pas encore de décision sanctionnant des parties pour les dommages qu'elles auraient causés du fait de leur mauvaise foi dans le cadre de procédures de conciliation ou de médiation judiciaires ¹⁸⁹⁰. Il semble que la raison majeure de cette absence de sanction réside dans le principe de confidentialité qui gouverne toute la procédure amiable et qui empêche les parties comme le juge de pouvoir respectivement invoquer et tenir compte du moindre comportement déviant.

3°. Le principe de célérité

- 68 **534. Consécration du principe** - Un dernier principe irréductible doit être rapidement envisagé : il s'agit du principe de célérité ¹⁸⁹¹. Nous avons déjà souligné que lorsque la conduite des pourparlers judiciaires était confiée à un tiers, les textes l'enfermaient dans des délais réglementaires particulièrement rigoureux ¹⁸⁹². Ainsi, tandis que la conciliation judiciaire déléguée ne peut excéder une durée de deux mois ¹⁸⁹³, la médiation judiciaire ne peut, quant à elle, excéder une durée de six mois ¹⁸⁹⁴. Le plafonnement de la durée des pourparlers judiciaires peut surprendre : on serait effectivement plutôt enclin à penser que pour parvenir au règlement amiable de leur litige, les parties ont besoin d'un « *certain temps* » ¹⁸⁹⁵ : « *il faut*

pouvoir prendre la mesure de ses arguments, de ceux de l'adversaire, des avantages escomptés et des inconvénients attendus du règlement amiable »¹⁸⁹⁶. A ce propos, nous avons d'ailleurs déjà fait part de nos critiques sur la brièveté comme sur la rigidité de ces délais, qui nous semblent incompatibles avec l'esprit des modes amiables de règlement des conflits, fussent-ils judiciaires.

- 69 **535. Fondement des délais réglementaires** - Cependant, c'est précisément à cause de leur nature judiciaire que ceux-ci ont été enfermés dans des délais réglementaires, discrétionnairement fixés par le juge. L'exigence de célérité de la justice déteint sur les procédures de conciliation et de médiation judiciaires en les contraignant également à une certaine célérité car « *engager une procédure à cette fin, c'est toujours prendre le risque d'ajouter du temps à celui que prendra la procédure contentieuse* »¹⁸⁹⁷. Le principe de célérité de la conciliation et de la médiation judiciaires se trouve donc expressément consacré. Il s'adresse d'abord au juge, afin de lui rappeler que la durée des pourparlers judiciaires sera prise en considération dans le calcul du délai raisonnable en application de la technique de l'appréciation *in globo*¹⁸⁹⁸ ; il s'adresse ensuite aux parties en tant que « *devoir de diligence* »¹⁸⁹⁹ ou expression particulière de leur devoir de loyauté, afin de les dissuader d'adopter toute « *stratégie dilatoire* »¹⁹⁰⁰ destinée à retarder l'issue judiciaire du litige ou, inversement, à faire preuve d'une vélocité excessive dans l'intention d'obtenir le consentement de la partie adverse sur une solution qui ne sert pas nécessairement les intérêts de cette dernière, sans lui laisser le temps d'apprécier la portée de ses engagements.
- 70 **536. Conclusion** – L'examen des principes directeurs applicables aux pourparlers judiciaires conduit à la constatation suivante : parmi les principes fondamentaux de droit processuel, pris dans leur globalité,

se distinguent deux catégories. La première regroupe des principes que nous pourrions qualifier d'accessoires ou de secondaires car susceptibles d'être écartés sous certaines conditions ; la seconde regroupe des principes *strictement* fondamentaux ou *plus fondamentaux* que les autres, dont aucune procédure de règlement des litiges ne peut prétendre s'affranchir, pas même les procédures consensuelles et négociées. Il existerait donc une pondération entre les différents principes de droit processuel, faisant émerger un noyau dur, une poignée de principes directeurs irréductibles. Parmi ces derniers principes, figurent le principe de loyauté, de célérité ainsi que le droit au juge.

- 71 Le caractère strictement impératif de ces principes a une double finalité : assurer l'équité de la procédure envisagée et, au-delà, assurer le respect du droit à un procès équitable. On observe en effet que ce noyau dur de principes fondamentaux correspond approximativement aux principes processuels universels communs à toutes les procédures dont une partie de la doctrine contemporaine a découvert l'émergence ¹⁹⁰¹ ; principes universels qui ne se réduiraient pas à leur seule acception procédurale mais, plus largement encore, s'affirmeraient en tant qu'expression d'un droit substantiel ¹⁹⁰² : le droit au procès équitable.
- 72 Ainsi, indépendamment de la voie empruntée pour mettre fin à un litige – voie juridictionnelle ou voie amiable – il est des principes auxquels on ne peut se soustraire si l'on souhaite que cette voie offre un minimum de garanties – comme s'il s'agissait « *d'une évidente nécessité de droit naturel* » ¹⁹⁰³ – et ces principes sont ceux que suggère le modèle universel du procès équitable.
- 73 L'encadrement des pourparlers judiciaires par ces principes fondamentaux suffit-il à en assurer la déontologie ? Une manière de s'en assurer reste toutefois d'encourager les parties à se faire assister

d'un avocat, intervenant à part entière des procédures de conciliation et de médiation judiciaires et maillon essentiel dans le contrôle de l'adéquation de ces procédures aux exigences du procès équitable.

SECTION II – L'ENCOURAGEMENT À L'ASSISTANCE D'UN AVOCAT

74 537. La présence des avocats auprès des parties pendant une procédure de conciliation ou de médiation judiciaire est aujourd'hui non seulement chose admise, mais également vivement souhaitée **(B)**, non seulement parce qu'elle est l'expression du droit de toute personne à l'assistance d'un avocat, mais surtout, parce qu'elle est pratiquement indispensable pour assurer l'effectivité de la déontologie des pourparlers judiciaires. L'actuelle faveur accordée aux avocats dans le cadre de ces procédures conduit à s'étonner que la question de leur présence auprès des parties soit restée si longtemps controversée **(A)**.

A. La controverse initiale

75 538. *Enfermement de l'avocat dans une stratégie contentieuse* - Sans remonter jusqu'à la période post-révolutionnaire, où l'assistance des parties dans le cadre du préliminaire de conciliation organisé devant les juges de paix n'était autorisée qu'à la condition que ce ne fût pas par des hommes de loi, alors « *considérés comme agents de discorde* »¹⁹⁰⁴, la question de la présence des avocats auprès de leurs clients lors d'une procédure de conciliation ou de médiation judiciaire est longtemps restée controversée. La principale critique consistait à dire que la présence des avocats était susceptible de compromettre le bon déroulement, l'authenticité ou la spontanéité de ces procédures. Plus précisément, on craignait que l'avocat ne soit pas capable, sinon s'obstine à ne pas vouloir se départir de la règle de droit, qu'il adopte un comportement systématiquement réprobateur et négatif à l'égard de ces procédures ou encore, que sa présence aux

côtés de l'une des parties seulement génère une inégalité des armes mettant en cause l'équilibre, sinon l'équité de la procédure amiable considérée. Ces craintes ont été jusqu'à inciter une partie de la doctrine à interpréter diverses dispositions relatives aux procédures de conciliation ou de médiation judiciaires comme sollicitant une exclusion pure et simple des avocats de ces procédures.

- 76 **539. Incapacité ou refus de se départir de la règle de droit** – Les premières appréhensions invoquées ont donc été de dire que les avocats ne parviendraient pas à abandonner leur stratégie contentieuse, plus encore si la tentative de règlement amiable intervenait en cours d'instance et qu'un examen contentieux du dossier avait déjà été réalisé, voire des conclusions ou plaidoiries préparées. Il était redouté que l'avocat ramène perpétuellement les éléments du débat vers des questions de droit, qu'il ne se départisse pas des termes de la loi ou, pire encore, qu'il ne parvienne pas à quitter sa logique d'affrontement, de duel judiciaire, au détriment de toute recherche de compromis et de rapprochement.
- 77 Il est vrai que beaucoup d'avocats refusaient d'accepter que la justice puisse être rendue autrement que par la stricte et nécessairement juste application de la règle de droit : « *Hors le prétoire, point de salut* »... Un haut magistrat rappelle à ce titre – et déplore – que beaucoup ont comparé et comparent encore la médiation à une « *procédure un peu bâtarde [qui] de surcroît [...] n'est pas convenable au sens de l'application du droit strict, [qui] ne correspond pas non plus à nos habitudes, à nos usages et à notre culture* » 1905 . De ce fait, médiation et conciliation judiciaires sont longtemps restées aux yeux de ces professionnels du droit comme des procédures ne permettant d'accéder qu'à une « sous-justice », qu'à des solutions précaires qu'il convenait de condamner. Pire encore, on a pu trouver, sous la plume d'un bâtonnier 1906 , des propos particulièrement diffamatoires à

propos de la médiation, disant qu'elle est « *une idée généreuse en apparence, mais perverse car elle va progressivement imposer l'égalité de situation. [...] Or, la justice suppose un choix de valeurs et ne tend jamais vers une égalité. L'étymologie est riche d'enseignement. La transaction allait au-delà... La médiation va au milieu... en un mot, au médiocre* ».

- 78 Or, pour permettre la réussite des modes amiables de règlement des conflits, il est non seulement indispensable que tous les acteurs concernés agissent avec un état d'esprit prédisposé à la conciliation, apte au compromis, ouvert aux concessions, mais encore, que chacun d'entre eux ait foi en ces procédés, y voit de nombreux avantages et accepte d'en appliquer scrupuleusement les règles, les principes directeurs. Il s'ensuit que la présence d'avocats particulièrement sceptiques sur les avantages de ces procédures et réticents à s'y engager car opposés à l'idée que l'on puisse régler des conflits autrement que par la stricte application du droit, ne pouvait effectivement que contribuer à l'échec de toute tentative de règlement amiable.
- 79 **540. Comportement réprobateur et négatif** – Une autre crainte avancée était que l'avocat fasse obstacle au succès d'une conciliation ou d'une médiation simplement par son manque d'enthousiasme ou par une attitude négative : en refusant presque systématiquement les propositions de l'adversaire ; en campant sur ses propres positions ; en refusant toutes sortes de concessions de la part de son client ¹⁹⁰⁷. Un tel comportement ne peut effectivement qu'enlever de la souplesse et de la spontanéité à la procédure de conciliation ou de médiation, les parties n'osant plus se livrer autant que si elles étaient seules. La seule issue de secours, dans ce cas, serait que le médiateur décide de prendre les négociations en mains et, par exemple, demande à s'entretenir avec chacune des parties

séparément, sans leurs conseils, et n'informe ces derniers de l'état d'avancement des pourparlers que dans un second temps.

80 **541. Inégalité des armes** - Une dernière appréhension rencontrée était enfin que la médiation ou la conciliation mette en présence une partie assistée de son conseil et une autre partie non assistée. Dans un tel cas de figure, il y aurait alors déséquilibre, « *inégalité des armes* »¹⁹⁰⁸ susceptible de générer une solution inéquitable, injuste. Certes, il appartiendrait au médiateur de faire son possible pour rééquilibrer la situation : par exemple, donner d'abord la parole à celui qui est en position dominée afin que ce dernier ne se trouve pas prisonnier de la logique de l'autre¹⁹⁰⁹ ; suggérer fortement à la partie non assistée de prendre conseil auprès d'un juriste spécialisé¹⁹¹⁰ ; le cas échéant, rappeler régulièrement la règle de droit ou les termes du contrat quand ceux-ci sont particulièrement clairs et explicites¹⁹¹¹ ... Cependant, « *l'existence de techniques appropriées n'est pas une garantie contre l'injustice [...]* ; la seule garantie que puisse donner le médiateur à ce propos repose sur la déontologie dont il se réclame »¹⁹¹² .

81 **542. Les dispositions prohibant la représentation des parties et leur interprétation** - Pour justifier ces inquiétudes, des auteurs se sont fondés sur les dispositions du nouveau code de procédure civile qui, en vue de favoriser le rapprochement des parties, requièrent expressément à cette fin la présence de ces dernières « *en personne* ». Cette exigence, nous l'avons déjà souligné¹⁹¹³ , si elle n'empêche pas les parties de se faire assister, interdit en revanche leur représentation. L'objectif, en sollicitant la présence des parties en personne, est à chaque fois d'inciter celles-ci à participer activement à la procédure concernée, de favoriser leur coopération avec le juge et, au mieux, de parvenir à leur rapprochement.

- 82 Certains auteurs ¹⁹¹⁴ ont interprété ces diverses dispositions comme signifiant que partout où la présence des parties était requise *en personne*, c'est parce que ces dernières étaient considérées comme mieux à même de servir leurs propres intérêts *seules* qu'en présence de leurs avocats. Ainsi, selon eux, « *l'insistance avec laquelle le nouveau code affirme que les « parties se défendent elles-mêmes [...] ou qu'elles comparaissent « en personne »* » ¹⁹¹⁵ ne peut qu'exprimer « *l'idée que la conciliation a davantage de chances de réussir en l'absence des avocats qu'en leur présence* », car « *de telles dispositions laissent entendre insidieusement que les renoncements nécessaires à toute conciliation seront plus faciles à obtenir des parties elles-mêmes que de leurs avocats* ».
- 83 Parmi les procédures concernées, on compte de nombreux préalables de conciliation ¹⁹¹⁶ dans le cadre desquels, effectivement, si les parties peuvent se faire assister d'un conseil, en revanche, elle ne peuvent pas se faire représenter, sauf existence d'un « *motif légitime* » ¹⁹¹⁷, dérogation que la jurisprudence interprète strictement ¹⁹¹⁸. L'exigence de la présence des parties en personne repose sur l'espoir que cela va amener ces dernières à s'investir véritablement dans la recherche d'une solution amiable à leur conflit et, au-delà, établir un lien, un rapprochement entre les parties et le juge susceptible de favoriser leur coopération mutuelle.
- 84 A côté de ces préalables de conciliation, certaines mesures d'instruction requièrent également la présence des parties en personne pour leur exécution. L'exigence de la présence des parties, avant tout destinée à assurer le respect par ces dernières de l'obligation qui leur est faite d'apporter leur concours aux mesures d'instruction ¹⁹¹⁹, est rendue effective par la convocation personnelle de celles-ci à l'exécution desdites mesures ¹⁹²⁰ ainsi que par une interdiction de principe de s'y faire représenter ; les parties ne sont autorisées qu'à s'y faire assister ¹⁹²¹, sauf à ce que la

mesure n'implique pas leur audition personnelle, auquel cas la représentation est possible ¹⁹²². Or, on constate que la mise en présence des parties en litige dans un contexte destiné à susciter le dialogue, donne lieu à un nombre non négligeable de conciliations alors même que telle n'est pas la finalité première des mesures d'instruction ¹⁹²³. Il semble donc qu'il existe bien un lien entre l'exigence de la présence des parties en personne et la volonté de favoriser leur conciliation.

- 85 **543. Les risques consécutifs à l'absence d'assistance** - Cependant, interpréter ces diverses dispositions comme sollicitant implicitement une exclusion temporaire des avocats et en déduire que les procédures de médiation et de conciliation judiciaires se porteraient mieux si les parties s'y présentaient seules, est excessif et critiquable car cela présente d'importants risques. Des parties inexpérimentées et ignorantes des règles de droit peuvent être amenées à accepter des solutions contraires ou peu protectrices de leurs intérêts ; d'autres parties, en situation de faiblesse par rapport à leur adversaire, peuvent perdre leurs moyens et renoncer à leurs prétentions initiales ; en résumé, conciliation et médiation judiciaires peuvent se transformer en procédures où règnent le non-droit, l'injustice, l'iniquité. « On ne saurait mésestimer les risques inhérents à l'apparition d'une sous-justice dont relèveraient certains litiges du fait [...] de la qualité des personnes intéressées », fait à ce propos remarquer un auteur ¹⁹²⁴. Au-delà, l'éviction des avocats de ces procédures ne peut que contrevenir à la politique judiciaire contemporaine qui tend à favoriser l'accès de tous les justiciables au droit – et non plus seulement à la justice – indépendamment de toute instance judiciaire ¹⁹²⁵. Or, cet accès au droit suppose l'assistance et les conseils effectifs de juristes spécialisés. Pour cela, la présence des avocats semble plus que jamais nécessaire. Il ne suffit pas que

toute partie en conciliation ou en médiation *puisse* se faire assister ; il faut véritablement qu'elle se voie *systématiquement* et *effectivement* proposer l'aide d'un tiers.

B. Reconnaissance contemporaine du rôle déterminant des avocats

86 **544. *Prise de conscience progressive de l'importance de l'avocat*** - La présence d'avocats aux côtés de parties en médiation ou en conciliation judiciaire, aujourd'hui considérée comme une nécessité absolue ¹⁹²⁶, est une question qui avait déjà ses partisans à l'époque où, pourtant, existait encore la controverse sur ce point. Ainsi, certains considéraient déjà que les parties ne pouvaient pas être envisagées dans le cadre de telles procédures sans leurs avocats, lesquels devaient être intégralement assimilés à la notion de partie de manière à ce que le plaideur et son conseil constituent une « *entité indissociable* » ¹⁹²⁷. Selon ces auteurs, sans le concours personnel et actif des avocats, aucune conciliation ni médiation ne devait être envisagée ¹⁹²⁸, la présence permanente de ces derniers aux côtés de leurs clients étant la seule garantie du respect de leurs intérêts ainsi que des droits de la défense, conditionnant le bon déroulement de la procédure et permettant aux plaideurs d'exprimer librement leur volonté fondée sur des conseils éclairés ¹⁹²⁹. Mais avant la fin des années 90, cette conception du rôle de l'avocat au sein des procédures de conciliation et de médiation judiciaires était encore loin de faire l'unanimité.

87 **545. *Sensibilisation des avocats à la conciliation et à la médiation judiciaires*** - Il a fallu attendre les années 1998 / 1999 pour que les mentalités changent et que l'avocat devienne enfin un acteur à part entière des procédures de conciliation et de médiation judiciaires, au

même titre que le juge ou le tiers et avec lesquels il forme désormais un trio inséparable ¹⁹³⁰ . Ainsi lit-on fréquemment aujourd'hui que « *la médiation ne pourra acquérir ses lettres de noblesse et ainsi rendre une justice équitable et de qualité sans se passer du concours des avocats...* » ¹⁹³¹ . La présence des avocats auprès des parties est aujourd'hui devenue une priorité pour la réalisation de laquelle juridictions et barreaux se sont associés étroitement ¹⁹³² . Ainsi, en vue de promouvoir l'assistance des parties en conciliation ou en médiation, une véritable campagne de sensibilisation a été progressivement mise en place à l'intention des magistrats, des avocats et des justiciables par le biais de protocoles d'accord signés entre les Bâtonniers et chefs de Cour de la majorité des grandes villes de France ¹⁹³³ . En application de ces ^protocoles, divers colloques, conférences ou tables rondes ont été organisés ¹⁹³⁴ sur le thème de la médiation et de son application dans les différentes branches du droit ¹⁹³⁵ ; de très nombreux articles ont été écrits en vue de sensibiliser les acteurs potentiels de ces procédures, de les familiariser avec les textes applicables et de leur donner un aperçu de leur mise en œuvre.

- 88 **546. Formation des avocats à la médiation** - Plus encore, se sont développés des programmes de formation des avocats aux techniques de la conciliation et de la médiation. Particulièrement intense à Paris ¹⁹³⁶ , cette vague de formation ¹⁹³⁷ est destinée à accoutumer les avocats aux procédures amiables pour qu'ils sachent mieux informer et accompagner leurs clients au cours de celles-ci. L'objectif est donc, non seulement de promouvoir le recours à la conciliation et à la médiation judiciaires, mais surtout, d'assurer à ces procédures plus de garanties sur les plans juridique et déontologique, pour donner aux justiciables une information et un soutien à la hauteur des ambitions des juridictions et des barreaux et

permettre ainsi, de manière effective, la promotion d'une médiation de bonne qualité. Cette politique de sensibilisation et de formation semble porter ses fruits : on assiste depuis lors à un véritable changement d'esprit au sein de la profession d'avocat très favorable à l'accès au droit en général ¹⁹³⁸ et à l'essor de la conciliation et de la médiation judiciaires en particulier ¹⁹³⁹ : « *On peut voir dans cette évolution comme une réaction étroite des barreaux qui voudraient contrôler le développement de cette nouvelle pratique et y participer. On peut aussi pressentir que le corps des avocats se trouve lui aussi entraîné, même lentement, dans le courant qui pousse l'ensemble des instances de justice à faire une place croissante au paradigme de l'ordre négocié* » ¹⁹⁴⁰ .

- 89 **547. Rôle de l'avocat aux différents stades de la conciliation ou de la médiation** - Si l'objectif premier de cette campagne de sensibilisation est d'assurer la promotion de la médiation et de la conciliation au sein de l'institution judiciaire, sa réalisation passe nécessairement par une contribution étroite des acteurs concernés, dont en particulier celle des avocats qui, nous allons le voir, jouent véritablement un rôle fondamental dans ces procédures. En effet, non seulement les avocats interviennent en amont de toute procédure de conciliation ou de médiation judiciaire (1°), afin de la proposer à leurs clients soit de leur propre initiative, soit après proposition du juge ou de l'avocat adverse ; mais encore, ce sont les avocats qui sont amenés, dans un deuxième temps (2°), en cas d'engagement d'une telle procédure, à assister leur client tout au long de son déroulement, pour enfin, dans un troisième temps (3°), soit procéder à la rédaction de l'accord si les parties sont parvenues à se rapprocher, soit reprendre leur rôle d'avocat « *plaidant* » ¹⁹⁴¹ en cas d'échec de la tentative de règlement amiable.
- 90 Reprenons une à une chacune de ces différentes étapes pour bien apprécier la nature et la portée de leur rôle auprès de leurs clients à

l'occasion de procédures de conciliation ou de médiation judiciaires.

1°. Rôle de l'avocat en amont des pourparlers judiciaires

- 91 **548.** Le rôle de l'avocat, avant toute procédure de médiation ou de conciliation judiciaire – époque dite du « *diagnostic* » ¹⁹⁴² - consiste à informer son client sur ces modes amiables de règlement des conflits en tant que tels, puis sur leur compatibilité avec la nature ou la complexité du litige en cause.
- 92 **549. *Information sur les procédures de conciliation et de médiation judiciaires*** - S'agissant tout d'abord des renseignements relatifs aux procédures de conciliation et de médiation judiciaires, l'avocat doit être en mesure d'expliquer à son client les modalités de mise en œuvre de ces procédures amiables ainsi que leurs conséquences selon que les parties parviennent à un accord amiable ou ne parviennent pas à s'entendre : principes directeurs de ces procédures, devoirs et obligations de tous leurs intervenants – juge, tiers, parties elles-mêmes – délais, nature et portée d'un éventuel accord, reprise de l'instance judiciaire en cas d'échec de la procédure amiable, devoir de confidentialité etc.
- 93 **550. *Appréciation de la conciliabilité de l'affaire*** - S'agissant ensuite de l'information relative à l'adaptabilité du litige à ces procédures amiables, celle-ci consiste à comparer chacun des modes de règlement des conflits mis à la disposition du client de manière à permettre à ce dernier de faire un choix éclairé sur le mode qui lui semble le plus approprié à son affaire. L'avocat doit donc être en mesure d'informer son client sur les chances de succès que présente son dossier si celui-ci est porté devant le juge aux fins de jugement ¹⁹⁴³ et d'apprécier, en fonction des chances de succès estimées, si la voie amiable n'est pas plus adaptée. Ainsi, si une solution juridique s'impose, si les parties sont en trop grand nombre ou encore, s'il

existe un fort déséquilibre entre elles – l’une est en position de force par rapport à l’autre – il sera beaucoup plus raisonnable de renoncer à la voie amiable laquelle n’est pas adaptée pour ce genre de litige. En revanche, si les parties antagonistes sont appelées à poursuivre des relations entre elles ¹⁹⁴⁴, si les chances de succès au contentieux s’avèrent trop aléatoires, si la procédure s’éternise, si les données du litige sont plus factuelles et affectives que juridiques ou encore, si des concessions réciproques sont parfaitement envisageables, alors il y a lieu pour l’avocat d’encourager fermement son client à s’engager dans la voie amiable au lieu de s’engager ou de persister dans la voie juridictionnelle.

2°. Rôle de l’avocat pendant les pourparlers judiciaires

- 94 **551.Assistance du client dans un esprit de coopération** - Une fois le principe de recourir à une procédure de conciliation ou de médiation judiciaire accepté, le rôle de l’avocat va alors consister à assister son client dans la recherche d’un accord ¹⁹⁴⁵. Cette assistance, tant juridique que psychologique ¹⁹⁴⁶, nécessite au préalable une mise en condition de l’avocat qui doit renoncer à sa stratégie contentieuse traditionnelle pour lui substituer une stratégie de négociateur ¹⁹⁴⁷, une âme de marchand, apte à l’écoute, à la discussion et au compromis. La mission de l’avocat n’est plus de défendre son client, de camper sur ses positions ¹⁹⁴⁸, de trouver le point faible de l’adversaire, de réduire à néant les arguments de ce dernier en vue d’être le grand gagnant d’un duel judiciaire. Bien au contraire, le travail de l’avocat consiste ici à chercher une solution qui satisfasse les intérêts de son client et ne méconnaisse pas non plus ceux de l’autre partie. En principe, il n’y a plus d’adversaires mais deux parties qui travaillent à un projet commun : mettre fin à un différend grâce à une solution acceptable par tous. Ce changement

d'état d'esprit, de stratégie est indispensable faute de quoi il n'y a pas de médiation ou de conciliation possible 1949 .

- 95 Concrètement, le rôle de l'avocat consistera à conseiller son client sur le choix du tiers médiateur ou conciliateur ; à accompagner son client aux réunions de médiation ou de conciliation, sans pour autant systématiquement parler en son nom mais au contraire en le laissant s'exprimer librement ; à apporter des garanties déontologiques aux débats ; à formuler des propositions censées, acceptables par l'autre partie et, en retour, à faire le tri parmi les propositions qui lui sont faites ; chaque fois que la règle de droit est applicable, à jouer son rôle classique de conseil en indiquant à son client, au regard de cette règle, s'il est raisonnable ou non d'accepter la solution proposée ; à ne pas laisser son client accepter des solutions contraires à ses intérêts ou contraires à l'ordre public. Le travail de l'avocat consiste également à coopérer avec le tiers médiateur ou conciliateur. Son rôle est alors celui d'un intermédiaire entre le tiers et son client, chargé de communiquer avec l'un et l'autre dans l'optique d'une bonne compréhension mutuelle.

3°. Rôle de l'avocat à l'issue des pourparlers judiciaires

- 96 552. Il y a deux issues possibles aux procédures de conciliation et de médiation judiciaires : soit les parties ne parviennent pas à s'entendre sur la totalité des points litigieux (b) ; soit au contraire, elles parviennent à élaborer un accord qui éteint définitivement le litige qui les opposait (a). Dans l'un et l'autre cas, le rôle de l'avocat diffère.

a) Rôle de l'avocat en cas d'accord des parties

- 97 **553.L'avocat rédacteur** - Si l'on prend tout d'abord l'hypothèse la plus réjouissante – les parties parviennent à un accord – le rôle de l'avocat va alors consister à aider les parties à consacrer cet accord dans un écrit. L'écrit n'est pas toujours érigé en obligation ¹⁹⁵⁰, cependant, il est fortement conseillé pour la sécurité juridique des parties. Il appartient, à ce titre, à l'avocat de rédiger un protocole d'accord ¹⁹⁵¹ en collaboration avec l'avocat de l'autre partie, pour entériner de manière définitive les points d'accord convenus entre les parties et prévoir, le cas échéant, leurs modalités d'exécution. Ce dernier point est très important car les parties peuvent en effet convenir d'échéanciers, de délais ou de toute autre condition destinée à faciliter l'exécution dudit accord et par-là, à augmenter les chances d'exécution effective.
- 98 L'intervention d'un avocat au stade de la rédaction de l'accord est fondamentale car c'est le sort même de celui-ci qui en dépend. Plus un accord est clair, limpide, explicite et équilibré, plus il a de chances d'être correctement et effectivement exécuté par les parties. Inversement, un accord complexe, obscure, ambigu ou lacunaire ne peut que conduire à de nouveaux conflits relativement à son interprétation ou à son exécution.
- 99 **554.Obligation de loyauté renforcée** - Lorsque l'avocat procède à la rédaction d'un tel protocole, il est tenu d'« *une obligation de loyauté renforcée* » ¹⁹⁵². Cette obligation de loyauté est en partie fondée sur le contexte spécifique dans lequel l'acte est rédigé : il s'agit d'un acte commun, destiné à servir les intérêts de toutes les parties en cause et pas seulement les intérêts du client de l'avocat ; « *rédiger un protocole ou un contrat, c'est gagner avec l'autre* » ¹⁹⁵³. Aussi, le rôle de l'avocat consistera à prendre en considération et surtout à veiller à respecter l'exposé des thèses de chacune des parties, en s'attachant à ne pas privilégier dans l'acte – volontairement ou non – l'une ou l'autre

d'entre elles ¹⁹⁵⁴ ; à s'assurer de la conformité de l'acte aux dispositions convenues entre les parties et enfin de sa clarté. Il ne s'agit plus ici, pour l'avocat, de revenir sur le fond de l'accord. Il ne lui appartient pas non plus de rééquilibrer le contrat si celui-ci semble à première lecture inéquitable. Cela participe de son devoir de neutralité ¹⁹⁵⁵ : en effet, à ce stade de la procédure, on peut considérer que la délivrance d'un ultime conseil relatif à l'économie de l'opération « *risque de se muer en une ingérence discutable dans les affaires* » ¹⁹⁵⁶ des parties. « *Rédiger, ce n'est plus négocier* » ¹⁹⁵⁷ et ce n'est plus non plus conseiller ¹⁹⁵⁸ . Au stade de la rédaction, négociation et conseil sont en principe choses faites. Ce qu'il reste à la charge de l'avocat rédacteur, c'est la transcription fidèle du contenu de l'accord, avec éventuellement en prime, une « *obligation de plus-value pour assurer l'efficacité du contenu* » ¹⁹⁵⁹ . Il convient, en effet, que l'acte présente toute la clarté nécessaire pour assurer une bonne compréhension de ses dispositions ¹⁹⁶⁰ . Or, « *il n'y a de bonne rédaction que si le rédacteur maîtrise parfaitement ce qu'il écrit. C'est pourquoi il est prudent autant qu'honnête de ne pas accepter d'intervenir dans les domaines que l'on ne maîtrise pas bien* » ¹⁹⁶¹ . Une fois la rédaction terminée, de l'avis de certains auteurs, le rôle de l'avocat peut se prolonger dans le temps avec le contrôle de l'exécution de l'acte ¹⁹⁶² ...

b) Rôle de l'avocat en cas de persistance de points litigieux

- 100 **555.L'avocat plaident** - Dans l'hypothèse plus décevante où les parties ne parviendraient pas à régler l'intégralité des points litigieux qui les opposent, il appartient alors à l'avocat de revenir à son rôle traditionnel d'avocat plaident ¹⁹⁶³ afin de préparer psychologiquement son client au recours - ou bien au retour - à une procédure juridictionnelle et de préparer juridiquement le dossier

au même sort. Ce changement de tactique impose, de la part de l'avocat comme de la partie qu'il a assistée, une déontologie sans faille : l'un et l'autre sont astreints à l'obligation au secret concernant toutes les informations, constatations et déclarations échangées ou recueillies par le tiers à l'occasion de la médiation ou de la conciliation judiciaire. Ils ne devront en aucun cas les invoquer au soutien de leurs prétentions dans le cadre de la procédure contentieuse ¹⁹⁶⁴, sauf convention contraire et expresse des parties qui les exonèrerait mutuellement d'avoir à respecter ce devoir ¹⁹⁶⁵.

101 **556. Conclusion** une place incontestée aux côtés des parties dans toute procédure de conciliation ou de médiation judiciaire. Mais pour cela il doit, comme elles, respecter diverses obligations destinées à assurer le bon déroulement de la procédure et à leur permettre d'aboutir à un accord en toute sécurité. La marche vers la paix est un processus qui nécessite du temps, mais surtout, qui ne peut s'accomplir que dans un contexte où les parties sont assurées du respect de leurs droits fondamentaux. La présence d'avocats auprès des parties est véritablement la condition indispensable à la mise en place d'un tel contexte.

102 **557. Conclusion du chapitre premier** - Imposer aux parties une certaine éthique précontractuelle est un moyen d'assurer l'équité des pourparlers judiciaires. Cette éthique repose essentiellement sur le respect de règles déontologiques ou principes directeurs ainsi que, dans une certaine mesure, sur la présence d'un avocat auprès des parties en vue de s'assurer de la bonne compréhension de ces principes et ce faisant, de leur respect.

103 L'examen des principes directeurs applicables aux procédures de conciliation et de médiation judiciaires fait apparaître l'existence d'un lien entre ces principes et ceux que suggère le modèle universel du procès équitable. Approximativement, on observe en effet que les

principes directeurs du procès que toute procédure est censée garantir – loyauté, dialogue, célérité – sont les mêmes que ceux qui encadrent les pourparlers judiciaires – loyauté, célérité, confidentialité ¹⁹⁶⁶. Ce constat conforte la théorie que l'on voit poindre en doctrine selon laquelle les principes fondamentaux d'une bonne justice ont vocation à s'appliquer non pas seulement aux procédures juridictionnelles mais également aux procédures amiables ; que le droit au procès équitable, droit substantiel, vaut aussi bien pour la justice imposée que pour la justice négociée.

¹⁰⁴ Cependant, pour que ces principes ne restent pas lettre morte et que les parties mesurent bien la portée de leurs actes comme de leurs engagements, il est fortement conseillé que chacune soit assistée d'un conseil tout au long de ces procédures. L'équité des pourparlers judiciaires ne repose pas que sur des principes ; elle nécessite parallèlement la mise en place d'un système d'aide à l'accès au droit généralisé et effectif. La déontologie des pourparlers judiciaires est donc une question qui concerne prioritairement les parties.

¹⁰⁵ Mais le tiers que le juge peut se substituer aux fins de conciliation ou de médiation judiciaire est également directement intéressé au point que certains iront même jusqu'à prétendre que « *la médiation vaut surtout par le médiateur* » ¹⁹⁶⁷.

NOTES

1699. L. CADIET, Une justice contractuelle, l'autre, art. préc., *op. cit.*, p. 177 et suiv., spéc. p. 189

1700. Pour une étude d'ensemble sur l'applicabilité des principes du droit processuel aux modes alternatifs de règlement des litiges, V. X. LAGARDE, Droit processuel et modes

alternatifs de règlement des conflits, *Revue de l'arbitrage*, 2001. 423 et s. Egalement, L. CADIET, Une justice contractuelle l'autre, art. préc., p. 177 et s.

1701. X. LAGARDE, *in* Droit processuel/droit commun du procès, *op. cit.*, n° 595.

1702. L'expression, qui fait immédiatement référence aux « *principes directeurs* » du procès, est notamment utilisée en matière contractuelle par J. GHESTIN, La formation du contrat, *op. cit.*, n° 182 et s.

1703. X. LAGARDE, Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges, art. préc., n° 12 et s.

1704. L. CADIET, Une justice contractuelle l'autre, *in* Le contrat au début du *xxie* siècle, Mélanges offerts à J. GHESTIN, LGDJ, 2001, p. 177 et s., spéc. p. 189 et s.

1705. X. LAGARDE, Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges, art. préc., n° 5 et s. : l'auteur distingue trois catégories d'objets litigieux qui chacune nécessite qu'il soit fait application des principes de droit processuel selon une intensité particulière. Ainsi, selon cet auteur, lorsque sont en cause des droits indisponibles, la procédure amiable est très strictement encadrée par les principes du droit processuel et soumise à un contrôle approfondi du juge ; lorsqu'en revanche sont en cause des droits disponibles, l'application des principes de droit processuel est beaucoup plus discrète : elle est plus une référence qu'une contrainte, destinée à renforcer l'efficacité des modes amiables ; lorsque enfin les droits en cause sont encadrés par des règles d'ordre public de protection, il est fait application des principes du droit processuel mais de manière modérée, assouplie.

1706. L'emploi de la notion de modèle est empruntée à X. LAGARDE, Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges, art. préc., n° 19 et s. qui distingue le modèle contractuel du modèle processuel.

1707. Dans notre première partie, nous avons en effet déjà abordé cette question mais sous un angle différent : ce n'étaient pas les répercussions de la nature contractuelle des pourparlers judiciaires sur la détermination des principes de droit processuels applicables qui nous avaient retenus, mais inversement les répercussions que le contexte judiciaire des pourparlers pouvaient avoir sur la liberté contractuelle des parties.

1708. G. PLUYETTE, Expertise, Arbitrage et médiation : quelles solutions pour des difficultés qui subsistent à l'aube du *xxie* siècle ?, Colloque du 6 juin 2000 préc., organisé et publié par l'IEAM de Paris, p. 56 : l'auteur fait état des protocoles d'accord de plus en plus nombreux signés entre les juridictions et les barreaux en vue de sensibiliser les avocats à la médiation et de promouvoir l'assistance des parties en médiation.

1709. La réforme de l'accès au droit et à la justice, rapport préc., p. 53. Faire le parallèle avec les réformes tendant à promouvoir l'intervention des avocats aux fins de pourparlers transactionnels en dehors de tout cadre judiciaire - réforme tendant à favoriser l'accès au droit - réalisées par la loi du 18 décembre 1998 et son décret d'application du 14 juin 2001 ainsi qu'avec le projet de loi relatif à la réforme de l'accès au droit et à la justice qui envisage de développer la consultation juridique préalablement à l'engagement d'une

instance et de promouvoir l'assistance au cours de certaines procédures non juridictionnelles : Rapport préc., p. 54 et s. ; R. MARTIN, Le projet de loi relatif à l'accès au droit et à la justice, JCP. G. 2002. Actualité, p. 641.

1710. M. ARMAND-PREVOST, Le juge, l'avocat, le médiateur, art. préc., p. 21.

1711. J.-M. COULON, L'évolution des modes de règlement sous l'égide du juge, in Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends, dir. P. ANCEL et M.-Cl. RIVIER, Economica, 2001, p. 133 et suiv., spéc. p. 138.

1712. J. GHESTIN, La formation du contrat, *op. cit.*, n° 182 et s.

1713. X. LAGARDE, in Droit processuel/droit commun du procès, *op. cit.*, n° 589.

1714. NCPC, art. 12 al. 1^{er}.

1715. L. CADIET, Les accords sur la juridiction dans le procès, in Le juridictionnel et le conventionnel dans le règlement des différends, *op. cit.*, p. 45.

1716. X. LAGARDE, in Droit processuel/droit commun du procès, *op. cit.*, n° 595.

1717. X. LAGARDE, in Droit processuel/droit commun du procès, *op. cit.*, n° 595.

1718. X. LAGARDE, in Droit processuel/droit commun du procès, *op. cit.*, n° 595 ; Ch. JARROSSON, Le principe de la contradiction s'applique-t-il à la médiation ?, art. préc., p. 766 : « *les principes du procès trouvent leur limite rationnelle dans le procès* ».

1719. Sur le principe de justice contractuelle, V. J. GHESTIN, La formation du contrat, *op. cit.*, n° 253 et s.

1720. X. LAGARDE, in Droit processuel/droit commun du procès, *op. cit.*, n° 595.

1721. X. LAGARDE, in Droit processuel/droit commun du procès, *op. cit.*, n° 595.

1722. X. LAGARDE, Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges, art. préc., n° 10, p. 437.

1723. G. COUCHEZ, procédure civile, *op. cit.*, n° 238 et s. ; G. COUCHEZ, J.-P. LANGLADE, D. LEBEAU, Procédure civile, *op. cit.*, n° 288 et s.

1724. H. SOLUS et R. PERROT, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 106 ; Sur le principe du contradictoire, M.-A. FRISON-ROCHE, Généralités sur le principe du contradictoire, thèse Paris II, 1988.

1725. Ch. JARROSSON, Le principe de la contradiction s'applique-t-il à la médiation ?, art. préc, RGDP. 1999. 764 et s., spec. p. 766.

1726. Ch. JARROSSON, Le principe de la contradiction s'applique-t-il à la médiation ?, art. préc, p. 765 ; V. également S. GUINCHARD et J. VINCENT, Procédure civile, *op. cit.*, n° 611 : « 77 est un principe naturel de l'instance que chaque partie soit en mesure de discuter les prétentions, les arguments et les preuves de son adversaire. On exprime parfois ce principe de la contradiction en disant que les parties doivent respecter les droits de la défense ».

1727. X. LAGARDE, in Droit processuel/droit commun du procès, *op. cit.*, n° 599 ; V. également, D. POLLET, Principe de contradiction et médiation, Gaz. Pal. 1999. 683 et s. : à titre introductif, l'auteur rappelle que « Le principe de contradiction [...] se trouve à la base même de l'idée de justice. Il n'y a pas de différence à cet égard entre la procédure civile, pénale ou

administrative, ni même entre celles-ci et l'arbitrage [...] La contradiction paraît ainsi la valeur centrale de toute l'activité judiciaire ».

1728. Ch. JARROSSON, Le principe de la contradiction s'applique-t-il à la médiation ?, art. préc., p. 765 et s.

1729. X. LAGARDE, in Droit processuel/droit commun du procès, *op. et loc. cit.*

1730. L. CADIET, Une justice contractuelle, l'autre, art. préc., p. 196.

1731. En ce sens, V. notamment, M. ARMAND-PREVOST, L'avocat, le juge, le médiateur, LPA, 8 juillet 1998, n° 81, p. 22 ; J. FAGET, Accès au droit et médiation, Mission de recherche Droit et Justice, 2000, n° 12, p. 53 ; J.-M. COULON, Quel intérêt pour quelle justice civile ?, in La médiation comme mode de règlement des conflits dans la vie des affaires, Colloque organisé à la Maison du Barreau à Paris le 15 avril 1999, LPA 13 juillet 1999, p. 3 et s. et spéc. p. 6 ; J.-P. MARTEL, Quelles conditions pour une médiation réussie ?, in La médiation comme mode de règlement des conflits dans la vie des affaires, Colloque préc., p. 19 ; et pour une étude plus générale des rapports entre principe du contradictoire et médiation, V. D. POLLET, Principe de contradiction et médiation, Gaz. Pal. 1999. 683 et spéc. p. 684. Cependant, plus strictement, V. Ch. JARROSSON, Le principe de la contradiction s'applique-t-il à la médiation ?, art. préc., p. 765, qui semble n'écarter le principe du contradictoire que lorsque l'on sort du cadre de l'instance ; et L. CADIET, Solution judiciaire et règlement amiable des litiges..., art. préc., spéc. n° 3 ; du même auteur, Une justice contractuelle l'autre, art. préc., p. 195 et s. : qui préconise l'application de la contradiction aux modes amiables.

1732. M. ARMAND-PREVOST, L'avocat, le juge, le médiateur, art. préc., p. 22.

1733. J.-P. MARTEL, Quelles conditions pour une médiation réussie ?, art. préc., p. 19 ; Dans le même sens, V. M. ARMAND-PREVOST, L'avocat, le juge le médiateur, Colloque tenu le 15 juin 1998, organisé et publié dans sa version intégrale par l'Institut d'Expertise et d'Arbitrage (désormais Institut d'Expertise, d'Arbitrage et de Médiation), p. 17 s. et B. du GRANRUT, L'avocat, le juge le médiateur, Colloque préc., p. 35.

1734. Les anglo-Saxons le qualifient de « *go between* ». V. J.-P. MARTEL, Quelles conditions pour une médiation réussie ?, art. préc., p. 19 ; M. ARMAND-PREVOST, L'Avocat, le juge, le médiateur, art. préc., in actes du Colloque préc., p. 21 ; Ch. JARROSSON, Le principe de la contradiction s'applique-t-il à la médiation ?, art. préc., p. 767 ; X. LAGARDE, Droit processuel et modes alternatifs de règlement des conflits, art. préc., p. 438.

1735. Parfois, pour un temps seulement.

1736. J.-P. MARTEL, Quelles conditions pour une médiation réussie ?, art. préc., p. 19.

1737. L. CADIET, Une justice contractuelle, l'autre, art. préc., p. 190 : l'auteur précise que le domaine du principe du contradictoire « *n'est pas seulement judiciaire en ce qu'il traduit une exigence supérieure de loyauté* ».

1738. D. POLLET, Principe de contradiction et médiation, art. préc., p. 684.

1739. D. POLLET, Principe de contradiction et médiation, art. préc., p. 684 *in fine*. Plus encore, souligne ce même auteur, la technique de « *l'entretien particulier* » présente

l'avantage de permettre que « des choses utiles qui ne se seraient jamais exprimées pour la première fois en présence de l'autre partie », soient finalement dites.

1740. En ce sens, Ch. JARROSSON, Le principe de la contradiction s'applique-t-il à la médiation ?, art. préc., p. 767 ; X. LAGARDE, Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges, art. préc., p. 438.

1741. X. LAGARDE, Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges, art. préc., p. 438 : le principe de transparence « n'oblige ni le médiateur ni les parties à rendre compte de l'ensemble de leurs faits et gestes ; simplement, il les contraint à arrêter les termes du processus qui sera suivi : autorisation pour le médiateur à rencontrer seul les parties, nombre de réunions plénières, définition des documents communicables...etc. ».

1742. X. LAGARDE, Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges, art. préc., p. 440.

1743. L. CADIET, Les accords sur la juridiction dans le procès, art. préc, p. 45.

1744. M.-Cl. RIVIER, L'éviction de la juridiction étatique par le contrat, *in* Le conventionnel et lejuridictionnel dans le règlement des différends, *op. cit.*, p. 23 et s., spéc. p. 24.

1745. L. CADIET, Les accords sur la juridiction dans le procès, art. préc, p. 45 ; L'équité dans l'office du juge, *Justices*, n° 9, 1998. 124 ; M.-Cl. RIVIER, L'éviction de la juridiction étatique par le contrat, art. préc, p. 24 ; E. LOQUIN, L'amiable composition en droit comparé et international, *Litec*, 1980, préf. Ph. FOUCHARD ; J.-P. BROUILLAUD, Plaidoyer pour une rre, *D.* 1997. 234 ; P. ESTOUP, Une institution oubliée : l'arbitrage judiciaire, *Gaz. Pal.* 1986. 620 ; Ph. FOUCHARD, L'arbitrage judiciaire, *Mélanges P. BELLET*, *Litec*, 1991, p. 167 ; J.-C. MAGENDIE, L'amiable composition, *RJDA.* 1996. 727 ; J. MIGUET, Réflexions sur le pouvoir des parties de lier le juge par les qualifications et points de droit, *Mélanges P. HEBRAUD*, 567.

1746. L. CADIET, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 1137.

1747. V. notamment X. LAGARDE, *in* Droit processuel/Droit commun du procès, *op. cit.*, n° 589 et suiv. , et spéc., n° 591 et s., qui analyse les modes de règlement amiable comme une renonciation - renonciation au droit au juge - laquelle n'est pas toujours possible en présence de droits indisponibles ou de règles d'ordre public. Sur la portée du contrôle de l'accord des parties par le juge : J. HAUSER, Le juge homologateur en droit de la famille, *in* Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends, *op. cit.*, p. 115 et suiv. ; J. NORMAND, Conclusions, *in* Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends, *op. cit.*, p. 148 ; Sur ces questions, V. nos développements *infra* n° 605 et 678.

1748. Bull. civ. V, n° 135; *Gaz. Pal.* 2000, som. 1756; *D.* 2000. 537, note J. SAVATIER ; L. CADIET, Chronique de Droit judiciaire privé, *JCP* 2000. I. 267, spéc. n° 10 et *JCP.* 2000. IV.1901

1749. C'est nous qui soulignons.

1750. 4 avril 1997.

1751. Le salarié contestait le fait que la transaction ne faisait que lui accorder « des sommes qui lui étaient dues en application de la loi » (V. L. CADIET, *chron. préc.*, n° 10) et demandait

alors en supplément le versement d'une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

1752. J. SAVATIER, D. 2000. 587 et L. CADIET, JCP. 2000. I. 267.

1753. En ce sens, L. CADIET, JCP. 2000. I. 267.

1754. C. civ., art. 2052.

1755. V. nos développements sur cette question *supra* n° , ainsi que Ph. CLEMENT, A. JEAMMAUD, E. SERVERIN et F. VENNIN, Les règlements non juridictionnels des litiges prud'homaux, Droit social, 1987, n° 1, p. 55 et suiv., spéc. p. 59, n° 14 ; Y. DESDEVISES, Dispositions communes à toutes les juridictions et procédure prud'homale, Dr. Soc. 1986. 140, spéc. n° 29 et suiv. où l'auteur rappelle que la règle de l'unicité de l'instance doit jouer notamment dans les cas où l'extinction de l'instance initiale résulte d'un procès-verbal de conciliation.

1756. J. VINCENT et S. GUINCHARD, Procédure civile, *op. cit.*, n° 530.

1757. Sur ce principe : P. KAYSER, Le principe de la publicité de la justice dans la procédure orale, Mélanges Hébraud, 1981, p. 501 ; C. MATUNDU, De la publicité de la justice, Thèse Rennes, 1996 ; G. COUCHEZ, procédure civile, *op. cit.*, n° 266 et s. ; G. COUCHEZ, J.-P. LANGLADE, D. LEBEAU, Procédure civile, *op. cit.*, n° 441 et s. ; La publicité de l'instance a été érigée en principe général du droit par le CE : CE, 4 oct. 1974, JCP. 75. II. 17967, notre DRAGO, D. 75. 369, note AUBY.

1758. Arrêts Pretto c./ Italie et Axen c./ Allemagne, 8 décembre 1983 et Sutter c./ Suisse, 22 février 1984 : la publicité y est présentée comme une nécessité destinée à « protéger les justiciables contre une justice secrète échappant au contrôle du public » ; elle « constitue l'un des moyens qui contribuent à préserver la confiance dans les cours et tribunaux ; par la transparence qu'elle donne à l'administration de la justice, elle aide à réaliser le but de l'article 6-1 : le procès équitable dont la garantie compte parmi les principes de toute société démocratique au sens de la Convention ».

1759. Cl.-Ph BARRIERE, L'obligation du secret entre les juges d'instance et les conciliateurs de justice, Gaz. Pal. 2002, 21-22 août, p. 2 et s. : l'auteur déplore la sévérité de ce devoir et propose qu'il en soit fait une application plus souple : notamment, que l'obligation au secret à laquelle est astreint le conciliateur lorsqu'il fait part au juge de l'échec des négociations, puisse être levée sur accord des parties.

1760. X. LAGARDE, in Droit processuel, droit commun du procès, *op. cit.*, p. 716, n° 601 et suiv. ; S. CARRE, La confidentialité et les règlements amiables des litiges, LPA, 5 août 1994.

1761. Rappelons qu'il l'est également de l'arbitrage. Sur ce devoir : G. PLUYETTE, Principes et applications récentes des décrets des 22 juillet et 13 décembre 1996 sur la conciliation et la médiation judiciaires, Rev. Arb. 1997. 516 ; V. également son intervention dans le cadre du colloque du 15 juin 1998, relatif à « L'avocat, le juge, le médiateur », organisé et publié par l'I.E.A., p. 37.

1762. G. PLUYETTE, Allocution dans le cadre du colloque du 15 juin 1998, préc., p. 37.

1763. J.-P. MARTEL, Quelles conditions pour une médiation réussie ?, art. préc., p. 19.
1764. G. PLUYETTE, Allocution dans le cadre du colloque du 15 juin 1998, préc., p. 37.
1765. X. LAGARDE, Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges, art. préc., p. 435
1766. G. PLUYETTE, allocution dans le cadre du colloque du 15 juin 1998, préc., p. 37.
1767. De nombreuses juridictions ont en effet tenté l'expérience d'envoyer systématiquement aux parties et à leurs conseils, pendant l'instruction de l'affaire, des lettres leur proposant de tenter une médiation judiciaire. G. PLUYETTE, allocution dans le cadre du colloque du 15 juin 1998, préc., p. 37 ; ainsi que son allocution effectuée dans le cadre du colloque du 6 juin 2000 : Expertise, arbitrage, médiation : quelles solutions pour des difficultés qui subsistent à l'aube du xxie siècle ?, préc., organisé et publié par l'Institut d'Expertise, d'Arbitrage et de Médiation, p. 56.
1768. NCPC, art. 131-6.
1769. G. PLUYETTE, allocution dans le cadre du colloque du 15 juin 1998, L'Avocat, le juge le médiateur, préc., p. 37.
1770. NCPC, art. 131-14 ou 832-9.
1771. NCPC, art. 131-9 et 832-5.
1772. NCPC, art. 131-11 al. 1^{er} et 832-7 al. 1^{er}.
1773. Martine BOURRY d'ANTIN, allocution dans le cadre du colloque du 6 juin 2000, Expertise, arbitrage et médiation, préc., p. 65.
1774. X. LAGARDE, in Droit processuel/droit commun du procès, *op. cit.*, n° 601.
1775. X. LAGARDE, Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges, art. préc., p. 435.
1776. X. LAGARDE, in Droit processuel/droit commun du procès, *op. et loc. cit.*
1777. Pour une sanction du devoir de confidentialité, V. notam. Cass. crim., 28 fév. 2001, D. 2001. IR. 1517 : cassation de la décision de la cour d'appel qui, pour déclarer une mère coupable de non-représentation d'enfant, se fonde sur le rapport du centre de médiation familiale - qui déclare que la mère avait une attitude manipulatrice incompatible avec un processus de médiation - sans s'être préalablement assuré de l'accord des parties pour que ce document soit reproduit.
1778. X. LAGARDE, in Droit processuel/droit commun du procès, *op. et loc. cit.*
1779. G. PLUYETTE, allocution dans le cadre du colloque du 15 juin 1998, préc., p. 37.
1780. B. du GRANRUT, allocution dans le cadre du colloque du 15 juin 1998, préc., p. 35.
1781. D. 1999, n° 13, *pages roses*, Jurisprudence, p. 3 ; D. 1999, IR. 102.
1782. D. 1999, IR. 103.
1783. *Idem.*
1784. Propos tenus lors de la table ronde qui a suivi les interventions sur le thème : La médiation comme mode de règlement des conflits dans la vie des affaires, colloque du 15 avril 1999 préc., rapportés dans LPA, 13 juillet 1999, p. 31.

1785. TGI Paris, réf., 11 mars 1985, Gaz. Pal., 1985. 1. 269 et s. : « Attendu que l'article 809 NCPC donne au juge des référés compétence pour ordonner toutes mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent « pour faire cesser un trouble manifestement illicite » ; que cette compétence doit trouver matière à application dans toutes les circonstances où, avec une évidence et une incontestabilité suffisantes, une atteinte est portée, par voie d'action ou par voie d'omission, à une disposition légale... ».

1786. Par ex., Cass. civ. 3^e, 26 octobre 1982, Bull. civ. III, n° 207, RTDciv. 1983. 382, obs. NORMAND.

1787. Sur le principe dispositif : V. *supra* n° 188 ; L. CADIET, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 1100 et suiv. et les références citées ; J. VINCENT et S. GUINCHARD, Procédure civile, *op. cit.*, 546 et suiv. et les références citées.

1788. J. VINCENT et S. GUINCHARD, Procédure civile, *op. cit.*, n° 625.

1789. Du demandeur, par sa demande initiale, mais également du défendeur s'il formule une demande reconventionnelle. NCPC, art. 4.

1790. J. VINCENT et S. GUINCHARD, Procédure civile, *op. cit.*, n° 625 ; L. CADIET, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 1067 ; G. COUCHEZ, procédure civile, *op. cit.*, n° 231 et 371 s. ; G. COUCHEZ, J.-P. LANGLADE, D. LEBEAU, Procédure civile, *op. cit.*, n° 267 s. et 174 s. ; J. MIGUET, Immutabilité et évolution du litige, LGDJ, 1977, préf. P. HEBRAUD.

1791. J. VINCENT et S. GUINCHARD, Procédure civile, *op. cit.*, n° 626 ; L. CADIET, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 1068.

1792. Rapprochement fait par J. VINCENT et S. GUINCHARD, Procédure civile, *op. cit.*, n° 625.

1793. NCPC, art. 5.

1794. L. CADIET, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 1068 ; J. VINCENT et S. GUINCHARD, Procédure civile, *op. cit.*, n° 625.

1795. NCPC, art. 7 al. 1^{er}.

1796. L. CADIET, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 1125 et les références citées ; J. VINCENT et S. GUINCHARD, Procédure civile, *op. cit.*, n° 546 et s. Sur l'atténuation du principe dispositif et la possibilité pour le juge d'intervenir dans la détermination des éléments de fait dans le débat : V. les articles 7 al. 2, 8 et 179 NCPC.

1797. Sur la licéité de la renonciation en général et de la renonciation au droit au juge en particulier, V. X. LAGARDE, *in* Droit processuel/droit commun du procès, *op. cit.*, n° 591, ainsi que nos développements sur cette question *supra* n° 41 et 387 s.

1798. V. F. KERNALEGUEN, La solution conventionnelle des litiges civils, art. préc., p. 73 et suiv., qui dénonce l'existence de pratiques de certains juges tendant à contraindre les parties à tenter de se concilier, si ce n'est à accepter une solution « conventionnelle » qu'ils estiment équitable. L'auteur parle à ce titre « d'incitations judiciaires musclées ».

1799. Sur cet aspect et pour une analyse sceptique de la liberté des parties dans ces circonstances : X. LAGARDE, *in* Droit processuel/droit commun du procès, *op. cit.*, n° 590.

1800. Médiation et conciliation de proximité, rapport de M. LINDEPERG préc., p. 95 : « *Le fait, par exemple, d'exercer une pression sur les parties, même indirecte, pour leur faire accepter la médiation, d'utiliser des informations révélées pendant la médiation, de sanctionner des auteurs ayant refusé l'accord, n'est pas compatible avec les principes sur lesquels est fondé le processus de médiation* ». V. également : Y. DESDEVISES et Ch. SUAUD, Conciliateurs et conciliation, Rapport de recherche pour le GIP Mission de recherche droit et justice, mai 2001, spec. p. 47 qui rapporte le témoignage d'un juge d'instance sur sa pratique de la conciliation et qui avoue que « *la menace implicite d'une éventuelle décision classique en justice, liée à la connaissance du droit par le juge, peut être utilisée pour mener les parties à une solution consensuelle* ».

1801. L. CADIET, Une justice contractuelle, l'autre, art. préc., p. 190 : parmi les principes de droit processuels qu'il convient d'étendre aux modes alternatifs de règlement des conflits, l'auteur rappelle que doit figurer « *le recours toujours possible au juge* ».

1802. J.-P. BONAFE-SCHMITT, Les médiations, logiques et pratiques sociales, rapport préc., annexes n° 4 et 5 : ces documents s'intitulent « Engagement à la médiation » ou bien « Règles de participation à une médiation » et mentionnent notamment que « *La médiation n'est pas une action judiciaire (sic), mais une démarche volontaire et gratuite* » ; qu'à tout moment de la médiation, les parties conservent le droit « *de mettre fin à la médiation après en avoir informé les médiateurs* ».

1803. Recommandation de la Commission du 30 mars 1998 concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de la consommation, JOCE du 17 avril 1998, n° L. 115, p. 31 et s., spec, art. VI, al. 2 : « *L'adhésion du consommateur à la procédure extrajudiciaire ne peut pas résulter d'un engagement antérieur à la naissance du différend, lorsque cet engagement a pour effet de priver le consommateur de son droit de saisir les juridictions compétentes pour le règlement judiciaire du litige* ».

1804. Recommandation de la Commission du 4 avril 2001 relative aux principes applicables aux <mots coupés> litiges de la consommation, JOCE du 19 avril 2001, n° L. 119, p. 56 et s. : « *D. Équité : 1. L'équité de la procédure devrait être assurée. En particulier : les parties devraient être informées de leur droit de refuser de participer à la procédure ou de s'en retirer à tout moment et d'accéder au système judiciaire ou à d'autres voies de recours extrajudiciaires à tout moment, si le déroulement ou le fonctionnement de la procédure ne leur donne pas satisfaction* ».

1805. Recommandation de la commission du 30 mars 1998, préc., p. 32 et s.

1806. Ce terme est directement inspiré de celui employé à propos de l'arbitrage par P. LEVEL, « L'arbitrabilité », Rev. Arb. 1992. 213 : défini comme « *la qualité qui s'applique à une matière, une question ou à un litige, d'être soumis au pouvoir juridictionnel des arbitres* » et repris par Ch. JARROSSON, in L'arbitrabilité : présentation méthodologique, Revue de jurisp. com. 1996, p. 1 qui le définit comme « *l'aptitude d'un litige à faire l'objet d'un arbitrage* ».

1807. V. nos développements sur le champ d'application matériel des procédures de conciliation et de médiation judiciaires et l'exclusion de celui-ci des matières portant sur des droits dont les parties n'ont pas la libre disposition, *supra* n° 383 et s.

1808. Dossier de la cour d'appel de Paris, institué à l'intention de ses magistrats : « *Mise en œuvre de la médiation judiciaire* », juin 2001.

1809. L'ancienne pratique expérimentale de la Cour d'appel de Paris qui consistait, depuis cinq ans environ, à envoyer systématiquement et pour toutes les affaires indistinctement, une lettre de proposition de médiation environ six mois avant la date fixée pour les plaidoiries, ne s'est pas avérée satisfaisante. Aussi, une cellule de réflexion a été mise en place au cours de l'année 2000 pour rechercher les moyens susceptibles d'améliorer l'effectivité de ces propositions. Les travaux de cette commission de réflexion ont été rendus publics au printemps 2001 dans le cadre d'un colloque « Le traitement des affaires civiles », qui s'est tenu le 11 juin 2001 à la Cour d'appel de Paris et dont les actes ont été publiés par l'IFC (Institut de Formation continue du Barreau de Paris). Ils proposent une nouvelle méthode qui consiste à cibler les affaires conciliables et à adresser la proposition de médiation le plus tôt possible. Ainsi, la commission propose la méthode suivante : « *Dès la distribution de l'affaire, le magistrat évalue si elle se prête à la médiation en remplissant une fiche qui comporte quelques critères simples ; si son appréciation est positive, il signale au greffe que dès le dépôt des conclusions de l'appelant le dossier devra lui être remis ; dès le dépôt des conclusions de l'appelant, il charge les avoués de transmettre à leurs clients la lettre d'information et la proposition de médiation ; si la proposition est acceptée, il rend une ordonnance désignant le médiateur ; si la proposition est refusée, il fixe le calendrier de procédure* ».

1810. B. BLOHORN-BRENNEUR, La médiation judiciaire en matière prud'homale, le protocole d'accord et la décision d'homologation, art. préc., p. 252.

1811. Les critères indiqués en italiques sont directement repris des propositions mentionnées dans le dossier de la Cour d'appel de Paris, cité *supra* note n° 129 (partie II) : « *Mise en œuvre de la médiation judiciaire* », juin 2001.

1812. Notamment lorsque le litige s'élève entre un salarié et son employeur et que le salarié est maintenu dans l'entreprise, lorsqu'il existe entre salarié et employeur des liens de parenté, des liens matrimoniaux ou bien lorsqu'ils sont associés au sein de l'entreprise ; voir également les litiges concernant des employés de maison ou bien des gardiens d'immeuble ; les litiges relatifs aux heures supplémentaires etc.

1813. Par exemple, les conflits relatifs à l'organisation de la vie des enfants en cas de divorce des parents.

1814. Y. DESDEVISES, Remarques sur la place de la conciliation..., art. préc., p. 246.

1815. Dossier de la CA préc.

1816. Appels en garantie.

1817. Sur ce point V. D. POLLET, Principe de contradiction et médiation, art. préc., p. 10 et s.

1818. B. FAUVARQUE-COSSON, Libre disponibilité des droits et conflit de loi, LGDJ, 1997.

1819. V. nos développements relatifs au champ d'application matériel des procédures de conciliation et de médiation judiciaires, *supra* n° 383 et s.

1820. Ch. JARROSSON, Modes alternatifs de règlement des conflits, Propos préliminaires, *Justices*, n° 6, avril/juin 1997, p. 279.

1821. Pour des exemples de lettres proposant la désignation d'un conciliateur de justice aux fins de tentative préalable de conciliation chaque fois que les parties saisissent le juge d'instance par la voie de la déclaration au greffe : Cl.-Ph. BARRIERE, Nouvelles pratiques des conciliateurs de justice dans les tribunaux d'instance, *Gaz. Pal.* 2001, doct. 270 et s., spéc. p. 272 : Le greffe réceptionne les demandes et en accuse réception à partir d'une correspondance qui les informe de sa décision de soumettre leur affaire « à l'examen du conciliateur de justice » avant de les convoquer en audience publique. Pour des exemples de lettres proposant la désignation de médiateurs, V. Bulletin du Bâtonnier, n° spécial Médiation, oct. 1998, p. 6.

1822. V. *supra* n° 448 et 485.

1823. A notre connaissance, cette expérience n'est réalisée qu'au sein de la chambre sociale de la cour d'appel de Grenoble, à l'initiative de sa présidente, Mme B. BLOHORN-BRENNEUR, qui mène depuis plus de deux ans une véritable politique volontariste destinée à intégrer la médiation comme mode de traitement du contentieux soumis à cette chambre et qui est ainsi parvenue à un taux de 14 % d'affaires qui se voient systématiquement proposées de recourir à ce mode de gestion des conflits : V. son article au *Dalloz* 2001, La médiation judiciaire en matière prud'homale, le protocole d'accord et la décision d'homologation, *chron.* 251 et suiv., spéc. p. 252.

1824. Environ 14 % des dossiers font l'objet de propositions de médiation ce qui signifie *contrario* que 86 % du contentieux social ne relève pas de cette mesure : B. BLOHORN-BRENNEUR, La médiation judiciaire en matière prud'homale, le protocole d'accord et la décision d'homologation, *art. préc.*, p. 252.

1825. J.-P. BONAFA-SCHMITT, Les médiations : logiques et pratiques sociales, *rapp. préc.*, p. 277.

1826. Cl.-Ph. BARRIERE, Nouvelles pratiques des conciliateurs de justice dans les tribunaux d'instance, *art. préc.*, p. 270.

1827. L. 2002-1138 du 9 septembre 2002, art. 8.

1828. V. *supra*, note n° 123 (Partie II).

1829. F. KERNALEGUEN, La solution conventionnelle des litiges civils, *art. préc.*, p. 73. Pratique avouée par un juge d'instance dont les propos sont retranscrits dans le rapport de Y. DESDEVISES et Ch. SUAUD, Les conciliateurs, la conciliation, *rapp. préc.*, p. 48.

1830. X. LAGARDE, *in* Droit processuel/droit commun du procès, *op. cit.*, n° 600 ; S. GUINCHARD, Les métamorphoses de la procédure à l'aube du troisième millénaire, *in* Clés pour le siècle, Université de Paris II, *Dalloz* 2000, n° 1287.

1831. X. LAGARDE, *in* Droit processuel/droit commun du procès, *op. cit.*, n° 600.

1832. R. SALEILLES, De la responsabilité précontractuelle, *RTDciv.* 1907, p. 697 et s. ; C. COHERIER, Des obligations qui naissent des pourparlers préalables à la formation des

contrats, th. Paris, 1939 ; B. LASSALLE, Les pourparlers, *Revue de Recherches Juridiques*, 1994. 825 et s. ; P. CHAUVEL, Rupture des pourparlers et responsabilité délictuelle, *Droit et Patrimoine*, nov. 1996, p. 36 et s. ; D. MAZEAUD, La genèse des contrats : un régime de liberté surveillée, *Droit et Patrimoine*, juil./août 1996, p. 44 et s. ; du même auteur : Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?, *in L'avenir du droit, Mélanges en hommage à F. TERRE*, Dalloz, 1999, p. 603 et suiv. ; Mystères et paradoxes de la période précontractuelle, *in Le contrat au début du 21^e siècle, Mélanges offerts à J. GHESTIN*, 2001, p. 637 et suiv., spéc. n° 9 et suiv. ; 62^e congrès des notaires de France, La formation du contrat : l'avant-contrat, Perpignan, 1964 ; J. SCHMIDT, La sanction de la faute précontractuelle, *RTDciv.* 1974 p. 46 et s. ; J. SCHMIDT-SWALEWSKI, La période précontractuelle en droit français, *RIDC* 2-1990, p. 545 et s. ; du même auteur : La force obligatoire des contrats à l'épreuve des avant-contrats, *RTDciv.* 2000, p. 25 et s. ; G. FLECHEUX, Renaissance de la notion de bonne foi et de loyauté dans le droit des contrats, *in Le contrat au début du 21^e siècle, Mélanges offerts à Jacques GHESTIN, LGDJ*, 2001, p. 341 et suiv. ; Y. NEVEU, Le devoir de loyauté pendant la période pré-contractuelle, *Gaz. Pal.* 2000, doct. 2112.

1833. C. civ., art. 1134 ; Y. PICOD, Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, *LGDJ*, 1989, t. 208 ; L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat, *JCP.* 1988. I. 3318 ; L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat, *in Le juge et l'exécution du contrat, PUAM*, 1993, spéc. p. 57 et suiv. ; La Bonne foi, Travaux de l'association H. CAPITANT, Litec, 1992, t. XLIII et spéc., Rapport de P. JOURDAIN, p. 121 et s. ; R. DESGORGES, La bonne foi dans le droit des contrats : rôle actuel et perspectives, Thèse Paris II, 1992 ; B. LYONNET, Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, *Gaz. Pal.* 2000, doct. p. 2119.

1834. L. CADIET, Une justice contractuelle, l'autre, art. préc., p. 192 ; D. MAZEAUD, Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ?, *op. et loc. cit.*

1835. G. COUCHEZ, J.-P. LANGLADE, D. LEBEAU, Procédure civile, *op. cit.*, n° 291.

1836. S. GUINCHARD, Les métamorphoses de la procédure à l'aube du troisième millénaire, art. préc., n° 1287.

1837. M.-E. BOURSIER, La loyauté en droit processuel, th. Paris II, 2002 ; J. VINCENT et S. GUINCHARD, Procédure civile, *op. cit.*, n° 609. Sur la loyauté processuelle : A. LEBORGNE, L'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe, *RTDCiv.* 1996. 535 ; L. CADIET, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 1086 et 1094 ; S. GUINCHARD, Les métamorphoses de la procédure à l'aube du troisième millénaire, art. 1p8r3é8c., p. 1134 et s., spéc. p. 1184 et s.

1838. X. LAGARDE, *in Droit processuel/droit commun du procès, op. cit.*, n° 600.

1839. Sur l'extrême difficulté à distinguer ces deux formes de loyauté : X. LAGARDE, *in Droit processuel/ droit commun du procès, op. cit.*, n° 600.

- 1840.** P. JOURDAIN, Rapport français dans les Travaux de l'Association H. Capitant consacrés à la Bonne foi, préc., p. 121.
- 1841.** P. JOURDAIN, rapport préc., p. 121.
- 1842.** P. JOURDAIN, *op. et loc. cit.*
- 1843.** X. LAGARDE, in Droit processuel/droit commun du procès, *op. cit.*, n° 600 ; dans le même sens, Ch. JARROSSON, Le principe de la contradiction s'applique-t-il à la médiation ?, art. préc., spéc. p. 766 où l'auteur envisage la loyauté comme fondement des règles du procès et comme un « moyen » destiné à « atteindre la justice ».
- 1844.** TGI Paris, 22 octobre 1986, Gaz. Pal. 1987, som. 129 : « Lorsque, au cours des débats, chaque partie a manifesté sa volonté de parvenir à un accord, lequel ne peut se réaliser qu'après une confrontation des prétentions respectives de chacune, dans un esprit de bonne foi Ç...J, il convient d'ordonner une mesure de médiation... ».
- 1845.** Par ex. M. ARMAND-PREVOST, Synthèse du colloque L'avocat, le juge, le médiateur, du 15 juin 1998 préc., publié par l'Institut d'Expertise et d'arbitrage, p. 71 : « La bonne foi est nécessaire pour qu'une médiation réussisse » : X. LAGARDE, Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges, art. préc., p. 437 ; Ch. JARROSSON, Le principe de la contradiction s'applique-t-il à la médiation ?, art. préc., p. 766.
- 1846.** Ch. JARROSSON, Le principe de la contradiction s'applique-t-il à la médiation ?, art. préc., p. 766.
- 1847.** V. *supra* n° 125 et s.
- 1848.** Le contrat, 94^e Congrès des notaires de France, 17-20 mai 1992, p. 19, n° 1015.
- 1849.** Le contrat, 94^e Congrès des notaires de France, *op. cit.*, p. 19, n° 1014 ; J. MESTRE, RTDciv. 1988, pp. 736 et 739 ; B. LASSALLE, Les pourparlers, RRJ. 1994, pp. 826 et 838 ; D. MAZEAUD, La genèse des contrats : un régime de liberté surveillée, Droit et Patrimoine, Juil./août 1996, p. 44, n° 1 ; P. CHAUVEL, Rupture des pourparlers et responsabilité délictuelle, Droit et Patrimoine, nov. 1996, p. 36 ; J. GHESTIN, La formation du contrat, *op. cit.*, p. 237, n° 262.
- 1850.** Pour de nombreuses illustrations jurisprudentielles, V. par exemple J. GHESTIN, La formation du contrat, *op. cit.*, n° 330 ; F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, Les obligations, *op. cit.*, n° 177 ; B. LASSALLE, Les pourparlers, art. préc., p. 838 ; P. CHAUVEL, Rupture des pourparlers et responsabilité délictuelle, art. préc., p. 36 ; D. MAZEAUD, La genèse des contrats..., art. préc., p. 44.
- 1851.** P. JOURDAIN, rapp. préc., p. 122.
- 1852.** D. MAZEAUD, La genèse des contrats., art. préc., p. 44.
- 1853.** P. JOURDAIN, Rapport préc., p. 122.
- 1854.** J. SCHMIDT, La sanction de la faute précontractuelle, RTDciv. 1974. 48, n° 2.
- 1855.** D. MAZEAUD, La genèse des contrats..., art. préc., p. 44 ; P. JOURDAIN, Rapport préc., p. 128 ; Le contrat, 94^e Congrès des notaires, *op. cit.*, p. 19, n° 1014.

- 1856.** F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, Les obligations, *op. cit.*, n° 177 : « La période précontractuelle est placée sous le double signe de la liberté et de la bonne foi ». V. également, J. SCHMIDT, La période précontractuelle en droit français, RIDC 1990. 545 et s. ; Les accords précontractuels en droit français, *in* Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels, Economica, 1990, p. 9 et s. ; La sanction de la faute précontractuelle, *op. et loc. cit.* ; D. MAZEAUD, Mystères et paradoxes de la période précontractuelle, Etudes offertes à J. GHESTIN, LGDJ, 2001, p. 637 et suiv., spéc. n° 4.
- 1857.** F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, Les obligations, *op. cit.*, n° 177.
- 1858.** Cass. com., 12 janv. 1999, RJDA 1999, n° 371.
- 1859.** Cass. com., 12 janv. 1999, préc. ; D. MAZEAUD, Mystères et paradoxes de la période précontractuelle, art. préc., n° 9.
- 1860.** P. CHAUVEL, Rupture des pourparlers..., art. préc., p. 39, n° 13 ; Cass. com., 12 janv. 1999, préc.
- 1861.** Rennes, 8 juil. 1929, DH 1929. 548.
- 1862.** Cass. com., 20 mars 1972, Bull. civ. IV, n° 93 ; JCP. 1973. II. 17543, note J. SCHMIDT et 1R8T63Dciv. 1972. 779, obs. G. DURRY.
- 1863.** D. MAZEAUD, Mystères et paradoxes de la période précontractuelle, n° 10 ; Sur la question de l'éthique : B. OPPETIT, Ethique et vie des affaires, Mélanges offerts à A. COLOMER, Litec, 1993, p. 319 et s. ; Th. REVET, L'éthique des contrats en droit interne, *in* Ethique des affaires, de l'éthique de l'entrepreneur au droit des affaires, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 1997, p. 208 et s.
- 1864.** D. MAZEAUD, La genèse des contrats..., art. préc., p. 44, n° 4.
- 1865.** D. MAZEAUD, Mystères et paradoxes de la période précontractuelle, n° 10.
- 1866.** B. LASSALLE, Les pourparlers, art. préc., p. 838.
- 1867.** D. MAZEAUD, Mystères et paradoxes de la période précontractuelle, n° 10.
- 1868.** D. MAZEAUD, Mystères et paradoxes de la période précontractuelle, *op. et loc. cit.*
- 1869.** Paris, 5^e ch., sect. A, 16 décembre 1998, Bull. JOLY, avril 1999, n° 98, p. 470 et s., note A. LAUDE.
- 1870.** Cass. civ. 1^e, 12 avril 1976, Bull. civ. I, n° 122, Defr. 1977. 389, obs. J.-L. AUBERT. L'intention de nuire n'est pas un élément constitutif de la mauvaise foi : il peut y avoir faute dans la rupture des pourparlers sans pour autant qu'il y ait intention de nuire. Sur cette question, V. notamment : J. GHESTIN, La formation du contrat, *op. cit.*, n° 330 ; Le contrat, 94^e congrès des notaires de France, préc., p. 26, n° 1032 ; Cass. civ. 3^e, 3 octobre 1972, Bull. III, n° 491.
- 1871.** Cass. com., 22 fév. 1994, Bull. civ. IV, n° 79 ; RJDA 1994, n° 76 et RTDciv. 1994. 849, obs. J. MESTRE.
- 1872.** Rennes, 8 juillet 1929, préc.

- 1873.** Rennes, 8 juillet 1929, préc. ; Paris, 5 novembre 1999, RTDciv. 2000. 104, obs. J. MESTRE ; Cass. com. 7 avril 1998, RJDA 1998, n° 937.
- 1874.** Cass. civ., 12 avril 1976, Bull. civ. I, n° 122.
- 1875.** Cass. com. 20 mars 1972, préc.
- 1876.** Cass. com. 22 fév. 1994, préc.
- 1877.** P. JOURDAIN, Rapport préc., p. 128.
- 1878.** Cass. com., 7 janvier et 22 avril 1997, D. 1998. 45, note P. CHAUVEL et RTDciv. 1997. 651, obs. J. MESTRE ; CA Riom, 10 juin 1992, RJDA 1992, n° 893 et RTDciv. 1993. 343, obs. J. MESTRE ; Cass. civ. 1^e, 6 janv. 1998, JCP. 98. II. 10066, obs. B. FAGES ; Paris, 3 sept. 1999, RJDA 1999, n° 1284 ; Versailles, 1^{er} avril 1999, RJDA 1999, n° 1285 ;
- 1879.** J. MESTRE, RTDciv. 1996. 146, obs. s./ Versailles, 21 septembre 1995, Sté Poleval c./ Sté Laboratoires Sandoz ; V. la confirmation de cette décision par la Cour de cassation : Cass. corn., 7 avril 1998, RJDA 1998, n° 937.
- 1880.** Le contrat, 94^e congrès des notaires de France, préc., p. 24, n° 1029.
- 1881.** Les juges ont qualifié de fautive la rupture de pourparlers engagés pourtant sur une très courte période : Cass. civ. 1^e, 6 janvier 1998, JCP. 1998. II. 10066, obs. B. FAGES, Plus les pourparlers sont courts, plus ils sont avancés !
- 1882.** RTDciv. 1993. 343, préc.
- 1883.** P. JOURDAIN, Rapport préc., p. 128.
- 1884.** Autrement dit, sans être contraintes de conclure un contrat de règlement amiable.
- 1885.** Et plus largement encore, conformément au principe de l'autonomie de la volonté.
- 1886.** P. CHAUVEL, Rupture des pourparlers et responsabilité contractuelle, art. préc., p. 41, n° 19 : l'auteur précise que l'on ne saurait parler « *d'un abus de droit, mais, bien plutôt, d'un abus de liberté puisque dans cette période antérieure à la conclusion du contrat, les partenaires ne sont tenus à aucune obligation légale ou conventionnelle* ».
- 1887.** En faisant réaliser des études, des expertises, en engageant des frais...
- 1888.** J. SCHMIDT, La sanction de la faute précontractuelle, préc. ; La période précontractuelle en droit français, RIDC 1990. 547 ; P. JOURDAIN, Rapport préc., p. 230 ; D. MAZEAUD, La genèse des contrats..., art. préc., p. 48, n° 19 ; P. CHAUVEL, Rupture des pourparlers..., art. préc., p. 36, n° 3.
- 1889.** J. SCHMIDT, la période précontractuelle en droit français, RIDC 1990. 547.
- 1890.** Néanmoins, la décision du TGI de Paris du 18 janvier 1999 relative à la violation du devoir de confidentialité peut être interprétée comme sanctionnant un comportement déloyal.
- 1891.** Sur ce principe, X. LAGARDE, *in* Droit processuel/Droit commun du procès, *op. cit.*, n° 597 ; S. GUINCHARD, *in* Droit processuel/Droit commun du procès, *op. cit.*, n° 421 et s. ; Les métamorphoses de la procédure à l'aube du troisième millénaire, art. préc., n° 1302 ; J. VINCENT et S. GUINCHARD, Procédure civile, *op. cit.*, n° 531 ; G. COUCHEZ, J.-P. LANGLADE,

D. LEBEAU, Procédure civile, *op. cit.*, n° 4 et 13 ; M.-A. EISSEN, La durée des procédures civiles et pénales dans la jurisprudence de la CEDH, *Bull. inf. Cour cass.* 1995, n° 3 ; J.-M. COULON, L'effectivité de l'accès à la justice et la durée des procédures, *in* L'honnête homme et le droit, Mélanges J.-Cl. SOYER, LGDJ, 2000, p. 71 et s. ; S. AMRANI-MEZZI, Le temps et le procès civil, Nouvelle Bibliothèque des Thèses, Dalloz, 2002.

1892. V. nos développements sur cette question *supra* n° 476 et s.

1893. Un mois renouvelable une seule fois : NCPC, art. 832.

1894. Trois mois renouvelables une seule fois : NCPC, art. 131-3.

1895. X. LAGARDE, *in* Droit processuel/droit commun du procès, *op. cit.*, n° 597.

1896. X. LAGARDE, *op. et loc. cit.*

1897. X. LAGARDE, *op. et loc. cit.*

1898. S. GUINCHARD, *in* Droit processuel/droit commun du procès, *op. cit.*, n° 423 et 431 : « L'appréciation [du délai raisonnable] se fait sur l'ensemble de la procédure, sur la globalité du procès dans toutes ses instances, ce qui rend plus rigoureuse la réalisation d'une durée raisonnable ».

1899. X. LAGARDE, *in* Droit processuel/droit commun du procès, *op. cit.*, n° 597.

1900. X. LAGARDE, *op. et loc. cit.*

1901. Notamment, S. GUINCHARD, Les métamorphoses de la procédure à l'aube du troisième millénaire, art. préc., spéc. n° 1285 ; Vers une démocratie procédurale, *in* Justice, Ce qui a changé dans la justice depuis 20 ans, 1999, n° 1, p. 91 et suiv., spéc., p. 109 et s. Ces principes universels seraient : le principe de loyauté, de dialogue et de célérité.

1902. Sur la substantialisation du droit au procès équitable : S. GUINCHARD, Le procès équitable, garantie formelle ou droit substantiel ?, Mélanges en l'honneur de G. FARJAT, éd. Frison-Roche, 1999, p. 139 et s. ; Les métamorphoses de la procédure à l'aube du troisième millénaire, art. préc., spéc. n° 1271 et s. ; Vers une démocratie procédurale, *in* Justice, Ce qui a changé dans la justice depuis 20 ans, 1999, n° 1, p. 91 et suiv. ; du même auteur, contribution à l'ouvrage collectif : Droit processuel/droit commun du procès, *op. cit.*, n° 482 et suiv. ; J.-F. FLAUSS, contribution au procès équitable lors du colloque organisé le 22 mars 1996 par l'Université Robert Schuman de Strasbourg et la Cour de cassation, publié aux éditions Bruylant, 1996 ; J. VELU et R. ERGEC, La CEDH, Bruylant, Bruxelles, 1990, p. 349 et s.

1903. X. LAGARDE, *in* Droit processuel/droit commun du procès, n° 582.

1904. GLASSON et TISSIER, Traité de Procédure civile, *op. cit.*, t. 1, p. 408, n° 466 ; M. ARMAND-PREVOST, L'avocat, le juge, le médiateur, colloque du 15 juin 1998 préc., publié par l'IEA, p. 16.

1905. J.-P. MATTEI, allocution *in* La médiation comme mode de règlement des conflits de la vie des affaires, Colloque du 15 avril 1999, LPA, 13 juillet 1999, p. 3 et s., spéc. p. 10.

1906. T. NORMAND, Libres propos, *Gaz. Pal.* 7-9 mars 1999, p. 5.

1907. Y. DESDEVISES, Remarques sur la place de la conciliation dans les textes récents de procédure civile, art. préc., p. 242 ; P. ESTOUP, La conciliation judiciaire : avantages,

obstacles et perspectives, art. préc., p. 301 ; L'offre judiciaire d'amiable composition et de conciliation..., art. préc., p. 269.

1908. Sur cette question, V. X. LAGARDE, in Droit processuel/droit commun du procès, *op. cit.*, n° 598 ; La Cour européenne des droits de l'homme définit le principe d'égalité des armes comme « *la possibilité raisonnable (pour une partie) d'exposer sa cause dans des conditions qui ne la désavantagent pas d'une manière appréciable par rapport à la partie adverse* » : Aff. Ruiz Mateos c./ Espagne, 23 juin 1993, série A, n° 262.

1909. D. POLLET, Principe de contradiction et médiation, art. préc., p. 686. Cependant, une telle attitude, si elle est répétée, devient contraire à l'exigence de neutralité et d'impartialité du médiateur.

1910. D. POLLET, *op. et loc. cit.*

1911. D. POLLET, *op. et loc. cit.*

1912. D. POLLET, *op. et loc. cit.*

1913. V. *supra* n° 418.

1914. Par exemple, B. FAUCHET, La conciliation, th. préc., 1980, p. 325 s. ; Y. DESDEVISES, Remarques sur la place de la conciliation dans les textes récents de procédure civile, art. préc., p. 242, n° 12.

1915. Y. DESDEVISES, Remarques sur la place de la conciliation..., art. préc., n° 11 et 12.

1916. NCPC, art. 831-1 ; 883 ; C. trav. R. 516-4 ; C. civ., art. 251. V. *supra* n° 418 nos développements sur cette question.

1917. NCPC, art. 883 ; C. trav., art. R. 516-4.

1918. Pour des décisions anciennes, V. notamment : Cass. soc., 21 nov. 1947, Bull. civ. III, n° 168, p. 153 ; Cass. soc., 15 janvier 1959, Bull. civ. IV, n° 78, p. 65 ; Paris, 23 mai 1977, Gaz. Pal. 1977. 415 et RTDCiv. 1977. 826, obs. PERROT. Plus récemment, V. Cass. cass. plén. 31 oct. 1996 (deux arrêts), Juris Data n° 004106 ; Procédures, Janv. 1997, p. 6, n° 2, obs. PERROT ; Bull. inf. C. cass. 1996, 15 déc. 1996, p. 1, concl. MONNET, note MARC ; JCP. G. 1996. II. 22748, note CORRIGNAN-CARSIN ; toutefois, la chambre sociale de la Cour de cassation a jugé ultérieurement que le fait d'être représenté par un avocat vaut implicitement, mais nécessairement, existence d'un motif légitime : Cass. soc. 22 janv. 1998, RTDCiv. 1998. 474, obs. PERROT et RGDP 1999. 97, obs. DESDEVISES ; B. FAUCHET, La conciliation, thèse Paris II, 1980, p. 325 ; Y. DESDEVISES, Remarques sur la place de la conciliation..., art. préc., p. 242 ; J. BARRERE, J.-Cl. proc. civ., V° Tribunal d'instance, fasc. 330, n° 15.

1919. NCPC, art. 11 et 160.

1920. NCPC, art. 160.

1921. NCPC, art. 161 al. 1^{er}.

1922. S. GUINCHARD et J. VINCENT, Procédure civile, *op. cit.*, n° 1058.

1923. B. FAUCHER, La conciliation, th. préc., p. 329 et suiv.

1924. Y. DESDEVISES, Remarques sur la place de la conciliation..., art. préc., p. 241, n° 5.

1925. Sur cette question, V. le rapport de la Commission de réforme de l'accès au droit et à la justice présidée par P. BOUCHET, préc. ; également, R. MARTIN, Le projet de loi relatif à l'accès au droit et à la justice, JCP. 2002. Actualité. 161, 3 avril 2002, p. 641.

1926. G. PLUYETTE, allocution, *in* colloque du 6 juin 2000 préc., Expertise, arbitrage et médiation..., p. 56 ; M. BOURRY d'ANTIN, allocution *in* colloque du 6 juin 2000, Expertise, arbitrage et médiation..., préc., p. 60 et s. ; M. ARMAND-PREVOST, L'avocat, le juge, le médiateur, art. préc., p. 16 ; B. BASTARD, Défense et médiation, art. préc., p. 61 et s. ; La réforme de l'accès au droit et à la justice, rapport préc., p. 53.

1927. R. TUDELA, Pour un déplacement du lieu de règlement des conflits en amont de l'institution judiciaire : la conciliation préalable, Gaz. Pal. 1996, doct. 696, spéc. 697.

1928. G. PLUYETTE, La médiation judiciaire en matière civile, art. préc., p. 1101 et 1103 ; La médiation judiciaire, art. préc., p. 704.

1929. G. PLUYETTE, La médiation judiciaire, art. préc., p. 704 ; R. TUDELA, Pour un déplacement du lieu de règlement des conflits..., art. préc., p. 697 et 698.

1930. Il suffit de se référer au titre de l'intervention prononcée par M. ARMAND-PREVOST à l'occasion du colloque du 15 juin 1998 organisé par l'IEA : – L'avocat, le juge et le médiateur – pour s'en convaincre, ainsi qu'à l'article de Y. CUMUNEL et de P. TOUSSAINT, Le juge, l'avocat et le médiateur, à chacun son rôle en médiation judiciaire, Gaz. Pal. 1999, doct. 1003 et s.

1931. F. LAGUZZI-EIGHER et J. CAYROL, Les annonces de la Seine, 1^{er} avril 1999.

1932. G. PLUYETTE, allocution préc., *in* colloque du 6 juin 2000 préc., Expertise, arbitrage et médiation..., p. 56 ; M. BOURRY d'ANTIN, allocution préc., *in* colloque du 6 juin 2000, Expertise, arbitrage et médiation..., p. 60 et s.

1933. Notamment, Paris, Versailles, Grenoble, Le Mans, Chartres ... V. G. PLUYETTE, allocution *in* Expertise, arbitrage et médiation..., colloque préc. du 6 juin 2000, p. 57.

1934. Notamment par l'Institut de Formation Continue du Barreau de Paris (IFC), ou encore par le Centre d'étude sur les Modes alternatifs de règlement des conflits (CEMARC) de l'Université de Paris II.

1935. Médiation familiale, en droit du travail, inter-entreprise, en droit pénal, en droit administratif, dans les conflits commerciaux internationaux, en droit des assurances ... Colloques auxquels se sont associés la plupart des organismes professionnels concernés, notamment les CCI, les Cies d'assurances etc. ; V. M. BOURRY d'ANTIN, allocution *in* Expertise, arbitrage et médiation..., colloque préc., p. 60 et suiv.

1936. Le Barreau de Paris est associé avec le Tribunal de grande instance et la Cour d'appel de Paris en vue d'établir des programmes d'information et de formation à l'intention de tous les professionnels intéressés par la conciliation et la médiation judiciaires : avocats, avoués, magistrats, médiateurs et justiciables. Ainsi, dernièrement, durant l'année 2000, la Cour d'appel de Paris en association avec l'Ordre des avocats à la Cour de Paris et la Chambre des avoués près la Cour d'appel de Paris a mis en place diverses commissions de

réflexions chargées de faire le bilan du « *traitement des affaires civiles* ». Parmi ces commissions, l'une d'elles était entièrement consacrée aux modes alternatifs de règlement des conflits. Les rapports des commissions ont été rendus publics lors d'un colloque tenu le 11 juin 2001 à la Cour d'appel de Paris.

1937. M. BOURRY d'ANTIN, allocution *in* Expertise, arbitrage et médiation..., colloque du 6 juin 2000, préc., p. 60 et s. ; D. de La GARANDERIE, réponses aux questions posées à la suite du colloque du 15 avril 1999, La médiation comme mode de règlement des conflits dans la vie des affaires, LPA 13 juillet 1999, p. 27 ; Y. CUMUNEL, P. TOUSSAINT, Le juge, l'avocat et le médiateur, à chacun son rôle en médiation judiciaire, art. préc., p. 1003.

1938. Le 24 mars 2001, le Conseil National des barreaux a adopté un texte consacré « *aux modalités générales d'une réforme globale de l'accès au droit et à la justice* ». Aux termes de ce texte, on apprend que « *le Conseil National des barreaux réaffirme le rôle essentiel que doit jouer la profession d'avocat dans la mise en œuvre d'une véritable politique d'accès au droit et à la justice* » ou encore que « *L'intervention active des ordres est le seul moyen d'assurer la sécurité juridique, le respect du secret professionnel et de la déontologie en permettant l'égal accès des citoyens au droit et à la justice* ». Texte publié notamment dans le rapport consacré à la réforme de l'accès au droit et à la justice préc., La documentation française, p. 213 et s., 1s9p3é9c. p. 217.

1939. B. BASTARD, Défense et médiation, art. préc., p. 66.

1940. B. BASTARD, Défense et médiation, art. préc., p. 66.

1941. M. BOURRY d'ANTIN, allocution *in* Expertise, arbitrage et médiation..., coll. préc., p. 62.

1942. D. de La GARANDERIE, débats *in* colloque préc., La médiation comme mode de règlement des conflits dans la vie des affaires, LPA 13 juillet 1999, p. 27 ; M. BOURRY d'ANTIN, allocution *in* Expertise, arbitrage et médiation., coll. préc., p. 61 ; M. ARMAND-PREVOST, L'avocat, le juge, le médiateur, art. préc., LPA 8 juillet 1998, p. 21.

1943. Y. DESDEVISES, Remarques sur la place de la conciliation., art. préc., p. 242 ; C. COHEN, A propos de la conciliation et de la médiation, les textes et leur (libre) application, Gaz. Pal. 1998, doct. 1199 et s., spéc. p. 1200 ; D. de la GARANDERIE, allocution *in* Les conciliateurs de justice, colloque préc., Gaz. Pal. 4-6 oct. 1998, n° spécial, p. 17 et s.

1944. Parce que le litige a pour objet un contrat de travail, des problèmes de voisinage, de copropriété, des problèmes familiaux, des relations commerciales...

1945. M. BOURRY d'ANTIN, coll. préc. du 6 juin 2000, p. 60 ; M. ARMAND-PREVOST, coll. préc., 15 juin 1998, p. 17.

1946. D. de La GARANDERIE, débats, colloque du 15 avril 1999 préc., LPA 13 juillet 1999, p. 27.

1947. J.-P. MARTEL, Quelles conditions pour une médiation réussie ?, art. préc., LPA 13 juillet 1999, p. 20.

1948. J.-P. MATTOUT, débats *in* La médiation comme mode de règlement des conflits dans la vie des affaires, colloque du 15 avril 1999 préc., LPA 13 juillet 1999, p. 35.

- 1949.** En ce sens, Y. CUMUNEL et P. TOUSSAINT, Le juge, l'avocat et le médiateur..., art. préc., p. 1004.
- 1950.** Devant le conseil de prud'hommes, cependant, l'article R. 516-14 du Code du travail prévoit que « *En cas de conciliation totale ou partielle, le procès-verbal mentionne la teneur de l'accord intervenu* ».
- 1951.** B. BLOHORN-BRENNEUR, La médiation judiciaire en matière prud'homale, le protocole d'accord et la décision d'homologation, art. préc., p. 253 : « *Le protocole d'accord est la transposition en termes juridiques de l'accord négocié par les parties. C'est un acte juridique qui doit être rédigé par des professionnels du droit* ».
- 1952.** D. MIELLET, L'avocat rédacteur, Gaz. Pal. 2000, doct., p. 2115.
- 1953.** D. MIELLET, L'avocat rédacteur, art. préc., p. 2115.
- 1954.** D. MIELLET, L'avocat rédacteur, art. préc., p. 2116.
- 1955.** J. BORE, Les limites du devoir de conseil du rédacteur d'actes, Etudes offertes à J. GHESTIN, Le contrat au début du *xxie* siècle, LGDJ, 2001, p. 139 et suiv. et spéc. p. 144 et s.
- 1956.** J.-L. AUBERT, La responsabilité civile notariale, Defrénois, 3^e éd., p. 105, n° 12 ; J. BORE, Les limites du devoir de conseil du rédacteur d'actes, art. préc., p. 146.
- 1957.** D. MIELLET, L'avocat rédacteur, art. préc. p. 2115.
- 1958.** D. MIELLET, L'avocat rédacteur, art. préc. p. 2116.
- 1959.** D. MIELLET, L'avocat rédacteur, art. préc., p. 2116.
- 1960.** D. MIELLET, *op. et loc. cit.*
- 1961.** D. MIELLET, *op. et loc. cit.*
- 1962.** P. ESTOUP, la conciliation judiciaire : avantages, obstacles et perspectives, art. préc., p. 301 ; M. BOURRY d'ANTIN, allocution *in* Expertise, arbitrage et médiation..., coll. préc., p. 62.
- 1963.** M. BOURRY d'ANTIN, Expertise, arbitrage et médiation., coll. préc., p. 62.
- 1964.** TGI Paris, 18 janvier 1999, préc.
- 1965.** Sur la possibilité pour les parties et leurs conseils de renoncer d'un commun accord au bénéfice du principe de confidentialité : X. LAGARDE, *in* Droit processuel/droit commun du procès, n° 601.
- 1966.** Le dialogue est inhérent aux pourparlers judiciaires ; il participe de leur essence ; il n'est donc pas besoin de l'évoquer.
- 1967.** Ch. JARROSSON, Médiation et conciliation : essai de présentation, Revue droit et patrimoine, déc. 1999, p. 41.

Chapitre II. La déontologie du tiers conciliateur ou médiateur

- 1 **558.** Depuis la loi du 8 février 1995, le juge peut proposer aux parties de désigner un tiers aux fins de tenter, selon le contexte, soit une conciliation, soit une médiation judiciaire. En procédant à une telle désignation, le juge réalise une délégation d'exercice de la mission de conciliation que met à sa charge l'article 21 du nouveau code de procédure civile. Un auteur ¹⁹⁶⁸ propose d'analyser cette loi comme procédant au premier démembrement des pouvoirs du juge – pouvoir de concilier, pouvoir de juger – en autorisant le magistrat à confier à un tiers son pouvoir de concilier.
- 2 **559. *Relative autonomie du tiers*** - La particularité de ce tiers est que même s'il agit « *à la place du juge* », il n'est pour autant pas un mandataire de celui-ci. Bien au contraire, il bénéficie d'une totale indépendance ¹⁹⁶⁹ à l'égard du juge ainsi que d'une réelle autonomie dans le choix des modalités de mise en œuvre de la procédure amiable. Néanmoins, son autonomie n'est pas absolue. Parce qu'il tire son investiture de l'institution judiciaire et qu'il est désigné dans le cadre d'une instance judiciaire toujours pendante, le tiers est tenu d'un certain nombre d'obligations spécifiques envers le juge qui l'a désigné et sous l'égide duquel il va accomplir sa mission. Parmi ces obligations particulières, on peut citer le devoir d'information du juge en ce qui concerne le déroulement de la procédure amiable ainsi qu'un devoir de célérité dans la conduite de

cette dernière ; enfin et surtout, l'engagement de respecter et de mettre en œuvre diverses règles d'ordre déontologique ¹⁹⁷⁰ . De son côté, le juge est tenu de s'assurer que le tiers correspond bien au profil requis pour l'exercice de ces fonctions et qu'il exécute correctement sa mission. Il dispose à cette fin non seulement d'un droit de regard mais surtout d'un droit de sanction en cas de comportement déviant ou non conforme aux exigences légales et réglementaires. Les textes organisant la conciliation et la médiation judiciaires comportent plusieurs dispositions relatives aux tiers que les juges sont en droit de se substituer et qui édictent diverses conditions auxquelles doivent impérativement répondre les conciliateurs et médiateurs.

- 3 **560. Les qualités du tiers** - Ces conditions sont destinées à assurer aux parties que le conciliateur ou médiateur auquel le juge fera appel présentera des qualités, sinon identiques, du moins comparables à celles que le juge devrait leur offrir s'il menait lui-même la procédure amiable. Ainsi, sur le plan éthique, il importe que le tiers présente, à l'instar du juge, toute la neutralité, l'indépendance, l'impartialité et la moralité nécessaires. Sur le plan pratique, en revanche, on peut penser que les parties sont en droit d'attendre du tiers qu'il offre de meilleures performances que le juge s'agissant des techniques de conciliation et de médiation. N'est-ce pas d'ailleurs précisément pour cette raison que le juge a été autorisé à se substituer un tiers : pour la spécialisation de ce dernier dans la technique du règlement amiable des différends ? La question de la compétence du tiers relativement aux techniques de la conciliation ou de la médiation en soulève alors une seconde et relative à leur formation ¹⁹⁷¹ . Pour la sécurité juridique des plaideurs, il importe en effet que le tiers présente toutes les garanties de compétence et d'aptitude à remplir ses fonctions. Or, les méthodes et programmes

actuels de formation à la conciliation et à la médiation, s'ils ont le mérite d'exister, n'ont encore malheureusement rien de contraignant mais surtout sont extrêmement variés d'une institution à l'autre. Cette hétérogénéité est directement source d'une diversité des pratiques dont on ne sait s'il faut la déplorer ou au contraire la louer 1972 .

- 4 La déontologie du tiers s'appréciera donc à travers l'examen des modalités de sa formation ainsi que des règles éthiques auxquelles il est soumis dans le cadre de ses fonctions. Or, selon que l'on est en présence d'un conciliateur de justice (**Section I**) ou d'un médiateur (**Section II**), les exigences requises diffèrent sensiblement, probablement en raison du statut d'auxiliaire de justice dont bénéficie celui-là.

SECTION I – LA DÉONTOLOGIE DES CONCILIEATEURS DE JUSTICE

- 5 **561. Les conciliateurs de justice, auxiliaires de justice** - Depuis les réformes opérées par les décrets des 22 juillet et 13 décembre 1996 ainsi que par le décret du 28 décembre 1998, les conciliateurs, devenus « *de justice* », ont été promus au rang d'auxiliaires de justice 1973 . Leur lien avec l'institution judiciaire – et plus particulièrement avec le juge d'instance – n'a cessé d'être renforcé au point que l'on peut considérer que c'est de ce lien, précisément, qu'ils tirent aujourd'hui véritablement leur légitimité 1974 , sinon leur autorité. La singularité des conciliateurs de justice réside dans ce rattachement souple à l'autorité judiciaire : car s'ils dépendent effectivement de cette dernière, ils conservent néanmoins une véritable autonomie et ne sont soumis à aucune hiérarchie 1975 . Leur autonomie porte non seulement sur le déroulement de la procédure de conciliation – sa forme en quelque sorte – mais également sur la solution au fond. « *Le conciliateur exerce une autorité personnelle selon des procédures très libres qui lui confèrent un fort sentiment d'autonomie* » fait observer un auteur 1976 ; il a « *la possibilité d'exercer une autorité personnelle qui, certes dans le respect du droit, n'est pas tenu de le suivre à la lettre* », ajoute-t-il, autrement dit, il peut « *jouer avec le droit sans devoir l'appliquer strictement* » 1977 .
- 6 **562. Vaste champ d'action** - Les conciliateurs de justice sont essentiellement désignés par les juges d'instance pour procéder à des conciliations judiciaires, comme l'autorise désormais l'article 1^{er} du décret du 20 mars 1978 1978 . On signalera cependant que certains magistrats, interprétant libéralement les textes, les désignent également en vue de procéder à des médiations judiciaires

1979 . La sollicitation des conciliateurs de justice aux fins de médiation a principalement lieu au sein des tribunaux d'instance, lorsque les préalables de conciliation se sont révélés inefficaces. A cette fin, en raison de « *l'absence de dispositions prévoyant l'intervention du conciliateur de justice à ce stade* » 1980 , les juges d'instance se fondent alors sur « *d'autres dispositions non spécifiques au tribunal d'instance, contenues dans les articles 131-1 et suivants du Code, qui permettent à toute juridiction d'offrir l'intervention d'une « tierce personne », dit médiateur, chargée de favoriser le rapprochement* » 1981 . Les conciliateurs de justice ne sont d'ailleurs pas désignés aux fins de médiation judiciaire par les seuls juges d'instance : d'autres juridictions et notamment certaines cours d'appel, ont recours à leurs services au motif que leur « *expérience professionnelle correspond aux contentieux concernés par la médiation* » 1982 .

- 7 **563. Présence en personne aux audiences** - En vue de favoriser la désignation des conciliateurs de justice – que ce soit aux fins de conciliation ou de médiation – un nombre croissant de juridictions d'instance 1983 a pris l'initiative de les faire régulièrement siéger aux audiences 1984 . Leur présence en personne facilite la mise en œuvre du processus amiable qui peut alors avoir lieu « *en temps réel* » 1985 : la proposition adressée aux parties de tenter de se concilier avec l'aide d'un conciliateur est concrète et, en cas d'acceptation de leur part, peut être exécutée sur-le-champ. La désignation du conciliateur se fait alors sans forme aucune ; les parties et le conciliateur se retirent dans un local réservé à cet effet. En cas de conciliation, l'accord 1986 peut être immédiatement homologué ; en cas d'échec de la conciliation, l'audience aux fins de jugement reprend sans retard. La rapidité avec laquelle la conciliation peut ainsi prendre forme fait dire à un praticien que « *Nous sommes là véritablement dans un processus de règlement des conflits qui réunit tous*

les facteurs de proximité propres au tribunal d'instance. Dans l'espace [...], dans le temps » 1987 .

- 8 **564. Recrutement et formation** - L'accès aux fonctions de conciliateur de justice suppose de répondre aux conditions édictées par le décret n° 78-381 du 20 mars 1978 1988 . Le contrôle de conformité du profil des candidats à celui requis par les textes se fait essentiellement au moment du recrutement des conciliateurs de justice (A). Une fois nommés, les conciliateurs de justice ne font pratiquement plus l'objet d'aucun contrôle, si ce n'est pas le biais de leur rapport annuel 1989 : mais leur pratique de la conciliation n'est, en tant que telle, jamais supervisée et ce n'est encore que de manière très expérimentale que certaines juridictions proposent des programmes de formation continue aux conciliateurs (B), destinés à leur permettre d'améliorer leurs techniques de conciliation, de parfaire leurs connaissances juridiques voire de se spécialiser dans certains contentieux, ou plus simplement encore, de faire part de leur expérience personnelle de la conciliation à d'autres conciliateurs de justice. De cette absence de supervision et de ce manque de formation résulte alors une hétérogénéité des pratiques surprenante que le silence des textes relativement au déroulement du processus de conciliation ne contribue pas à atténuer.
- 9 Nous verrons à ce propos que s'il existe un consensus sur la nécessité que les conciliateurs de justice fassent preuve d'impartialité, d'indépendance, de prudence et qu'ils respectent scrupuleusement le devoir de confidentialité 1990 , la conception qu'ont les conciliateurs de ces principes et la manière dont ils en font application révèlent que la procédure de conciliation judiciaire reste encore très étrangère à la règle de droit *stricto sensu*, même si son rattachement au monde judiciaire ne cesse d'être renforcé. Si le droit n'est pas totalement absent de ces procédures et s'il est même

régulièrement rappelé aux parties ¹⁹⁹¹, il en est fait un usage encore extrêmement approximatif. Faut-il le déplorer ou bien au contraire y voir précisément la raison d'être de ce mode alternatif de règlement des conflits et tout ce qui fait son originalité et son attrait ? Quels sont ces nouveaux conciliateurs de justice dont on proclame - voire qui revendiquent - « *l'inutilité de leur savoir* » ¹⁹⁹² ? C'est ce à quoi il nous appartient de répondre, en commençant par l'examen des modalités de recrutement des conciliateurs de justice.

A. Le recrutement des conciliateurs de justice

- 10 **565.** La procédure de recrutement des conciliateurs de justice ¹⁹⁹³ constitue véritablement le principal moment où les représentants de l'institution judiciaire vont pouvoir procéder au contrôle de la conformité du profil des candidats à celui requis par le décret du 20 mars 1978. Ce contrôle se fait en quatre étapes et, à chacune d'elles, par des autorités différentes.
- 11 **566. Profil type à respecter** - Les conditions à remplir pour pouvoir être conciliateur de justice sont essentiellement celles mentionnées à l'article 2 du décret. Elles ont trait à la moralité du candidat - ne pas avoir de passé judiciaire et « *jouir de ses droits civils et politiques* » ¹⁹⁹⁴ ; à son indépendance à l'égard des parties qu'il est susceptible d'avoir à concilier dans l'avenir - « *n'être investi d'aucun mandat électif dans le ressort de laquelle il exerce ses fonctions* » ¹⁹⁹⁵ ; ainsi qu'à sa compétence - justifier d'une expérience en matière juridique d'au moins trois ans ainsi que d'une compétence et d'une activité qui le qualifient particulièrement pour l'exercice de ces fonctions ¹⁹⁹⁶. Ces derniers critères de compétence « *qui peuvent notamment s'apprécier au regard de l'activité professionnelle ou associative des intéressés, mettent ainsi l'accent sur les autres qualités toutes aussi essentielles, requises des conciliateurs (sens de l'écoute, sens de l'analyse,*

goût des contacts humains ...) et leur combinaison apparaît de nature à assurer aux parties ainsi qu'au juge, lorsqu'il délègue une mission de conciliation judiciaire, l'intervention d'une personne dont l'aptitude est certaine » 1997 . Enfin, un certain nombre d'incompatibilités sont mentionnées : toute personne qui contribue de près ou de loin au service public de la justice, y compris les officiers publics et ministériels, se voit interdire l'accès aux fonctions de conciliateur de justice 1998 . Cependant, les fonctions de suppléants de juge d'instance échappent à cette règle stricte 1999 , probablement dans le but de renforcer plus encore le lien qui unit désormais ce magistrat avec les conciliateurs de justice.

- 12 Telles sont les exigences réglementaires. Observons désormais la procédure généralement suivie par les juridictions 2000 en vue de s'assurer que ces règles sont effectivement remplies.
- 13 **567. Lettre de motivation** - La première étape du recrutement consiste le plus souvent en une démarche purement personnelle du candidat. Ce dernier doit en effet adresser une lettre au président du tribunal de grande instance dans le ressort duquel il est domicilié 2001 qui fait état de son aspiration aux fonctions de conciliateur de justice ainsi que de ses motivations. Cette lettre doit être accompagnée de certaines pièces telles qu'un *curriculum vitae* - permettant au magistrat d'examiner le parcours professionnel du candidat - ou encore de justificatifs attestant l'état civil de la personne ainsi que sa situation sociale.
- 14 **568. Entretien** - La seconde étape, qui suit immédiatement la première, consiste ensuite en un entretien avec le magistrat chargé, au sein de la juridiction, de superviser le « *dispositif de conciliation* » 2002 . Cet entretien est destiné tout d'abord à compléter les informations mentionnées dans la lettre, à obtenir le cas échéant les pièces manquantes et à tester le candidat sur la réalité de sa

motivation. Mais de manière plus subtile, l'entretien permet également au magistrat de procéder à une prise de contact ²⁰⁰³ avec le futur conciliateur, à lui signaler ce qu'il attend de lui, à lui rappeler ce en quoi consistent ces fonctions, à lever toutes sortes d'ambiguïtés à ce propos...

- 15 **569. Enquête de moralité** - A la suite de cet entretien, le magistrat transmet son avis sur la candidature au procureur de la République, lequel doit alors – et c'est la troisième étape – procéder à une enquête de moralité sur le candidat et vérifier la véracité des indications fournies dans la lettre et le *curriculum vitae*. Dans son avis, le magistrat instructeur fait part au procureur de la République de son impression sur le candidat, des travers comme des qualités apparentes de celui-ci : « *caractère impulsif* » ²⁰⁰⁴ ; « *volonté de toujours prendre fait et cause pour le plaignant* » ²⁰⁰⁵ ; « *condition d'expérience juridique non remplie* » ²⁰⁰⁶ ou bien au contraire « *expérience professionnelle permettant d'augurer de sa réussite dans la fonction de conciliateur* » ²⁰⁰⁷ ; personnes qui « *admet totalement la mesure, la réserve qui s'attachent à la fonction de conciliateur* » et dont la « *personnalité et [le] sens du service public le placent au-dessus de tout soupçon* » ²⁰⁰⁸ ... etc.
- 16 Une fois en possession du dossier de candidature ainsi que de l'avis du magistrat instructeur, le procureur de la République fait procéder à l'enquête de moralité. Celle-ci est réalisée par les services de la gendarmerie ou de la police « *qui, pour l'occasion, exhument le passé judiciaire, sondent la réputation en recueillant les éléments dits de moralité concernant l'intéressé* » ²⁰⁰⁹ . Même si elles donnent le plus souvent lieu à des procès-verbaux relativement succincts, ces enquêtes n'en sont pas moins réalisées avec sérieux. Sont à ce titre interrogés les proches du candidat (parents, les voisins, les collègues de travail), mais également sont consultés les fichiers nationaux des

renseignements généraux 2010 . La lecture de certains de ces procès-verbaux d'enquête permet de dégager les principaux motifs de rejet des candidatures 2011 . Ainsi, l'existence d'un passé judiciaire constitue un élément rédhibitoire pour une nomination aux fonctions de conciliateur de justice et ce, quelles que soient la gravité et l'ancienneté de l'infraction 2012 . De même, des témoignages défavorables concernant la carrière professionnelle du candidat 2013 ou encore l'absence de toute formation juridique 2014 conduisent généralement au rejet de la candidature.

17 **570.Nomination du conciliateur de justice** - La quatrième et dernière étape du processus de recrutement est celle du sort qui sera finalement réservé à l'acte de candidature. Si à l'issue de la procédure d'enquête, le procureur de la République émet un avis défavorable, le candidat est informé du rejet de sa demande par avis non motivé. Si, en revanche, le procureur émet un avis favorable, le dossier est alors transmis au premier président de la cour d'appel pour avis officiel validant la nomination pour une période initiale d'un an, renouvelable par périodes de deux ans 2015 . Cette nomination officielle est ensuite suivie d'une intronisation du conciliateur de justice par la prestation de serment de ce dernier devant la cour. Il doit ainsi déclarer : « *Je jure de loyalement remplir mes fonctions avec exactitude et probité et d'observer en tout les devoirs qu'elles m'imposent* » 2016 .

18 **571.Critique de la procédure de recrutement** - Parmi les critères de nomination, on observe que l'exigence d'une formation aux techniques de la conciliation fait absolument défaut, et ce, à quelque stade que ce soit de la procédure de recrutement 2017 . Quant à l'exigence de connaissances en matière juridique, son appréciation par les magistrats est très souple et seule une absence totale de toute expérience en la matière – pratique ou théorique – peut fonder un

refus de candidature. Cette conception du profil du conciliateur de justice, d'abord approuvée par les praticiens qui considéraient que le conciliateur devait être plus proche du notable que du juriste car celui-là jouit « *impérativement de la considération de [ses] concitoyens* » 2018 , est aujourd'hui quelque peu remise en cause, tant par les professionnels du droit 2019 que par les conciliateurs de justice eux-mêmes 2020 qui revendiquent la nécessité d'une formation *a posteriori*.

B. La formation des conciliateurs de justice

- 19 **572. De timides initiatives** - Si la volonté de généraliser des sessions de formation pour les conciliateurs de justice est très largement partagée, on observe cependant que sa mise en œuvre effective reste encore à l'état expérimental. Ainsi, la cour d'appel de Paris 2021 suivie de l'Ecole Nationale de la Magistrature 2022 proposent des actions de formation continue aux conciliateurs de justice et, en particulier, aux conciliateurs nouvellement nommés. Mais de telles pratiques ne sont pas généralisées sur l'ensemble du territoire, ce qui est regrettable 2023 . Le programme de formation proposé par la cour d'appel de Paris s'adresse avant tout aux conciliateurs de justice agissant dans son ressort 2024 . En revanche, celui proposé par l'E.N.M. concerne un plus grand nombre de conciliateurs puisque s'y sont déjà présentés des conciliateurs des ressort des cours d'appel de Paris, Versailles, Reims, Rouen et Orléans 2025 .
- 20 **573. Priorité donnée à la formation juridique** - La finalité de ces sessions de formation est en premier lieu d'approfondir les connaissances *juridiques* des conciliateurs de justice. L'amélioration des techniques mêmes de conciliation et de négociation n'y est généralement envisagée qu'en second lieu, à l'occasion des sessions ou modules suivants. Ces formations sont donc ainsi principalement

axées sur : l'organisation judiciaire, les principes directeurs du procès civil, la procédure civile - dont en particulier celle du tribunal d'instance - ou encore les rapports entre le conciliateur de justice et le juge d'instance, leur « *magistrat de tutelle* » ²⁰²⁶ . A titre accessoire, si les conciliateurs le souhaitent, des sessions spécialisées sont également proposées et qui sont consacrées à des thèmes juridiques spécifiques comme le droit des baux, le droit de la consommation, le droit bancaire etc. On peut être surpris de l'importance donnée à l'aspect juridique de ces programmes. Faut-il y voir une intention masquée de compléter l'exigence des textes qui ne requièrent plus qu'une expérience juridique de trois ans au lieu de cinq ? Ou bien une quête de légitimation des fonctions de conciliateur ?

1°. Finalité de la formation

- 21 **574. *Expérience juridique personnelle des conciliateurs de justice*** - Une étude qui s'est consacrée au profil des conciliateurs de justice permet de constater qu'un conciliateur sur deux a acquis sa formation juridique « *sur le tas, dans le cadre professionnel* » ²⁰²⁷ contre seulement un sur quatre qui déclare l'avoir acquise à l'université ²⁰²⁸ . Le caractère essentiellement juridique de la formation continue proposée aux conciliateurs de justice pourrait donc trouver une justification dans ces chiffres, et s'expliquer par la volonté de tenter de compenser la faible proportion de conciliateurs issus d'un cursus juridique universitaire. Mais en vérité, l'étude de la carrière professionnelle des conciliateurs interrogés montre que la plupart d'entre eux ont occupé des fonctions de cadres de la fonction publique ou de cadres d'entreprise. Autrement dit, ce sont ceux qui sont « *les mieux placés dans la hiérarchie administrative et/ou d'entreprise* » qui occupent, proportionnellement, en plus grand nombre, les fonctions de conciliateurs de justice ²⁰²⁹ ce qui

souligne « *le recrutement élitiste des conciliateurs* » 2030 . Or, l'occupation de tels postes suppose nécessairement, à un moment ou à un autre, la consultation ou l'application de la règle de droit 2031 . Et en effet, on apprend que parmi les conciliateurs de justice, nombreux sont ceux qui ont déjà eu à utiliser le code civil 2032 ou le code du travail 2033 dans le cadre de leur ancienne profession. L'usage d'autres recueils de textes tels que le code de l'urbanisme 2034 , le code de commerce 2035 , le nouveau code de procédure civile 2036 ou encore le code pénal 2037 est moins fréquente mais concerne malgré tout un pourcentage élevé de conciliateurs. Il s'ensuit que les conciliateurs de justice possèdent de solides connaissances juridiques qui, bien que pour la plupart issues de leur propre expérience professionnelle et pratique, s'avèrent *a priori* amplement satisfaisantes pour l'exercice des fonctions de conciliation.

- 22 **575. Réseau de connaissance avec les professionnels du droit** - Qui plus est, si le conciliateur était confronté à quelques difficultés de nature juridique, outre sa propre culture pratique, son entourage direct devrait également lui permettre d'y faire face rapidement. En effet, non seulement son « *réseau d'inter connaissance (magistrats, anciennes relations professionnelles)* » 2038 mais encore, son « *magistrat de tutelle* » 2039 peuvent lui prodiguer des conseils 2040 . Depuis le rapprochement des conciliateurs de justice aux juges d'instance, ces derniers constituent véritablement les « *formateurs au quotidien* » 2041 de ceux-là. Et plus encore, « *la pratique qui se développe de la présence du conciliateur à certaines audiences du juge d'instance constitue un mode de formation irremplaçable* » 2042 . On en déduit donc que les conciliateurs de justice n'ont *a priori* pas besoin de formation juridique particulière pour répondre à l'exigence légale de connaissances juridiques et que leurs propres connaissances

personnelles suffisent amplement pour pouvoir faire face à toutes sortes de demandes sur le fond du droit.

- 23 **576. Programmes de formation aux fins de légitimation ?** - Faut-il alors analyser ces programmes de formation des conciliateurs de justice, très fortement axés sur les connaissances juridiques, comme révélateurs d'un manque de confiance des magistrats en ces nouveaux auxiliaires de justice ? Les magistrats s'en défendent : « Ces sessions n'ont pas pour objectif de donner au conciliateur de justice des connaissances juridiques devant lui permettre de se substituer au juge d'instance lui-même mais seulement de lui assurer, dans des domaines très complexes, une information générale sur des règles essentielles, afin d'éviter qu'il puisse donner des conseils erronés ou préjudiciables au justiciable »²⁰⁴³. Il semblerait alors que ces programmes de formation soient en vérité une manière d'asseoir, sinon d'assurer la légitimité des conciliateurs de justice.
- 24 On sent qu'effectivement, il existe un « souci d'encadrer le rôle de ce nouveau conciliateur, de régler ses relations avec le juge, de lui donner un statut, une déontologie et un régime d'incompatibilités, une formation, une véritable professionnalisation »²⁰⁴⁴ car c'est précisément de cet encadrement, de ce statut voire de cette professionnalisation que dépendent non seulement « l'efficacité » mais encore la « crédibilité » de l'institution « auprès des justiciables, des juges et des pouvoirs publics »²⁰⁴⁵. Si autrefois, la légitimité des conciliateurs reposait essentiellement sur leur autorité personnelle, sur leurs qualités morales et humaines²⁰⁴⁶ ainsi que sur leur appartenance sociale, ce fondement est vite devenu insuffisant et si l'institution des conciliateurs est autrefois tombée en désuétude, c'est peut-être en partie pour cette raison. Aussi, pour « relancer »²⁰⁴⁷ les conciliateurs de justice, il est apparu nécessaire de les relier à

l'institution judiciaire, afin que la légitimité de celle-ci déteigne un peu sur ceux-là.

- 25 C'est ainsi qu'au lien organique unissant les conciliateurs aux juges d'instance a été substitué un lien fonctionnel, symbolisé par l'appellation de conciliateurs *de justice* ainsi que par le recours à la pratique de la présence en personne de ces derniers aux audiences du juge d'instance. Mais pour parachever ce mouvement de judiciarisation – ou de légitimation – des fonctions de conciliateur ²⁰⁴⁸, il est apparu nécessaire de sensibiliser les conciliateurs de justice eux-mêmes à leur intégration grandissante dans l'institution judiciaire. C'est pourquoi les programmes de formation continue qui leur sont proposés mettent précisément l'accent sur l'organisation judiciaire, sur la procédure devant le tribunal d'instance – leur juridiction de rattachement – et surtout, sur leur propre place au sein de l'institution judiciaire ainsi que sur leurs rapports avec le juge d'instance, leur magistrat de tutelle.
- 26 Tout est fait semble-t-il pour que, à long terme, les conciliateurs de justice ne se définissent que *par* l'institution judiciaire et ne conçoivent leurs fonctions *qu'en référence* à l'institution judiciaire. Mais pour l'heure, on est encore loin de ce résultat et la grande disparité des pratiques de conciliation menées par les conciliateurs de justice en est l'illustration la plus flagrante.

2°. Diversité des pratiques de conciliation

- 27 **577. Diversité des pratiques, conséquence de l'absence de formation** – L'absence de toute formation préalable des conciliateurs de justice aux techniques de la conciliation, assortie de l'absence de toute supervision de leur activité est génératrice d'une hétérogénéité des pratiques ²⁰⁴⁹ : les « *méthodes* [des conciliateurs] *sont innombrables* » ²⁰⁵⁰, même s'il existe une sorte de consensus sur la plupart des

grands principes à respecter tels que l'écoute, l'impartialité, la confidentialité. Cependant, la conception qu'ont les conciliateurs de justice de ces principes fondamentaux varie tellement de l'un à l'autre que l'on ne peut que s'inquiéter de la réalité de la déontologie des pourparlers qui leur sont confiés.

- 28 **578. Techniques d'entretien avec les parties et principe du contradictoire** - Ainsi, à titre d'exemple, on soulignera que des divergences existent quant aux modalités de conduite des pourparlers et, spécialement, quant à la décision de réunir les parties ou de les rencontrer séparément, ce qui, d'un point de vue juridique, a directement trait à l'application du principe du contradictoire aux procédures de conciliation. Trois catégories de conciliateurs se distinguent alors : ceux qui privilégient systématiquement les entretiens séparés – autrement dit qui procèdent à une mise à l'écart radicale du principe du contradictoire ; ceux qui, au contraire, ne conçoivent la conciliation qu'avec toutes les parties réunies conjointement – autrement dit ceux qui respectent scrupuleusement le principe du contradictoire ; ceux, enfin, qui cumulent les deux techniques, passant de l'une à l'autre en considération de la qualité ou de l'avancement des négociations – autrement dit ceux qui privilégient une application souple du principe du contradictoire. Les partisans de la première méthode ²⁰⁵¹ invoquent le fait qu'elle présente l'avantage d'éviter les rapports de force ou les confrontations violentes ; qu'elle favorise les confidences car les parties se sentent plus à l'aise pour parler seules qu'en présence de leur adversaire. Les partisans de la seconde méthode ²⁰⁵² invoquent parfois le gain de temps qu'elle apporte ; mais surtout, y voient la seule manière de permettre le rétablissement du dialogue et de la communication entre les parties antagonistes. Le face à face est, selon eux, indispensable si l'on

souhaite que les parties comprennent mutuellement leurs points de vue respectifs, leurs souffrances et leurs demandes.

- 29 Cette différence de conception et de mise en pratique de la conciliation correspond parfois à une différence de culture professionnelle ou juridique des conciliateurs ²⁰⁵³. Mais on observe qu'elle est plus étroitement liée à leur mode de saisine, ce qui montre qu'elle est, à l'origine, rarement délibérée. Ainsi, lorsque le conciliateur, en dehors de toute instance judiciaire, est directement saisi par l'une des parties, c'est naturellement qu'il débutera la conciliation par un entretien séparé des parties, puis, qu'il sera amené à poursuivre cette méthode qui s'est, en quelque sorte, mise en place malgré lui. En revanche, lorsque le conciliateur est saisi par le juge, c'est nécessairement sur le fondement d'une demande ou d'une acceptation conjointe des parties, propice à l'organisation de réunions plénières, lesquelles, seulement en cas de blocage ou d'altercation entre les parties, seront peut-être alternées avec des rencontres séparées. Le recours à la technique de la navette, *« alternant avec les réunions plénières, est le plus souvent le seul moyen de rapprocher les parties, pas à pas, d'explication en explication, de concessions en concessions »* ²⁰⁵⁴.

- 30 **579. Recherche de l'accord et devoir de neutralité du conciliateur** - Une autre divergence à signaler concerne cette fois-ci le degré ou les modalités d'intervention des conciliateurs dans la recherche d'une solution au litige. C'est alors directement le devoir de neutralité des conciliateurs de justice qui est en cause. Ainsi, tandis que certains revendiquent leur souci d'avoir à *« inventer des solutions »* ²⁰⁵⁵, d'autres disent préférer privilégier *« l'information sur les droits juridiques des parties »* ²⁰⁵⁶. Encore une fois, cette différence d'approche dissimule une différence de conception de la finalité de conciliation : tandis que les premiers privilégient la conciliation à

tout prix, en faisant prévaloir l'idée de paix sociale sur l'application de la loi, les seconds semblent plus soucieux du respect du principe de l'égalité des armes et préfèrent informer les parties de leurs droits respectifs au risque de privilégier une partie au détriment de l'autre si cette dernière est assistée d'un conseil et que celle-là ne l'est pas.

- 31 Ces quelques exemples sont à notre sens inquiétants. Ils font état d'une véritable ignorance de certains conciliateurs de justice des règles éthiques et déontologiques qui doivent impérativement régner au cours de pourparlers judiciaires. Ils suscitent alors diverses interrogations : dans quelle mesure le conciliateur peut-il intervenir dans la recherche de l'accord au fond sans compromettre son devoir de neutralité ? Peut-il y avoir une conciliation équilibrée, durable, équitable, sans un strict respect de l'égalité des parties ? L'absence de formation des conciliateurs de justice ne présente-t-elle pas un danger pour les droits fondamentaux des parties ?
- 32 **580.Conclusion** - Tant que les pouvoirs publics ne mettront pas en place des programmes de formation destinés à sensibiliser les conciliateurs aux règles éthiques qui doivent impérativement régner dans toute procédure de conciliation ; tant qu'il n'existera pas de structures chargées de superviser l'activité des conciliateurs en fonction, alors nous pensons que l'avenir de la conciliation n'est pas assuré. La déontologie de la conciliation *via* celle du conciliateur est une nécessité absolue, spécialement le respect du devoir de neutralité. Ainsi en témoigne un haut magistrat, à propos des médiateurs, mais la mise en garde vaut aussi bien pour les conciliateurs : « *C'est essentiel que le médiateur respecte une neutralité absolue à l'égard des parties, notamment au regard du principe du contradictoire qui est très atténué dans le cadre du déroulement de la médiation. Neutralité signifie ici assurer à chaque partie un traitement égal.*

S'il entend une partie seule, sans son avocat, le médiateur doit également entendre l'autre partie seule. Il doit ainsi veiller à ce qu'une partie ne pense pas ou ne puisse pas suspecter qu'il favorise ou veut favoriser la thèse de l'adversaire » 2057 . Or, la neutralité n'est pas nécessairement une qualité innée. Il ne suffit pas d'être un homme de bonne volonté ou d'écoute pour être un bon conciliateur. Il y a « *des techniques qui ne s'improvisent pas et qui s'apprennent* » 2058 . Si l'on veut que les modes alternatifs de règlement des litiges se développent, et la conciliation et la médiation judiciaires en particulier, il faut que les personnes qui en assurent la mise en œuvre puissent justifier d'une formation sérieuse en la matière. Examinons si, sur ce plan, la médiation offre plus de garanties que la conciliation déléguée.

SECTION II – LA DÉONTOLOGIE DES MÉDIATEURS

- 33 Tout comme le conciliateur de justice, pour pouvoir remplir sa mission, le médiateur doit répondre à diverses conditions tenant à sa moralité et à son aptitude. Ces conditions, mentionnées à l'article 131-5 du nouveau code de procédure civile ²⁰⁵⁹, sont particulièrement détaillées.
- 34 **581. Les exigences réglementaires** - Ainsi, aux termes de cet article, le médiateur ne saurait avoir fait l'objet d'aucune condamnation, incapacité ou déchéance susceptible d'être mentionnée sur le bulletin n° 2 du casier judiciaire ²⁰⁶⁰, pas plus qu'il ne saurait être l'auteur de faits contraires à l'honneur, la probité ou les bonnes mœurs ayant donné lieu à une sanction disciplinaire ou administrative ²⁰⁶¹. Voici pour la moralité. D'autre part, le médiateur doit posséder la qualification requise eu égard à la matière litigieuse ²⁰⁶², tout comme il doit justifier d'une expérience adaptée à la pratique de la médiation ²⁰⁶³, à quoi s'ajoute l'exigence de « *garanties d'indépendance nécessaires à l'exercice de la médiation* » ²⁰⁶⁴. Voici pour l'aptitude.
- 35 **582. Précision des textes** - La précision de ces dispositions devrait rassurer. Elle devrait rassurer le magistrat en lui certifiant que le tiers à qui il délèguera l'exercice de sa mission de conciliation présentera des garanties de compétence et de confiance ; elle devrait rassurer les plaideurs en leur garantissant que la personne qui prendra leur affaire en charge présentera, sinon les même qualités que le juge, du moins des qualités comparables, à la hauteur des exigences de la mission qui va lui être confiée. Pourtant, la précision de ces dispositions ne cesse d'étonner. Pourquoi exiger tant du

médiateur alors que les dispositions analogues consacrées aux conciliateurs de justice sont beaucoup plus elliptiques et de ce fait moins exigeantes ? Il semble que la réponse réside dans les modalités de nomination des médiateurs. Contrairement aux conciliateurs de justice, ils ne font pas l'objet d'une investiture solennelle. Ils n'ont pas le même statut : ils ne sont pas auxiliaires de justice. A la limite, chacun peut s'autoproclamer médiateur. Il n'existe pas de contrôle préalable à l'entrée aux fonctions de médiateur. Le contrôle de l'adéquation des qualités du médiateur au profil requis par les textes n'est réalisé qu'*a posteriori*, au moment de la désignation du médiateur par le magistrat en charge du dossier qu'il souhaite orienter en médiation. La précision des dispositions relatives aux qualités que doivent présenter les médiateurs serait donc liée à cet unique contrôle *a posteriori* : elle serait destinée à donner au magistrat qui effectue ce contrôle, les éléments d'appréciation nécessaires.

- 36 **583. Le choix du médiateur par le juge** - Se pose alors la question de la faisabilité de ce contrôle, de sa réalité, de son effectivité. En effet, le magistrat qui procède à la désignation du médiateur **(A)** prend-il vraiment le temps de contrôler l'adéquation du profil des médiateurs qui sont à sa disposition avec les qualités requises par les textes ? En a-t-il simplement les moyens ? Les quelques études réalisées sur ce point semblent faire état d'un décalage entre les exigences réglementaires, les attentes des magistrats et la réalité judiciaire. Il y aurait en vérité de fortes disparités entre l'offre et la demande, principalement consécutive à l'hétérogénéité des profils des médiateurs et de la formation qu'ils ont suivie **(B)**.

A. La désignation des médiateurs

- 37 **584. Le choix du médiateur** - Si la désignation des médiateurs se fait traditionnellement par ordonnance ²⁰⁶⁵, cet acte suppose que le juge a préalablement procédé au choix de ce tiers. D'une manière générale, les professionnels considèrent que le choix du médiateur doit être effectué *intuitu personae*, en considération de la nature du litige et de la personnalité des parties ²⁰⁶⁶. A ces exigences minimales, s'ajoute pour certains le fait que ce choix doit être réalisé en concertation avec les parties.
- 38 Nombreux sont ceux en effet qui considèrent que les parties doivent impérativement être consultées sur la personne ou à tout le moins sur le « *profil* » ²⁰⁶⁷ du médiateur, car leur confiance en ce dernier est un facteur déterminant de la réussite ou de l'échec de la procédure amiable ²⁰⁶⁸. Si le juge est le seul compétent pour choisir *in fine* et désigner le tiers, cela ne signifie pas qu'il doit imposer son choix aux parties sans leur volonté. Au contraire, il importe qu'il recueille sur ce point leur adhésion et celle de leurs avocats. « *C'est un point capital qu'il ne faut pas négliger, car il faut chercher véritablement quelle est la personne qui est voulue, acceptée et apte. Cela ne signifie pas que ce sont les parties qui choisissent elles seules mais que par cette concertation, le juge parvient à trouver et désigner le médiateur qui lui paraît convenir le mieux à la situation litigieuse* », précise un haut magistrat ²⁰⁶⁹, et d'ajouter que « *Choisir et désigner d'autorité un médiateur, sans consulter les parties, est une erreur psychologique. Quand je parle d'associer les parties, surtout les avocats, au choix du médiateur, c'est avant tout de les consulter sur le profil qu'ils aimeraient avoir et, éventuellement, la personne* » ²⁰⁷⁰. Malheureusement, la pratique est encore très éloignée de ce vœu, les magistrats préférant souvent déléguer la tâche du choix de la personne du médiateur à une association de médiation alors chargée de soumettre à son agrément

« le nom de la personne physique qui assurera l'exécution de la mesure »
2071 .

- 39 **585. Critères de choix** - Les critères de choix du médiateur sont, pour la plupart, prédéterminés par les textes, ce qui a conduit certains auteurs à considérer qu'en définitive, le choix du juge n'était que « relatif » 2072 . Ils ont trait pour la plupart, nous l'avons souligné, à la déontologie, la moralité ainsi qu'à l'aptitude dont doivent impérativement faire preuve les médiateurs. Déterminés de manière non exhaustive, ces critères laissent au juge une certaine marge d'appréciation ainsi qu'une faculté d'adaptation à chaque cas d'espèce, notamment quant aux connaissances juridiques et techniques nécessaires, quant aux qualités humaines particulières que telle affaire peut requérir.
- 40 Interrogés sur le profil type du médiateur idéal, les magistrats distinguent traditionnellement entre le sage et l'expert 2073 , les qualités humaines et les qualités techniques 2074 . Le sage est celui qui présente essentiellement des qualités morales innées, celui qui possède une autorité naturelle, qui dispose d'une grande capacité d'écoute, qui fait preuve de délicatesse, de patience, d'humilité, de sensibilité mais dans le même temps de fermeté. L'expert, quant à lui, se présente plutôt comme un spécialiste : spécialiste de la question litigieuse ou spécialiste de la technique de la médiation. Homme de terrain, il est capable de proposer des solutions concrètes ; inventif et créatif, il est capable d'imaginer des solutions originales ou techniques ; « L'expert, c'est la connaissance du métier, la connaissance du milieu » 2075 . Il est rare que le médiateur soit tout à la fois sage et expert. Aussi, le choix entre ces deux profils appartiendra au juge ou mieux, aux parties, en considération de chaque cas d'espèce 2076 .

- 41 **586.L'éthique du médiateur** - En revanche, qu'il soit sage ou expert, il est une qualité à laquelle aucun médiateur ne saurait échapper : faire preuve d'une déontologie sans faille. « *Un médiateur, ce n'est pas simplement un homme de bonne volonté, c'est un homme qui, dans le cadre de la médiation judiciaire, même si c'est transposable à la médiation conventionnelle, doit accepter la mise en œuvre de règles d'ordre déontologique et ceci d'autant plus que la médiation est sous le contrôle du juge* » ²⁰⁷⁷. Parmi ces règles, l'esprit d'indépendance et d'impartialité, les impératifs de neutralité et de confidentialité sont de tout premier ordre. *L'indépendance et l'impartialité*, c'est savoir se retirer chaque fois qu'il existe ou que l'on suspecte en sa personne l'existence d'une cause de récusation. C'est ne subir aucune pression, être libre dans sa manière d'agir et de penser, n'avoir aucun préjugé ²⁰⁷⁸. *La neutralité*, c'est savoir traiter les deux parties en litige de manière égale après, toutefois, s'être assuré qu'il n'existait pas un trop fort déséquilibre entre-elles. Le cas échéant, c'est conseiller la partie la plus faible de se faire assister et non pas s'investir personnellement en vue de rééquilibrer la situation. En d'autres termes, c'est s'assurer que chaque partie peut semblablement formuler des propositions ou faire des concessions en connaissance de cause. *La confidentialité* ²⁰⁷⁹, c'est ne rien dire au juge qui puisse porter atteinte à sa liberté de jugement si l'affaire venait de nouveau à être portée devant lui. C'est se contenter de l'informer de l'issue de la médiation sans faire état des causes de son échec ou de son succès. C'est encore respecter les confidences de chacune des parties sans en faire part à l'autre.
- 42 **587.Listes de médiateurs** - Au vu de cette multitude de critères, une question a été posée ²⁰⁸⁰ : « *Comment le juge, surtout en matière de référé, pourra-t-il s'assurer que le médiateur répond bien à ces conditions, avant de prendre la décision de le désigner* » ? Cette question ne

concerne que les médiateurs puisque, contrairement aux conciliateurs de justice, ils ne font l'objet d'aucune procédure de recrutement à même de garantir leur aptitude à exercer de telles fonctions. C'est donc au juge d'apprécier au cas par cas si le médiateur auquel il pressent pour telle affaire présente bien les qualités requises. Devant l'ampleur de la tâche et dans l'idée de faciliter le travail des magistrats, certains professionnels ²⁰⁸¹ ont proposé que soient instaurées des listes de médiateurs. De telles listes présenteraient selon eux l'avantage de permettre la « *vérification du respect des conditions d'exercice* » ²⁰⁸² requises par les textes, d'obtenir un « *engagement de disponibilité* » ²⁰⁸³ de la part des médiateurs, d'offrir aux parties la « *possibilité de proposer au juge un nom choisi sur la liste* » ²⁰⁸⁴ et enfin, de « *faciliter le choix du juge* » ²⁰⁸⁵. Mais en pratique, la question divise et suscite de nombreuses réserves ²⁰⁸⁶, notamment en ce qui concerne la personne ou l'organisme qui aura vocation à inscrire les noms sur la liste et à apprécier les qualités et compétence de ceux qui y figureront ; la rigidité de ces listes ; le risque de professionnalisation ²⁰⁸⁷ qu'elles engendrent... etc. ²⁰⁸⁸.

- 43 **588. Association des juridictions avec des organismes de médiation** - D'autres juridictions, toujours en vue de guider les magistrats dans leur choix du tiers médiateur, ont préféré s'associer étroitement avec certaines associations de médiation en signant avec elles des protocoles. Ces associations sont sélectionnées en fonction des garanties qu'elles offrent quant à la formation de leurs membres. Sont ainsi pris en considération : le profil des formateurs, l'existence d'une charte ou d'un code de déontologie, le contenu et la durée des programmes de formation, l'existence de programmes de formation continue etc. Ces divers critères d'appréciation suscitent la compétition ²⁰⁸⁹ au sein des médiateurs comme des organismes de

formation. Mais c'est déjà aborder la question de la formation des médiateurs.

B. La formation des médiateurs

- 44 **589. Prolifération des centres de médiation** - L'absence de procédure officielle de recrutement des médiateurs ne doit pas faire croire à l'absence d'organismes chargés de la formation ou de la supervision de l'activité des médiateurs. Bien au contraire, on observe que contrairement aux conciliateurs de justice, les médiateurs et la médiation sont l'objet d'un véritable champ d'intervention ²⁰⁹⁰, sinon d'un véritable marché ²⁰⁹¹ investi par de nombreux professionnels ²⁰⁹² regroupés au sein de centres, instituts ou associations de médiation et/ou de formation à la médiation ²⁰⁹³. Cette prolifération est étroitement liée à l'extension du champ d'application de la médiation dans des domaines toujours plus nombreux et variés ²⁰⁹⁴, qui s'accompagne d'ailleurs par une vague de spécialisation des médiateurs : en matière familiale, pénale, sociale, scolaire, bancaire, dans les domaines de l'assurance, de l'entreprise, des troubles du voisinage, de la consommation etc. ²⁰⁹⁵ La spécialisation des médiateurs et centres de médiation donne alors naissance à de véritables quasi-ordres professionnels de médiateurs spécialisés. Ainsi en est-il en matière familiale où le Comité National des Associations et Services de Médiation Familiale ou encore l'Association pour la Promotion de la Médiation Familiale ont élaboré, outre des programmes de formation à la médiation familiale, des codes de déontologie, des listes de leurs membres etc. Dans le même sens, il convient de souligner que les barreaux s'associent de plus en plus à ce phénomène ²⁰⁹⁶ : ils proposent des formules de formation à la médiation ²⁰⁹⁷, publient des codes de déontologie, signent des protocoles d'accords avec les juridictions en

vue d'associer plus étroitement encore les avocats aux activités de médiation et de médiation judiciaire en particulier... Une telle évolution pose alors plus que jamais la question de la professionnalisation des fonctions de médiateur ²⁰⁹⁸ .

45 **590. La formation à la médiation, instrument de légitimation** ²⁰⁹⁹ –

L'investissement du marché de la formation à la médiation n'est pas fortuit : il contribue directement à la légitimation de l'activité de médiation et des fonctions de médiateur ²¹⁰⁰ . Il contribue à donner une assise, une crédibilité aux personnes qui exercent ces fonctions par rapport aux autres professionnels intervenant dans la gestion des conflits ²¹⁰¹ tels les avocats, les thérapeutes, les arbitres ou encore les conciliateurs de justice qui, tous, bénéficient d'un statut particulier ...

46 **591. Diversité des programmes de formation** - Si l'on ne peut qu'approuver ce consensus naissant ²¹⁰² relativement à la formation à la médiation, on regrettera néanmoins le manque d'homogénéité des programmes proposés, même si pourtant des efforts ont été réalisés en vue, précisément, de leur unification, notamment par l'édiction d'un certain nombre de standards auxquels ceux-ci doivent se conformer. Ainsi, dans le but d'apporter des garanties tenant tout à la fois au contenu des médiations ainsi qu'à la qualité des formateurs, diverses associations et centres de médiations se sont regroupés ²¹⁰³ en vue de rédiger une Charte de formation à la médiation. Cette charte aborde diverses questions clefs telles que les modalités de sélection des participants à la formation, la durée et le contenu de la formation initiale, la nécessité d'une formation continue, la certification ou l'accréditation des médiateurs suite à leur formation. Son contenu a été soumis à la Conférence Nationale des Bâtonniers ²¹⁰⁴ : geste qui témoigne d'un souci de reconnaissance et d'approbation. Cependant, pour l'heure,

on est encore loin du consensus national sur le contenu des programmes à dispenser.

47 Initialement monopolisé par les seules institutions privées, le marché de la formation à la médiation est aujourd'hui également investi par des organismes publics ou parapublics et par les universités en particulier, qui proposent des diplômes généralistes ou spécialisés de médiation ²¹⁰⁵. La diversité des programmes ²¹⁰⁶ s'illustre de la manière suivante : d'un organisme à l'autre, la durée de la formation proposée peut varier de quelques heures seulement à plusieurs mois, sinon une année ²¹⁰⁷ ; aux formations essentiellement pratiques, s'opposent des enseignements purement théoriques ²¹⁰⁸ ; certains organismes proposent une formation continue, destinée à compléter la formation initiale ²¹⁰⁹ ou à la spécialiser ; d'autres mettent en place des systèmes de supervision de l'activité de leurs membres ²¹¹⁰ ... Une telle variété n'est pas sans risque ²¹¹¹ : elle contribue directement à l'avènement de médiateurs très différents les uns des autres, amenés à exercer leurs fonctions de manière différente, selon une philosophie propre, des techniques propres, des finalités propres. Dans l'absolu, on pourrait se réjouir d'une telle variété, susceptible d'enrichir l'activité de la médiation et d'apporter des réponses adaptées à chaque cas particulier. En vérité il n'en est rien.

48 **592. Les dangers de la diversité** – En l'absence de système national de supervision des pratiques de médiation comme des centres de formation à la médiation ²¹¹², ce manque d'homogénéité ne peut qu'être préjudiciable à l'institution. Cette tendance à la prolifération « sauvage » des centres de formation empêche la détermination de critères de compétence ou de qualité des médiateurs ; elle est la porte ouverte à toutes sortes de dérives ou de pratiques attentatoires aux droits des justiciables. Ainsi, interrogés sur leur

pratique de la médiation, nombreux sont les médiateurs qui s'avèrent avoir en réalité une conception des devoirs d'impartialité ou de confidentialité totalement erronée : soit qu'ils prennent ouvertement fait et cause pour l'une des parties et avouent s'efforcer de ne pas le montrer ²¹¹³, soit qu'ils font un rapport extrêmement détaillé au juge du déroulement de la médiation ainsi que des raisons de son échec ou de son succès, comme s'il s'agissait d'un rapport d'expertise ²¹¹⁴. Certes, la plupart des centres ou associations de formation à la médiation présentent des gages de sérieux et de fiabilité. Mais on ne peut affirmer qu'il s'agisse là d'une règle générale. Récemment encore, un rapport officiel ²¹¹⁵ dénonçait l'existence d'organismes qui, sous prétexte de médiation, exercent en vérité des activités plus proches de la propagande idéologique que de la médiation et dont les orientations sectaires sont à craindre. Même si l'on peut espérer que ces cas restent isolés, ils existent et sont la conséquence inévitable de cette hétérogénéité et de ce manque de contrôle.

49 **593. CONCLUSION DU CHAPITRE II** - La déontologie des tiers chargés de procéder à une conciliation ou à une médiation judiciaire est une exigence expressément requise par les textes consacrés à ces procédures. Cependant, en consacrer l'exigence est une chose ; en assurer la réalité sur le terrain en est une autre. Et il semble que ce soit précisément sur ce second aspect que le bât blesse : seule une formation des conciliateurs et médiateurs serait à même d'assurer la connaissance et le respect, par ceux-ci, des règles éthiques auxquelles ils sont astreints ; or, malgré l'existence d'un consensus sur ce point, il n'existe aucune politique nationale en ce sens.

50 Certes, de plus en plus de centres et organismes se spécialisent dans la formation à la médiation ou à la conciliation : avec le développement des modes amiables de règlement des conflits, ce

champ d'intervention est très vite apparu comme un nouveau marché à conquérir. Mais, d'une part, les programmes proposés manquent d'homogénéité : d'une institution à l'autre, les méthodes d'apprentissage et le contenu des programmes varient sensiblement. D'autre part, la formation à la médiation ou à la conciliation n'a, pour l'heure, encore rien de contraignant. Enfin, l'absence de supervision de la qualité des formateurs comme de la pratique des conciliateurs et médiateurs issus de ces centres de formation empêche la détermination de critères permettant de distinguer les formations de qualité de celles qui ne le sont pas.

- 51 La conséquence de cette hétérogénéité des offres de formation est qu'elle donne naissance à une diversité des pratiques de conciliation et de médiation contraire au principe d'égalité des justiciables. Plus encore, elle est parfois source de pratiques attentatoires aux droits fondamentaux des particuliers, ce qui est inquiétant. Il y a donc encore beaucoup à faire en vue d'assurer que la déontologie des tiers chargés d'une mission de conciliation ou de médiation judiciaire ne soit pas simplement un principe mais une réalité quotidienne.

NOTES

1968. M. ROUSSEAU, Le juge d'instance et le conciliateur de justice dans le décret du 28 décembre 1998, Rev. Droit et patrimoine, déc. 1999, p. 46 : cependant l'auteur réserve cette analyse au seul conciliateur de justice et en exclut le médiateur considérant que lorsque le magistrat désigne un médiateur, « *il ne se départit d'aucune de ses missions mais surseoit à statuer* ».

1969. NCPC, art. 131-5, 5° pour le médiateur et D. 78-381 du 20 mars 1978, art. 8 al. 2 et dans une certaine mesure, art. 2 al. 2.

1970. G. PLUYETTE, allocution dans le cadre du colloque du 6 juin 2000 : Expertise, arbitrage et médiation : quelles solutions pour des difficultés qui subsistent à l'aube du xxie siècle ?, organisé et publié par l'IEAM, p. 59.

1971. Sur le lien existant entre l'éthique du tiers et sa formation, V. Cl. BESSARD, La médiation judiciaire et la médiation conventionnelle, in Expertise, Arbitrage et médiation..., colloque du 6 juin 2000 préc., p. 41 et s., spéc. p. 48.

1972. Pour une critique de cette diversité et une mise en garde contre les risques qu'elle comporte : La réforme de l'accès au droit et à la justice, Rapport de P. BOUCHET, *op. cit.*, p. 53 ; Médiation et conciliation de proximité, Rapport présenté par M. LINDEPERG, *op. cit.*, p. 95.

1973. V. par ex. M. ROUSSEAU, Le juge d'instance art. préc., p. 46, qui cite une note interne du président du TGI de Paris datée du 29 janvier 1998 et adressée aux juges d'instance qui leur précise que « *Au lien fonctionnel qui associait jusqu'alors le conciliateur à l'autorité judiciaire dont dépendait sa désignation, le décret précité [n° 96-652 du 22 juil. 1996] a substitué un lien organique unissant au juge d'instance le conciliateur de justice placé au rang d'un auxiliaire de justice* » ; Y. DESDEVISES et Ch. SUAUD, Conciliateurs et conciliation, Rapport pour le GIP mission de recherche droit et justice, mai 2001, p. 10, qui ajoutent que « *cette conciliation déléguée est source d'une réelle gratification symbolique* » pour les conciliateurs. Ce rapport a depuis été publié, dans une version beaucoup plus synthétique, dans l'ouvrage intitulé : Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice, P. CHEVALIER, Y. DESDEVISES, Ph. MILBURN (dir.), Coll. Perspectives sur la justice, La documentation française, 2003, spéc. p. 219 et suiv. ; préférant la version longue, nous continuerons de nous référer au rapport initial.

1974. Y. DESDEVISES, Conciliateurs et conciliation, Rapport préc., p. 19 : « *le conciliateur tire au moins une partie de son autorité de l'institution judiciaire à laquelle, selon les derniers textes, il s'intègre de plus en plus* ».

1975. M. ROUSSEAU, Le juge d'instance et le conciliateur de justice..., art. préc., p. 46. Cependant, précisons qu'il « *peut être mis fin à leurs fonctions avant l'expiration de leur terme par ordonnance motivée du premier président, après avis du procureur général et du juge d'instance, l'intéressé ayant été préalablement entendu* » (D. 20 mars 1978, art. 3 al. 2), ce qui fait montre de l'existence d'une certaine forme de hiérarchie.

1976. Y. DESDEVISES et Ch. SUAUD, Conciliateurs et conciliation, rapport préc., p. 19.

1977. Y. DESDEVISES et Ch. SUAUD, Conciliateurs et conciliation, rapport préc., p. 19.

1978. « *Ils peuvent également procéder aux tentatives préalables prescrites par la loi [...] dans les conditions et selon la procédure prévues par les articles 831 à 835 du nouveau code de procédure civile* », autrement dit, soit pour procéder à une tentative préalable de conciliation telle qu'effectivement prévue aux articles 830 et suiv. du NCPC, soit pour mettre en œuvre l'un des préalables de conciliation obligatoires qui existent devant cette juridiction : NCPC, art. 840, 847, 847-3.

1979. Ces magistrats peuvent être des juges d'instance mais pas seulement. Pour des médiations ordonnées en cours d'audience, devant le tribunal d'instance, V. M.-Ch. DENOIX DE SAINT MARC, allocution dans le cadre du colloque consacré aux Conciliateurs de justice, du 18 juin 1998, n° spéc. de la Gaz. Pal. des 4-6 octobre 1998, p. 25 ; C. LACORDAIRE, Le conciliateur de justice désigné par le juge d'instance en qualité de médiateur, *in* colloque consacré aux Conciliateurs de justice, préc., p. 26 ; Cl. FOURNIER, allocution dans le cadre du colloque consacré aux Conciliateurs de justice, préc., p. 29 et s.

1980. Cl. FOURNIER, allocution dans le cadre du colloque consacré aux Conciliateurs de justice, préc., p. 30.

1981. Cl. FOURNIER, allocution dans le cadre du colloque consacré aux Conciliateurs de justice, préc., p. 30.

1982. En ce sens, X. TARABEUX, La pratique de la médiation judiciaire devant la cour d'appel de Paris, *Revue Droit et patrimoine*, déc. 1999, p. 42 et suiv., spéc. p. 43.

1983. Et pratiquement tous les tribunaux d'instance du ressort de la Cour d'appel de Paris.

1984. M. ROUSSEAU, Le juge d'instance et le conciliateur de justice dans le décret du 28 décembre 1998, art. préc., p. 46 ; du même auteur, allocution dans le cadre du colloque consacré aux Conciliateurs de justice, préc. p. 27 ; M.-Ch. DENOIX DE SAINT MARC, allocution dans le cadre du colloque consacré aux Conciliateurs de justice, préc., p. 25 ; Cl. Ph. BARRIERE, Nouvelles pratiques des conciliateurs de justice dans les tribunaux d'instance, *Gaz. Pal.* 2001, doct. 270. La pratique tendant à encourager la présence en personne des conciliateurs de justice à l'audience s'observe majoritairement dans le cadre des procédures sur assignation à toute fins (NCPC, art. 840 et s.). Alors même que la conciliation déléguée avait été initialement réservée aux seules tentatives préalables de conciliation, le fait que ces procédures préalables n'aient pas encore repris un véritable essor a conduit pouvoirs publics et praticiens à étendre la délégation aux autres préalables de conciliation – ceux organisés au seuil de l'instance contentieuse – et à en favoriser la mise en œuvre par la présence en personne du conciliateur à l'audience. Sur cette évolution, V. Cl. FOURNIER, allocution dans le cadre du colloque consacré aux Conciliateurs de justice, préc., p. 29.

1985. Cl. FOURNIER, allocution dans le cadre du colloque consacré aux Conciliateurs de justice, préc., p. 30 : « *La présence du conciliateur de justice à l'audience ouvre la possibilité d'une médiation judiciaire en temps réel qui correspond exactement à ce que le juge doit opérer lui-même à cette audience* ».

1986. L'accord doit impérativement être constaté dans un écrit par le conciliateur et signé des parties s'il est réalisé dans le cadre d'une procédure de conciliation préalable (NCPC, art. 8327 al. 2).

1987. M. ROUSSEAU, Le juge d'instance et le conciliateur de justice dans le décret du 28 décembre 1998, art. préc., p. 47.

1988. G. PLUYETTE, Principes et applications récentes des décrets des 22 juillet et 13 décembre 1996, art. préc., Rev. Arb. 1997. 521 et s. ; Cl. COHEN, A propos de la conciliation et de la médiation, art. préc., Gaz. Pal. 1998, doct. 1199 ; L. CADIET, Solution judiciaire et règlement amiable des litiges : de la contradiction à la conciliation, art. préc., p. 137, n° 25 ; Ph. LEMAIRE, allocution dans le cadre du colloque consacré aux Conciliateurs de justice du 18 juin 1998, préc., p. 15 et s.

1989. D. 78-381 du 20 mars 1978, art. 9 bis.

1990. M. ROUSSEAU, Le juge d'instance et le conciliateur de justice, art. préc., p. 47.

1991. De manière concrète, par un rappel à la loi ou, plus symboliquement, par la présence d'un code sur la table ou l'usage d'un papier à en-tête du ministère de la justice.

1992. A. GARAPON, Sociologie, enjeux et avenir de la conciliation et des conciliateurs de justice, *in* colloque consacré aux Conciliateurs de justice, du 18 juin 1998, préc., p. 43 et suiv., spéc. p. 45.

1993. Sur le recrutement des conciliateurs, V. Y. DESDEVISES et Ch. SUAUD, Conciliateurs et conciliation, rapport préc., p. 60 et suiv.

1994. D. 1978, art. 2, al. 1^{er}. Les crimes et délits passibles d'une privation des droits civils et politiques sont notamment ceux mentionnés aux articles 131-10, 131-26 et 131-29 du Code pénal.

1995. D. 1978, art. 2, al. 1^{er}.

1996. D. 1978, art. 2, al. 2.

1997. C. CHADELAT, Le cadre juridique de la conciliation, *in* colloque consacré aux Conciliateurs de justice, préc., p. 13.

1998. D. 1978, art. 2, al. 3. V. Ph. LEMAIRE, Le statut des conciliateurs de justice, *in* colloque consacré aux Conciliateurs de justice, préc., p. 16, qui précise que sont exclus de ces fonctions : « les professions d'avocat, avoué, expert judiciaire, huissier, conseiller prud'homme ou juge consulaire, greffier des juridictions judiciaires ou administratives ».

1999. D. 1978, art. 2, al. 3.

2000. Il n'existe pas de règles spécifiques relatives à la *procédure* de recrutement des conciliateurs de justice. Chaque juridiction dispose donc d'une certaine marge de manœuvre dès lors que les exigences de l'article 3 du décret du 20 mars 1978 sont respectées : désignation du conciliateur de justice « *par ordonnance du premier président de la cour d'appel, après avis du procureur général, sur proposition du juge de d'instance* » ; ainsi que celles de l'article 8 alinéa 2 du même texte : prestation de serment devant la cour d'appel.

2001. Y. DESDEVISES et Ch. SUAUD, Conciliateurs et conciliation, rapport préc., p. 62.

2002. Y. DESDEVISES et Ch. SUAUD, Conciliateurs et conciliation, rapport préc., p. 62.

2003. Y. DESDEVISES et Ch. SUAUD, Conciliateurs et conciliation, rapport préc., p. 73 ; P. ASCENCIO, allocution dans le cadre du colloque consacré aux Conciliateurs de justice, préc., p. 21 : « Depuis que le juge recrute lui-même le conciliateur, il est rassuré. L'opération de

recrutement permet de faire la connaissance du conciliateur, également de limiter son champ d'application, de le spécialiser. Ainsi, le juge peut faire confiance, il sait à qui il a affaire ».

2004. Y. DESDEVISES et Ch. SUAUD, Conciliateurs et conciliation, rapport préc., p. 72.

2005. Y. DESDEVISES et Ch. SUAUD, Conciliateurs et conciliation, rapport préc., p. 72.

2006. Y. DESDEVISES et Ch. SUAUD, Conciliateurs et conciliation, rapport préc., p. 74.

2007. Y. DESDEVISES et Ch. SUAUD, Conciliateurs et conciliation, rapport préc., p. 73.

2008. Y. DESDEVISES et Ch. SUAUD, Conciliateurs et conciliation, rapport préc., p. 72.

2009. Y. DESDEVISES et Ch. SUAUD, Conciliateurs et conciliation, rapport préc., p. 70.

2010. Par exemple, le Fichier central de la Police nationale ; les Archives de la Direction Régionale des Renseignements Généraux de la Préfecture de Police de Paris ; les Archives-Documentation de la Direction Centrale des Renseignements Généraux ou encore les Archives générales de la Police de Paris. Sur cette question, Y. DESDEVISES et Ch. SUAUD, Conciliateurs et conciliation, rapport préc., p. 70.

2011. Qui constituent cependant moins de 10 % des demandes : Y. DESDEVISES et Ch. SUAUD, Conciliateurs et conciliation, rapport préc., p. 73.

2012. Ainsi, une infraction à la législation sur les chèques, le non-paiement de pension alimentaire, le vol, la conduite sous l'emprise d'un état alcoolique, empêchent une nomination aux fonctions de conciliateur de justice : Y. DESDEVISES et Ch. SUAUD, Conciliateurs et conciliation, rapport préc., p. 71.

2013. Ainsi en est-il par exemple d'un ancien fonctionnaire – ancien capitaine de police – jugé par son chef de service comme ayant été *« un fonctionnaire très moyen, peu performant et peu disponible, qui a fourni un travail superficiel et dont la productivité était réduite »* : Y. DESDEVISES et Ch. SUAUD, Conciliateurs et conciliation, rapport préc., p. 71.

2014. Seule une absence totale de toute formation juridique est jugée comme constituant un obstacle à l'exercice des fonctions de conciliateur de justice. En revanche, la qualité, la durée ou la nature de la formation importe peu. 50 % des conciliateurs interrogés déclarent s'être formés juridiquement sur le tas dans le cadre de leur profession, contre 25 % qui déclarent avoir eu une formation juridique universitaire. Ces statistiques sont celles données par Y. DESDEVISES et Ch. SUAUD, Conciliateurs et conciliation, rapport préc., p. 73 et suiv.

2015. D. 1978, art. 3 al. 1^{er}.

2016. D. 1978, art. 8 al. 2.

2017. Sur ce point, on précisera qu'effectivement, les textes ne requièrent pas cette condition, contrairement à ceux relatifs à la médiation judiciaire : NCPC, art. 131-5, 4° : *« Justifier, selon le cas, d'une formation ou d'une expérience adaptée à la pratique de la médiation »*.

2018. Y. DESDEVISES et Ch. SUAUD, Conciliateurs et conciliation, rapport préc., p. 72.

2019. G. PLUYETTE, La formation des conciliateurs de justice, in Les conciliateurs de justice, préc., p. 34 : *« Toute volonté de développer l'action des conciliateurs de justice implique des actions de formation pour assurer l'efficacité de l'institution et surtout sa crédibilité auprès des justiciables,*

des juges et des pouvoirs publics » ; « Pour répondre à ce besoin vivement ressenti pas les conciliateurs de justice eux-mêmes, il a été mis en place et développé à la Cour d'appel de Paris un véritable programme de formation... ».

2020. Parmi les diverses revendications invoquées par les conciliateurs de justice quant aux améliorations de leur condition, la demande de formation juridique arrive en seconde position (31,4 %) derrière la revendication d'indemnités plus substantielles (34,5 %). En troisième position est formulé le vœux de contacts plus étroits avec les magistrats (15,7 %). Ces chiffres sont ceux du rapport dirigé par Y. DESDEVISES et Ch. SUAUD relatif aux Conciliateurs et à la conciliation, préc., p. 166. L'Association nationale des conciliateurs de justice se fait également porte parole des conciliateurs en la matière et la mise en place d'une formation constitue l'une de ses priorités : V. D. LECRUBIER, La formation mise en place par l'Ecole Nationale de la Magistrature, in Les conciliateurs de justice, colloque préc. du 18 juin 1998, p. 35.

2021. G. PLUYETTE, La formation des conciliateurs de justice, in Les conciliateurs de justice, colloque du 18 juin 1998 préc., p. 34.

2022. D. LECRUBIER, La formation mise en place par l'Ecole Nationale de la Magistrature, in Les conciliateurs de justice, colloque du 18 juin 1998, préc., p. 35 et s.

2023. A aucun moment il n'est fait mention de l'existence de telles sessions de formation dans le rapport présenté par Y. DESDEVISES et Ch. SUAUD, consacré aux conciliateurs de justice agissant dans le ressort des cours d'appel de RIOM, RENNES, ANGERS et DOUAI.

2024. G. PLUYETTE, La formation des conciliateurs de justice, in Les conciliateurs de justice, colloque du 18 juin 1998 préc., p. 34.

2025. D. LECRUBIER, La formation mise en place par l'Ecole Nationale de la Magistrature, in Les conciliateurs de justice, colloque du 18 juin 1998 préc., p. 35.

2026. Y. DESDEVISES et Ch. SUAUD, Conciliateurs et conciliation, rapport préc., p. 153.

2027. Y. DESDEVISES et Ch. SUAUD, Conciliateurs et conciliation, rapport préc., p. 74 et 150.

2028. Y. DESDEVISES et Ch. SUAUD, Conciliateurs et conciliation, rapport préc., p. 74 et 150.

2029. Y. DESDEVISES et Ch. SUAUD, Conciliateurs et conciliation, rapport préc., p. 83 et 85.

2030. Y. DESDEVISES et Ch. SUAUD, Conciliateurs et conciliation, rapport préc., p. 82.

2031. Y. DESDEVISES et Ch. SUAUD, Conciliateurs et conciliation, rapport préc., p. 154 : « Les conciliateurs n'ignorent pas le droit. On peut même dire qu'ils ont fait, durant leur vie professionnelle, une utilisation relativement fréquente et surtout diversifiée des codes ».

2032. Statistiques données par Y. DESDEVISES et Ch. SUAUD, Conciliateurs et conciliation, rapport préc., p. 239 : 28,4 % l'ont « souvent » utilisé contre 35,8 % « à l'occasion ».

2033. Op. et loc. cit. : 30,6 % l'ont souvent utilisé et 31,4 % à l'occasion.

2034. Op. et loc. cit. : 12,2 % l'ont souvent utilisé et 24,5 % à l'occasion.

2035. Op. et loc. cit. : 18,3 % l'ont souvent utilisé et 27,5 % à l'occasion.

2036. Op. et loc. cit. : 14,8 % l'ont souvent utilisé et 21 % à l'occasion.

2037. Op. et loc. cit., p. 238 : 20,1 % l'ont souvent utilisé et 11,4 % à l'occasion.

- 2038.** Y. DESDEVISES et Ch. SUAUD, Conciliateurs et conciliation, rapport préc., p. 153.
- 2039.** Y. DESDEVISES et Ch. SUAUD, Conciliateurs et conciliation, rapport préc., p. 153.
- 2040.** G. PLUYETTE, La formation des conciliateurs de justice, *in* Les conciliateurs de justice, colloque du 18 juin 1998 préc., p. 34 : « *En cas de difficultés ou lorsqu'il est nécessaire de recueillir des informations à caractère juridique, le conciliateur de justice doit pouvoir s'adresser au juge d'instance dans un esprit de collaboration* ».
- 2041.** G. PLUYETTE, La formation des conciliateurs de justice, *in* Les conciliateurs de justice, colloque du 18 juin 1998 préc., p. 34.
- 2042.** G. PLUYETTE, La formation des conciliateurs de justice, *in* Les conciliateurs de justice, colloque du 18 juin 1998 préc., p. 34.
- 2043.** G. PLUYETTE, La formation des conciliateurs de justice, *in* Les conciliateurs de justice, colloque du 18 juin 1998 préc., p. 35.
- 2044.** A. GARAPON, Sociologie, enjeux et avenir de la conciliation et des conciliateurs de justice, *in* Les conciliateurs de justice, colloque du 18 juin 1998 préc., p. 44.
- 2045.** G. PLUYETTE, La formation des conciliateurs de justice, *in* Les conciliateurs de justice, colloque du 18 juin 1998 préc., p. 34.
- 2046.** H. HELFRE, Grandeur et servitude de la conciliation, *Gaz. Pal.* 2001, doct. 274.
- 2047.** Expression directement inspirée de l'intitulé d'un article de P. ESTOUP : La relance des conciliateurs, *Gaz. Pal.* 1987, doct. 504.
- 2048.** Sur ce mouvement, V. nos développements *supra* n° 331 et s.
- 2049.** Y. DESDEVISES et Ch. SUAUD, Conciliateurs et conciliation, rapport préc., pp. 129 et 147.
- 2050.** Ch. JARROSSON, allocution dans le cadre du colloque du 18 juin 1998 consacré aux Conciliateurs de justice, préc., p. 11, n° 15.
- 2051.** Lire les témoignages retranscrits dans le rapport de J.-P. BONAFFE-SCHMITT, Les médiations : logiques et pratiques sociales, *op. cit.*, p. 102 et suiv., témoignages qui sont certes relatifs à la pratique de la médiation, mais qui sont parfaitement transposables à celle de la conciliation.
- 2052.** Lire dans ce même rapport les témoignages retranscrits p. 105 et suiv.
- 2053.** En ce sens, Y. DESDEVISES, rapport préc., p. 143.
- 2054.** Ch. JARROSSON, Le principe de la contradiction s'applique-t-il à la médiation ?, art. préc., p. 767.
- 2055.** Y. DESDEVISES et Ch. SUAUD, Conciliateurs et conciliation, rapport préc., p. 142.
- 2056.** Y. DESDEVISES et Ch. SUAUD, Conciliateurs et conciliation, rapport préc., p. 142.
- 2057.** G. PLUYETTE, allocution dans le cadre du colloque du 6 juin 2000, Expertise, arbitrage et médiation..., préc., p. 59.
- 2058.** G. PLUYETTE, allocution dans le cadre du colloque du 6 juin 2000, Expertise, arbitrage et médiation., préc., p. 58.

- 2059.** C. COHEN, A propos de la conciliation et de la médiation..., art. préc., p. 1199 ; G. PLUYETTE, Principes et applications récentes des décrets des 22 juillet et 13 décembre 1996, art. préc., p. 512 et suiv.
- 2060.** NCPC, art. 131-5, 1°.
- 2061.** NCPC, art. 131-5, 2°.
- 2062.** NCPC, art. 131-5, 3°.
- 2063.** NCPC, art. 131-5, 4°.
- 2064.** NCPC, art. 131-5, 5°.
- 2065.** Sur cette question, V. notamment : J.-P. BONAFA-SCHMITT, Les médiations, logiques et pratiques sociales, Rapport de recherche pour le GIP Mission de recherche droit et justice, avril 2001, p. 75 et suiv.
- 2066.** G. PLUYETTE, La médiation judiciaire en matière civile, Gaz. Pal., 1994. 1102 ; Principes et applications récentes des décrets des 22 juillet et 13 décembre 1996 sur la conciliation et la médiation judiciaires, Rev. Arb. 1997. 514 ; J.-M. COULON, L'évolution des modes de règlement sous l'égide du juge, art. préc., p. 137 ; J.-P. MARTEL, Quelles conditions pour une médiation réussie ?, art. préc., p. 20.
- 2067.** G. PLUYETTE, allocution dans le cadre du colloque « Expertise, arbitrage, médiation : quelles solutions pour des difficultés qui subsistent à l'aube du XXI^e siècle ? », actes du colloque préc., p. 70.
- 2068.** Dans ce sens, M. ARMAND-PREVOST, L'avocat, le juge, le médiateur, coll. préc., p. 6 et s. ; G. PLUYETTE, allocution dans le cadre du colloque « Expertise, arbitrage, médiation : quelles solutions pour des difficultés qui subsistent à l'aube du XXI^e siècle ? », actes du colloque préc., p. 57 ; J.-P. MARTEL, Quelles conditions pour une médiation réussie ?, art. préc., p. 21 : *« Je crois que le nom du médiateur, sa personnalité doit être choisie par les parties. S'en remettre à une association, à un institut qui va nommer un médiateur n'a aucun sens pour la médiation dont nous parlons. [...] lorsque l'on a obtenu l'accord des conseils et des parties [...] sur le nom du médiateur, nous avons dans 80 % des cas réussi la médiation ».*
- 2069.** G. PLUYETTE, allocution dans le cadre du colloque « Expertise, arbitrage, médiation : quelles solutions pour des difficultés qui subsistent à l'aube du XXI^e siècle ? », actes du colloque préc., p. 57.
- 2070.** G. PLUYETTE, Questions-Réponses à l'occasion du colloque du 6 juin 2000 consacré à « Expertise, arbitrage, médiation : quelles solutions pour des difficultés qui subsistent à l'aube du XXI^e siècle ? », actes du colloque préc., p. 70.
- 2071.** J.-BONAFA-SCHMITT, Les médiations : logiques et pratiques sociales, rapp. préc., p. 78. Pour une critique de cette pratique : J.-P. MARTEL, Quelles conditions pour une médiation réussie ?, art. préc., p. 20.
- 2072.** M. OLIVIER, La conciliation et la médiation judiciaires en matière civile, Gaz. Pal. 1996. 1257 et suiv., spéc. p. 1262.

2073. Distinction proposée par J.-P. MARTEL, Quelles conditions pour une médiation réussie ?, *in* La médiation comme mode de règlement des conflits dans la vie des affaires, art. préc., p. 17 et suiv., spéc. p. 21 ; A rapprocher de Cl. BESSARD, La médiation judiciaire et la médiation conventionnelle, art. préc., p. 46 et s. ; Ph. GRANDJEAN, L'expérience d'un médiateur, Gaz. Pal. 1996, doct., p. 961 et s., spéc. p. 963 ; G. PLUYETTE, Allocution dans le cadre du colloque du 6 juin 2000 préc., Expertise, arbitrage et médiation, p. 57 et s.

2074. G. PLUYETTE, Allocution dans le cadre du colloque du 6 juin 2000 préc., Expertise, arbitrage et médiation, p. 57 et s.

2075. J.-P. MARTEL, Quelles conditions pour une médiation réussie ?, *in* La médiation comme mode de règlement des conflits dans la vie des affaires, *op. cit.*, p. 21.

2076. G. PLUYETTE, Allocution dans le cadre du colloque du 6 juin 2000 préc., Expertise, arbitrage et médiation, p. 57.

2077. G. PLUYETTE, Allocution dans le cadre du colloque du 6 juin 2000 préc., Expertise, arbitrage et médiation, p. 59.

2078. Sur l'impartialité et l'indépendance du tiers conciliateur ou médiateur : X. LAGARDE, *in* Droit processuel/Droit commun du procès, *op. cit.*, n° 596.

2079. Sur ce devoir, V. *supra* n° 512 et s.

2080. M. OLIVIER, La conciliation et la médiation judiciaires en matière civile, art. préc., p. 1263.

2081. M. ARMAND-PREVOST, L'avocat, le juge, le médiateur, coll. préc., p. 20 ; M. OLIVIER, La conciliation et la médiation judiciaires en matière civile, art. préc., p. 1263.

2082. M. ARMAND-PREVOST, *op. et loc. cit.*

2083. *Ibid.*

2084. *Ibid.*

2085. *Ibid.*

2086. Par ex. : Cl. BESSARD, La médiation judiciaire et la médiation conventionnelle, *in* Expertise, arbitrage et médiation, colloque du 6 juin 2000 préc., p. 41 et suiv., spéc. p. 50 et s.

2087. J.-P. BONAFE-SCHMITT, Les médiations : logiques et pratiques sociales, *op. cit.*, p. 21 et s.

2088. Malgré ces critiques, certaines juridictions ont tout de même décidé de prendre une telle initiative. Ainsi, dans une ordonnance du 7 avril 1998 relative à la mise en œuvre de la médiation judiciaire au tribunal de commerce de Paris, M. MATTEI, président du tribunal, propose « d'établir une liste non officielle de médiateurs comprenant notamment des membres du Centre de médiation et d'arbitrage de la Chambre du commerce et de l'industrie de Paris et de l'Institut d'expertise et d'arbitrage et [de] rapprocher cette liste de celle de la Cour d'appel de Paris dont le caractère n'est pas non plus officiel, chaque juge pouvant choisir le médiateur qui lui paraît le plus opportun avec l'accord des parties ». Ordonnance citée par M. ARMAND-PREVOST, coll. préc., actes du colloque p. 21.

2089. Si la formation des médiateurs est aujourd'hui unanimement perçue comme une nécessité absolue, on s'interroge encore sur la méthode la plus adaptée. V. sur ces questions : J.-P. BONAFA-SCHMITT, Les médiations : logiques et pratiques sociales, Rapport de recherche réalisé avec le soutien du GIP Mission de recherche droit et justice, GLYSI, avril 2001, p. 28 ainsi que nos développements, *infra* n°.

2090. J.-P. BONAFA-SCHMITT, Les médiations : logiques et pratiques sociales, rapp. préc., p. 28.

2091. La formation à la médiation est payante ; le recours aux services d'un médiateur est également payant.

2092. Professionnels du droit – avocats, arbitres, experts... – mais pas seulement ; les travailleurs sociaux ont très rapidement investi ce nouveau champ d'action.

2093. Nombre de ces organismes sont cités dans le rapport de J.-P. BONAFA-SCHMITT, Les médiations : logiques et pratiques sociales, *op. cit.*, p. 28 et s. ; A titre d'exemple, on peut mentionner : l'AMELY (Association Médiation Lyon), le CMFM (Centre de médiation et de formation à la médiation), l'IFM (l'Institut de formation à la médiation), Médiatis, l'APMF (Association pour la promotion de la médiation familiale), le CNASMF (Comité National des Associations et Services de Médiation Familiale).. Au niveau européen, l'Institut Européen de Formation à la Médiation (IEFM). Parmi les universités qui proposent des diplômes de formation à la médiation : les universités de Paris V René Descartes, Paris X Nanterre, les universités de Provence, de Bourgogne, de Lyon. La médiation a également attiré les organismes initialement spécialisés dans l'arbitrage ou l'expertise : ainsi en est-il par exemple du CMAP (Centre de médiation et d'arbitrage de Paris) ou encore de l'IEAM (Institut d'Expertise, d'arbitrage et de Médiation). Enfin, de nombreux barreaux ont créé en leur sein des associations de médiation et de formation à la médiation à l'intention des avocats.

2094. J.-P. BONAFA-SCHMITT, Les médiations : logiques et pratiques sociales, *op. cit.*, p. 14.

2095. Pour des exemples, V. *supra* n° 35 et s.

2096. V. l'Association des médiateurs du barreau de Paris ; également sur la question : G. PLUYETTE, allocution dans le cadre du colloque du 6 juin 2000 : Expertise, arbitrage et médiation, préc., p. 59 ; M. BOURRY d'ANTIN, allocution dans le cadre du colloque du 6 juin 2000 : Expertise, arbitrage et médiation, préc., p. 60 et suiv.

2097. Principalement aux avocats mais pas seulement ; les formations proposée par les barreaux sont très souvent ouvertes aux autres professionnels du droit. C'est notamment le cas à Paris.

2098. J.-P. BONAFA-SCHMITT, Les médiations : logiques et pratiques sociales, *op. cit.*, p. 21 et s.

2099. Cette expression est directement empruntée à J.-P. BONAFA-SCHMITT, Les médiations : logiques et pratiques sociales, *op. cit.*, p. 28.

2100. J.-P. BONAFA-SCHMITT, Les médiations : logiques et pratiques sociales, *op. cit.*, p. 28.

- 2101.** J.-P. BONAFA-SCHMITT, Les médiations : logiques et pratiques sociales, *op. cit.*, p. 28.
- 2102.** *Contra* : Cl. BESSARD, La médiation judiciaire et la médiation conventionnelle, in Expertise, arbitrage et médiation..., colloque préc., p. 49 où l'auteur évoque au contraire l'existence d'un « courant négationniste de la nécessité d'une formation à la médiation ».
- 2103.** L'IEFM, le CERAFA, l'IMFSO et l'AMELY se sont ainsi regroupés au sein du MEDFORM en vue de rédiger la Charte de formation à la médiation. V. J.-P. BONAFA-SCHMITT, Les médiations : logiques et pratiques sociales, *op. cit.*, p. 30, note 29.
- 2104.** J.-P. BONAFA-SCHMITT, Les médiations : logiques et pratiques sociales, *op. cit.*, p. 30.
- 2105.** J.-P. BONAFA-SCHMITT, Les médiations : logiques et pratiques sociales, *op. cit.*, p. 30.
- 2106.** J.-P. BONAFA-SCHMITT, Les médiations : logiques et pratiques sociales, *op. cit.*, p. 29.
- 2107.** J.-P. BONAFA-SCHMITT, Les médiations : logiques et pratiques sociales, *op. cit.*, p. 29 et s.
- 2108.** J.-P. BONAFA-SCHMITT, Les médiations : logiques et pratiques sociales, *op. cit.*, p. 31 et s.
- 2109.** J.-P. BONAFA-SCHMITT, Les médiations : logiques et pratiques sociales, *op. cit.*, p. 35.
- 2110.** J.-P. BONAFA-SCHMITT, Les médiations : logiques et pratiques sociales, *op. cit.*, p. 36.
- 2111.** M. LINDEPERG, Médiation et conciliation de proximité, rapp. préc., p. 95.
- 2112.** P. BOUCHET, La réforme de l'accès au droit et à la justice, rapp. préc., p. 53.
- 2113.** Lire les témoignages rapportés par J.-P. BONAFA-SCHMITT, Les médiation : logiques et pratiques sociales, *op. cit.*, p. 24.
- 2114.** Lire le témoignage rapporté par Y. DESDEVISES et Ch. SUAUD, Conciliateurs et conciliation, rapport préc., p. 47.
- 2115.** M. LINDEPERG, Médiation et conciliation de proximité, rapp. préc., p. 95.

Conclusion du titre I

- 1 L'examen de la déontologie des pourparlers judiciaires a permis de dégager non seulement les règles éthiques que supposait cette pratique dans le cadre particulier des procédures de conciliation et de médiation judiciaires, mais encore les moyens destinés à en assurer l'effectivité.
- 2 **594. Les principes d'équité** - Les règles éthiques mises à la charge des parties comme du tiers se traduisent par des principes directeurs immédiatement inspirés des principes de droit processuel et, plus spécialement, des principes fondamentaux d'une bonne justice. Ils se résument à une poignée de principes – loyauté, célérité et confidentialité -ceux-là même que doit approximativement assurer toute procédure de règlement des litiges – la confidentialité en moins - indépendamment de son issue imposée ou négociée, si elle souhaite garantir le droit de toute personne à un procès équitable.
- 3 **595. Les moyens de l'équité** - Les moyens susceptibles d'assurer le respect de ces principes sont divers. Une première série de moyens consiste, du côté des parties, en l'assistance d'un avocat et, du côté du tiers, en une formation préalable et/ou continue de qualité. Cependant, nous avons constaté que ces moyens manquaient de fiabilité, en raison de leur caractère simplement facultatif, sinon aléatoire dans certains cas. Pour cette raison, c'est dans la personne même du juge qu'il convient de rechercher les véritables moyens à même d'assurer la déontologie des pourparlers judiciaires. Et l'on

observe qu'en effet, ces moyens prennent la forme d'un contrôle judiciaire particulièrement aigu qui s'étend de la période précédant la mise en œuvre de la conciliation ou de la médiation judiciaire, à la période suivant leur extinction, *via* un contrôle de l'accord en résultant.

- 4 **596. Contrôle judiciaire a priori** - Le contrôle des pourparlers judiciaires débute de manière préalable : il s'agit pour le juge de s'assurer de la faisabilité ainsi que de l'opportunité de recourir à ces contrats. Concrètement, ce contrôle préalable consiste à apprécier la conciliabilité de l'affaire ainsi que l'opportunité de la conciliation ou de la médiation eu égard à l'état d'esprit des parties ainsi qu'au degré d'avancement de l'instance.
- 5 Cet aspect du contrôle est important car c'est directement le droit au juge des parties qui en est en cause. Si le juge décide de faire appel à un tiers, il lui appartiendra alors de procéder à un second contrôle préalable : celui relatif à l'aptitude du tiers pour remplir une telle mission ainsi qu'à ses qualités personnelles. Ce contrôle se fait soit au moment du recrutement du tiers s'il est conciliateur de justice ; soit au moment de sa désignation s'il est médiateur. Dans tous les cas, il intervient avant que la procédure ne soit ordonnée. Ce contrôle est fondamental car la qualité de la conciliation ou de la médiation en dépend étroitement.
- 6 **597. Contrôle judiciaire continu** - Une fois la conciliation ou la médiation judiciaire ordonnée, c'est sur le bon déroulement des pourparlers que le contrôle du juge va porter, indépendamment du fait que ce dernier soit lui-même conciliateur ou bien superviseur d'une procédure déléguée. Spécialement, le juge devra s'assurer du respect des principes directeurs qui encadrent les pourparlers, par les parties comme par le tiers : respect des délais impartis, de la loyauté des débats, de la confidentialité ainsi que de l'indépendance

et de l'impartialité du tiers pendant l'exercice de ses fonctions. La sanction immédiate de l'inexécution de l'un de ces principes est radicale : le juge peut mettre fin d'office à la procédure amiable. Dans un second temps, la partie victime de l'inexécution pourra engager la responsabilité précontractuelle de son auteur : et parce que l'on est en présence de contrats de pourparlers judiciaires et que les obligations qui en découlent sont de nature contractuelle, ce sera sur le terrain de la responsabilité contractuelle qu'il lui appartiendra de se placer.

- 7 **598. Lien entre égide du juge et équité des pourparlers judiciaires** – Lorsque nous avons défini la conciliation et la médiation judiciaires, nous avons dégagé les deux propriétés qui caractérisaient ces procédures : leur déroulement dans le cadre d'une instance judiciaire associée à leur supervision par le juge. C'est ce second aspect que nous venons de mettre en évidence : l'égide du juge sur les pourparlers judiciaires ne résulte pas seulement de leur nature judiciaire ; elle est directement destinée à contribuer à l'équité de ces procédures.
- 8 Un ultime contrôle doit désormais être envisagé : celui que le juge exerce sur l'accord des parties mettant fin à tout ou partie de leur litige. Nous verrons alors que, même à ce stade particulier, l'intervention du juge peut encore contribuer à assurer l'équité des pourparlers judiciaires, *a posteriori*. Mais c'est alors aborder la question de la fin des pourparlers judiciaires.

Seconde partie. Des contrats contrôlés

Titre II. La fin des pourparlers judiciaires

Introduction au titre II

- 1 **599. Office du juge à la fin des pourparlers judiciaires** - En envisageant l'examen de la fin des pourparlers judiciaires, c'est plus précisément l'office du juge à ce stade particulier des procédures de conciliation et de médiation judiciaires que nous entendons analyser. Indépendamment de la manière dont se sont déroulés les pourparlers judiciaires – qu'ils aient été ou non confiés à un tiers – ceux-ci se terminent invariablement de la même manière : soit les parties parviennent à un accord réglant tout ou partie de leur différend ; soit les parties ont échoué dans leur tentative de rapprochement et leur désaccord persiste. Deux scénarios s'offrent alors au juge : soit constater l'accord des parties si celles-ci le lui demandent ; soit, le cas échéant, trancher les points litigieux persistants ²¹¹⁶. Il y a donc apparemment identité de mission du juge à la fin des pourparlers judiciaires, que la procédure de conciliation ait été l'œuvre du juge en personne ou qu'elle ait été confiée à un tiers. En vérité, cette identité n'est qu'apparente.
- 2 **600. Réception judiciaire de l'accord des parties : deux activités distinctes ?** - On observe en effet que selon que c'est le juge en personne qui a mené la conciliation ou bien un tiers désigné à cette fin, l'office de celui-là à l'issue des pourparlers judiciaires varie quelque peu, notamment en ce qui concerne les modalités de réception judiciaire de l'accord des parties. Ainsi, tandis que dans un cas, il est question de *constatation* de l'accord des parties ²¹¹⁷, dans

l'autre il est question d'*homologation* 2118 . Cette dualité de terminologie suppose-t-elle une dualité d'activité judiciaire ? Nous savons que le fait, pour le juge, de déléguer sa mission de conciliation à un tiers n'emporte pas allègement de son office. Bien au contraire, parce que c'est « *sa propre* » 2119 mission de conciliation qu'il confie à un auxiliaire, il exerce « *un regard aigu sur la manière dont cet auxiliaire s'acquitte de la tâche qui lui a été confiée* » 2120 ainsi que sur l'éventuel accord qui pourrait en résulter. Faut-il alors en déduire que sous prétexte que le juge n'a pas assisté à l'élaboration de l'accord, il est tenu d'en contrôler le contenu de manière particulièrement approfondie ? En envisageant une procédure d'homologation judiciaire de l'accord des parties au lieu d'une simple procédure de constatation, les textes semblent le suggérer, d'autant qu'ils rattachent expressément cette fonction à la matière gracieuse 2121 .

3 **601. Jugement des points litigieux persistants : risque d'impartialité ?**

- Une autre différence, peut-être plus fondamentale, distingue encore la fin des pourparlers judiciaires de droit commun de celle des pourparlers judiciaires délégués : tandis que dans la première hypothèse, l'échec de la conciliation conduit le juge à devoir cumuler ses fonctions de juge-conciliateur - ou « *maître d'œuvre de la conciliation* » 2122 - avec celles de juge de jugement, dans la seconde, un tel cas de figure ne saurait se présenter. Pour beaucoup 2123 et pour cette raison précise, le juge apparaît probablement comme la personne la moins qualifiée pour procéder à la conciliation des parties en raison des risques que cela comporte au regard de son devoir d'impartialité. En effet, ce cumul de fonctions pose la question de l'aptitude du juge à connaître deux fois de la même affaire 2124 dans le cadre de fonctions judiciaires distinctes au cours de la même instance 2125 .

- 4 Constatation ou homologation judiciaire de l'accord des parties ; cumul des fonctions de juge conciliateur à celles de juge de jugement dans un cas mais pas dans l'autre... autant de différences qui justifient selon nous que la fin des pourparlers judiciaires de droit commun (**Chapitre I**) et celle des pourparlers judiciaires délégués (**Chapitre II**) soient examinées distinctement afin d'apprécier si l'office du juge diffère véritablement d'une hypothèse à l'autre.
-

NOTES

2116. On précisera que si l'accord n'est que partiel, le juge pourra être amené à remplir ces deux fonctions simultanément : constater les points sur lesquels il y a eu accord et trancher les points de désaccord restants.

2117. NCPC, art. 129 et 130.

2118. NCPC, art. 131-11 et 832-8.

2119. J. NORMAND, Conclusions, *in* Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends, dir. P. ANCEL et M.-Cl. RIVIER, Economica, 2001, p. 139 et suiv., spéc. p. 143.

2120. J. NORMAND, Conclusions, art. préc., p. 147.

2121. NCPC, art. 131-11 al. 2; 832-8 al. 2.

2122. J. NORMAND, Conclusions, art. préc., p. 142.

2123. Par exemple, J. NORMAND, Conclusions, art. préc., p. 143 : « On a pu se demander, néanmoins, si [le juge] était toujours le mieux placé pour explorer avec une partie les voies d'une solution amiable » ; J.-M. COULON, L'évolution des modes de règlement sous l'égide du juge, *in* Le juridictionnel et le conventionnel dans le règlement des différends, *op. cit.*, p. 135 : « Le principe général de la conciliation demeure mais le juge n'est pas cet homme dieu disposant du temps, du talent et de la volonté pour s'investir dans la conciliation » ; B. BLOHORN-BRENNEUR, La médiation judiciaire en matière prud'homale..., art. préc., p. 251

2124. V. VAN COMPERNOLLE, Le juge et la conciliation en droit judiciaire belge, Mélanges R. PERROT, Dalloz, 1996, p. 523 et s., spéc. 528 et s. ; S. GUINCHARD, Droit processuel/droit commun du procès, *op. cit.*, n° 393 ; F. KERNALEGUEN, La solution conventionnelle des litiges civils, art. préc., p. 73, où l'auteur s'interroge : « N'y a-t-il pas une certaine incompatibilité entre la mission du juge qui doit trancher le litige et son activité de conciliation ? ».

2125. Cas de partialité fonctionnelle : S. GUINCHARD, *in* Droit processuel/droit commun du procès, *op. cit.*, n° 364.

Chapitre I. La fin des pourparlers judiciaires de droit commun

- 1 **602. Office du juge : constater et/ou juger** – Lorsque, à l'issue de leur tentative de conciliation, les parties, seules ou avec l'aide du juge, sont parvenues à un accord, « *elles peuvent toujours demander au juge de constater leur conciliation* » ²¹²⁶, laquelle constatation sera en principe consignée dans un « *procès-verbal signé par le juge et les parties* » ²¹²⁷ mais peut également l'être dans un jugement de donné acte ou une décision de dessaisissement. Cette apparente variété de formes des actes réceptifs du juge nous conduira à nous interroger sur ce qu'ils recouvrent en réalité : leur portée, leurs effets, leur nature et leur régime juridiques etc. A défaut d'accord, le juge, qui est resté saisi de l'affaire, sera de nouveau amené à en connaître aux fins de jugement. De juge-conciliateur, il devra alors recouvrer ses *habitus* de juge de jugement, ce qui pose la question de son aptitude à le faire sans remettre en cause son devoir d'impartialité.
- 2 L'office du juge, à l'issue des pourparlers judiciaires de droit commun, se résume donc de la manière suivante : il consiste à enregistrer l'accord des parties (**Section I**) et le cas échéant, à juger les points litigieux persistants (**Section II**).

SECTION I – RÉCEPTION JUDICIAIRE DE L'ACCORD

- 3 **603. Constatation de l'accord de conciliation** - Lorsque les parties parviennent à un accord de conciliation, que cet accord éteigne l'entier litige ou laisse en suspens certains points litigieux, elles ont la possibilité d'en demander la constatation au juge ²¹²⁸. En principe, la conciliation est constatée par la juridiction saisie de l'affaire ²¹²⁹. Le plus souvent, elle est l'œuvre des juges du fond. Mais d'autres magistrats se sont également vu octroyer ce pouvoir par les textes. Ainsi en est-il du juge de la mise en état ²¹³⁰, du juge rapporteur devant le tribunal de commerce ²¹³¹ ou encore du conseiller rapporteur devant le conseil de prud'hommes ²¹³². Si l'on s'en tient à la lettre de la plupart de ces textes, on observe que la constatation judiciaire de l'accord des parties est envisagée de manière quasi-impérative. En effet, à chaque fois, le juge semble moins investi d'un *pouvoir* de constatation que d'un *devoir* de constatation : la formule employée mentionne que le juge « *constate* » la conciliation des parties, et non pas qu'il « *peut constater* » ²¹³³ leur accord, ce qui semble ôter tout pouvoir d'appréciation au juge ²¹³⁴.
- 4 En vue d'éclaircir ce point, nous nous intéresserons à l'activité du juge lorsqu'il procède à un tel constat **(A)**. Cet examen nous permettra en effet de nous prononcer sur l'existence d'un éventuel pouvoir de contrôle du juge sur le contenu de l'accord des parties et, ce faisant, sur l'existence d'un pouvoir d'appréciation du juge qui lui permettrait, le cas échéant, de refuser de constater l'accord des parties s'il l'estimait, par exemple, non conforme à certains intérêts privés ou publics. Dans un deuxième temps, ce sera l'acte du juge en

tant que tel qui nous intéressera **(B)**. Spécialement, on examinera les différentes formes qu'il peut adopter, sa nature juridique, ses effets ainsi que son régime.

A. L'activité de constatation judiciaire de l'accord des parties

- 5 **604. Acte d'enregistrement** - La constatation judiciaire de l'accord des parties par le juge consiste en une activité relativement « réduite »²¹³⁵. Activité « d'enregistrement positif »²¹³⁶, de « réception judiciaire des accords de volonté »²¹³⁷, elle suppose du juge une certaine « passivité »²¹³⁸. Pour cette raison, le rapprochement avec la juridiction volontaire du droit romain par laquelle le juge intervenait *inter volentes et sine causa cognitione*, s'impose²¹³⁹. Le juge fait office de notaire²¹⁴⁰ ; « il intervient comme pourrait le faire un officier public, pour formaliser judiciairement l'accord qui a mis fin au litige »²¹⁴¹. Cela signifie que lorsqu'il réceptionne un accord des parties, le juge ne fait pas acte de juridiction²¹⁴². Il ne saurait en modifier le contenu ni substituer sa propre volonté à celle des parties²¹⁴³ ; il ne statue pas plus qu'il ne dit le droit²¹⁴⁴ ; il ne procède à aucun contrôle de légalité²¹⁴⁵ ou d'opportunité de l'acte²¹⁴⁶.
- 6 **605. Contrôle minimum de l'accord par le juge** - Cependant, ce n'est pas parce qu'il ne procède pas à un contrôle juridictionnel du contenu de l'accord des parties que le juge est exonéré de toute forme de contrôle. Dans ce sens, nombreux sont ceux qui s'accordent pour lui reconnaître un pouvoir de contrôle, « tant formel que sur le fond »²¹⁴⁷, dans la mesure où celui-ci reste limité, réduit²¹⁴⁸ : « Le contrôle du juge [doit] ici [être] extrêmement modeste, précise un auteur²¹⁴⁹, périphérique en quelque sorte, et [n'avoir] aucune prise en

tout cas sur le contenu de l'accord » car, ajoute-t-il, « Pour peu que les parties s'accordent, le droit est indifférent au contenu de leur accord ».

- 7 Ce contrôle porterait en tout premier lieu sur la réalité ²¹⁵⁰ même de l'accord des parties ²¹⁵¹, sur son objet – en vue de s'assurer que ce dernier n'est pas manifestement ²¹⁵² contraire à des dispositions d'ordre public ²¹⁵³ – ainsi que sur sa portée, afin de permettre au juge de mesurer l'étendue de son dessaisissement ²¹⁵⁴. Il se peut en effet que l'accord de conciliation ne porte pas sur la totalité des points litigieux ; aussi le juge doit être à même de pouvoir apprécier l'ampleur des chefs de demande dont il reste saisi. Si, à l'issue de son contrôle, le juge estime que l'accord qui lui est soumis est manifestement contraire à des dispositions d'ordre public, il ne lui appartient pas de sanctionner cette non-conformité ²¹⁵⁵ ; il ne peut que refuser de procéder au constat de l'accord ²¹⁵⁶ et, le cas échéant, expliquer aux parties que son refus est fondé sur la forte probabilité de l'existence d'une cause de nullité ²¹⁵⁷ de celui-ci.
- 8 Mais alors, envisager la possibilité, pour le juge, de refuser de constater l'accord des parties nous amène à nous interroger sur le pouvoir d'appréciation du juge lorsqu'il procède à ce constat.
- 9 **606. Pouvoir d'appréciation du juge** - Nous avons déjà souligné, précédemment ²¹⁵⁸, qu'à la lecture des dispositions des divers articles consacrés à la constatation judiciaire des accords de conciliation, le juge semblait tenu de constater tout accord de conciliation survenu en cours d'instance judiciaire et dont il serait témoin ou tenu informé. Ce sentiment résulte, nous l'avons dit, de l'emploi quasi-systématique ²¹⁵⁹ du présent de l'indicatif pour indiquer que le juge « constate » ²¹⁶⁰ la conciliation, au lieu du recours à l'expression plus souple en vertu de laquelle le juge « peut constater », qui aurait le mérite d'octroyer clairement un pouvoir d'appréciation au juge et donc, un pouvoir de contrôle sur l'accord

en tant que tel. Au soutien de cette interprétation, on peut citer également un arrêt de la **Cour de cassation du 8 juillet 1925** dans lequel on lit que « *lorsque dans une instance, une partie fait, par des conclusions, des offres de nature à mettre fin au litige et que l'autre partie les accepte, les juges doivent en donner acte afin de constater leur accord et de consacrer le contrat judiciaire qui s'est ainsi formé* » ²¹⁶¹ . Le juge serait alors lié par tout accord de conciliation survenu en cours d'instance et porté à sa connaissance, et *a fortiori* par toute demande des parties tendant à la constatation judiciaire de leur accord de conciliation.

- 10 Cependant, un examen plus minutieux montre que soumettre le juge à un tel devoir n'est pas concevable. Ce serait effectivement priver le juge de tout pouvoir de contrôle sur le contenu de l'acte qui lui est soumis, autrement dit, lui imposer, tel un automate, de conférer systématiquement la force exécutoire aux actes qui lui sont soumis indépendamment de leur contenu. Ce serait alors prendre le risque de laisser le juge conférer force exécutoire à des accords contraires à l'ordre public ou bien manifestement inéquitables pour l'un des contractants. Ce serait enfin aller à l'encontre du principe de l'autonomie de la volonté car rendre la constatation judiciaire de l'accord systématique reviendrait à imposer aux parties la forme authentique et la force exécutoire alors qu'en principe, « *quand les plaideurs se concilient en cours d'instance, ils ont évidemment toute liberté pour donner à leur accord la forme qu'ils préfèrent* » ²¹⁶² .

- 11 **607. Le constat d'accord, suite normale, mais simplement facultative, de toute conciliation réussie** - Aussi, nous considérons que si les textes relatifs à la constatation judiciaire des accords de conciliation sont particulièrement directifs et semblent ne laisser aucune marge de manœuvre au juge, c'est probablement parce que le législateur a voulu ériger la constatation judiciaire des accords de conciliation en

une règle de principe à laquelle le juge ne devrait pouvoir déroger que de manière exceptionnelle ²¹⁶³. Cette volonté participe de celle plus générale qui consiste à vouloir favoriser et rendre particulièrement attractive la conciliation judiciaire, notamment en assurant aux parties qu'elles pourront bénéficier, si elles parviennent à un accord, d'une solution dotée de la force exécutoire. La constatation judiciaire des accords de conciliation est donc montrée comme devant être l'issue normale de toute conciliation réussie. Cependant, dans un double souci de protection des intérêts publics et privés mis en cause par la convention des parties, il importe que le juge puisse procéder à un contrôle de cette dernière, fût-il minimum ²¹⁶⁴ et, le cas échéant, à l'issue de celui-ci, refuser de constater l'accord des parties.

- 12 Cela nous amène à nous interroger sur l'acte du juge en tant que tel, lorsqu'il procède à la constatation de l'accord des parties à l'issue de leur conciliation.

B. Le constat judiciaire de l'accord des parties

- 13 **608.** Prétendre étudier l'acte du juge portant constatation de l'accord des parties, nécessite que nous nous intéressions tout d'abord aux différentes formes qu'il peut revêtir (1°), à sa nature juridique (2°) à ses effets sur l'accord des parties (3°) ainsi qu'à son régime juridique, notamment en ce qui concerne les voies de recours (4°).

1°. Les différentes formes de constat judiciaire de l'accord des parties

- 14 **609. *Variété de formes*** - Il n'y a pas une mais plusieurs formes de constatation judiciaire des accords de conciliation ²¹⁶⁵. La forme la

plus communément utilisée par le juge pour constater l'accord des parties est probablement le procès-verbal. Cette forme est effectivement souvent envisagée par les textes ²¹⁶⁶ et, tout particulièrement, par les dispositions de droit commun de la conciliation : les articles 130 et suivants du nouveau code de procédure civile ²¹⁶⁷. A ce titre, on rappellera que « *Dans la conception initiale du Code de procédure civile, un PV de conciliation était établi dans tous les cas par le juge, à l'issue de la phase de conciliation* » ²¹⁶⁸. Le procès-verbal de conciliation était érigé en « *acte de clôture de l'activité de conciliation* » ²¹⁶⁹. C'est seulement avec le décret-loi du 30 octobre 1935 que le procès-verbal a cessé d'être automatique pour devenir un acte « *dressé à la demande* » ²¹⁷⁰ des parties, autrement dit un « *acte d'accord volontaire des parties auquel le juge s'associe comme témoin* » ²¹⁷¹.

- 15 A côté du procès-verbal de conciliation, le juge a à sa disposition d'autres actes qui permettent également de constater l'accord des parties. Ainsi en est-il du jugement de donné acte, du jugement d'homologation ²¹⁷² (NCPC, art. 131-12 et 832-8) ou encore de la décision de dessaisissement (NCPC, art. 384 al. 3) ²¹⁷³. Sachant que tous ces actes « *s'offrent concurremment au juge* » ²¹⁷⁴, on peut s'interroger sur leurs critères distinctifs. Pour certains auteurs, il semble que « *la constatation de l'accord des parties paraît être de même nature qu'elle se formalise dans un procès-verbal de conciliation signé du juge ou dans un donné acte* » ²¹⁷⁵, « *ou encore dans une décision de dessaisissement ou dans un jugement d'homologation* » ²¹⁷⁶. Pour autant, cette similitude de nature ne saurait être interprétée comme impliquant une identité entre ces divers actes. S'ils bénéficient pour la plupart d'un régime identique, ils ne sont cependant pas toujours interchangeables ; on observe notamment que par définition, chacun

d'entre eux a un objet distinct. Un très bref aperçu de chacun d'eux nous permettra de nous en rendre compte.

- 16 **610. Le procès verbal de conciliation** – Ainsi, le procès-verbal de conciliation est limité au constat des seuls accords des parties portant sur la solution de leur litige, autrement dit résultant de leur conciliation. Il suppose par définition un acte conventionnel des parties et, qui plus est, un acte portant sur la solution de leur litige, indépendamment du fait que l'accord éteigne ou non l'entier litige.
- 17 **611. Le jugement de donné acte** - Le jugement de donné acte ²¹⁷⁷, quant à lui, est un jugement qui « *fait état, à la demande d'une partie (ou des deux) et comme venant d'elle(s), d'une constatation ou d'une déclaration* » ²¹⁷⁸. Ce type de « jugement » peut donc constater aussi bien un acte unilatéral qu'un acte conventionnel des parties ²¹⁷⁹ et ce, indépendamment de leur objet. Rien qu'en cela, le jugement de donné acte se distingue du procès-verbal de conciliation, qui suppose nécessairement un accord des parties et, qui plus est, un accord portant sur la solution de leur litige. Le jugement de donné acte recouvre donc une notion particulièrement vaste ²¹⁸⁰. Un auteur ²¹⁸¹ souligne en outre que le donné acte n'aurait pas le même régime selon qu'il porterait sur un accord des parties mettant fin à leur litige ou bien sur un autre acte juridique. Ainsi, tandis que dans ce dernier cas, on serait en présence d'un constat « *dépourvu de conséquences juridiques particulières* » ²¹⁸², qui ne saurait « *créer un droit ni constituer un titre au profit ou à l'encontre de l'une des parties* » ²¹⁸³, à l'inverse, lorsque le donné acte porterait sur un accord des parties mettant fin à leur litige, on serait en présence d'un « *contrat judiciaire* » ²¹⁸⁴ revêtu d'une « *certaine autorité* » ²¹⁸⁵. Seule cette dernière forme de donné acte créerait « *des droits au profit des parties en leur interdisant de remettre en cause l'accord constaté par le donné acte et en leur fermant la voie de l'appel dans la mesure où celui-ci porte sur la*

solution à apporter à l'ensemble du litige » 2186 . A l'appui de cette affirmation, l'auteur cite une décision de la cour d'appel de Grenoble du 4 juillet 1960 2187 qui « *pose le principe* » 2188 d'une distinction entre ces deux catégories de donné acte.

18 **612.La décision de dessaisissement** – La décision de dessaisissement 2189 est celle en vertu de laquelle le juge constate l'extinction de l'instance résultant soit d'une transaction, soit d'un acquiescement, soit d'un désistement d'action soit encore, dans les actions non transmissibles, du décès de l'une des parties et par laquelle, dans certains cas, il donne force exécutoire à l'acte constatant l'accord des parties 2190 . Sont alors visés par cette décision aussi bien des actes unilatéraux que des conventions, mais dont la particularité est qu'ils doivent impérativement éteindre l'instance accessoirement à l'action. L'objet des actes susceptibles d'être constatés par une décision de dessaisissement est donc strictement déterminé par la loi et cantonné aux actes mettant fin à l'instance.

19 **613.Le jugement d'homologation** – Quant au jugement d'homologation – notion sur laquelle nous reviendrons ultérieurement plus en détail 2191 – nous ne pensons pas, comme certains auteurs 2192 , qu'il est le résultat de l'exercice, par le juge, de son activité gracieuse en application des articles 25 et suivants du nouveau code de procédure civile, autrement dit, un jugement rendu sur exigence de la loi et par lequel le juge, après avoir procédé à un double contrôle de la légalité et de l'opportunité de l'acte des parties, statue et dit le droit. Bien au contraire, nous y voyons plutôt une forme de jugement de donné acte par lequel le juge se borne à constater l'accord des parties moyennant l'exercice d'un contrôle minimum de son contenu et en vertu duquel il lui confère la force exécutoire 2193 .

20 **614.Dénominateur commun** - De ces définitions sommaires, il résulte que si la constatation d'un accord des parties portant sur la solution de leur litige peut indifféremment prendre la forme d'un procès-verbal de conciliation, d'un jugement de donné acte, d'une décision de dessaisissement ou bien encore d'un jugement d'homologation, ce n'est pas parce que tous ces actes du juge sont identiques ou bien synonymes, mais parce que la constatation d'un accord mettant fin à un litige est un dénominateur commun à ces différentes catégories d'actes, sinon le plus petit dénominateur commun. Plus encore, pour peu que ces différents actes portent effectivement sur un accord des parties mettant fin à leur litige, on observe alors que quelle que soit leur forme, leurs différences initiales s'estompent au profit d'une nature et d'un régime juridiques identiques : ceux du contrat judiciaire. C'est ce qu'il nous appartient désormais de vérifier en envisageant la nature juridique du constat judiciaire de l'accord de conciliation.

2°. La nature juridique du constat judiciaire de l'accord de conciliation

21 **615.Acte judiciaire non juridictionnel** - Lorsque le juge constate l'accord de conciliation des parties, il ne procède – nous venons de le montrer – à aucune vérification de type juridictionnel. Le contrôle qu'il exerce est un contrôle minimum portant exclusivement sur l'existence de l'accord ²¹⁹⁴, sur la réalité du consentement des parties – et non sur son intégrité – ainsi que sur la conformité manifeste de l'acte des parties à l'ordre public. A l'issue de ce contrôle minimum, et si le juge le trouve satisfaisant, ce dernier rend un « *jugement* », une « *décision* » ou encore un « *procès-verbal* » par lequel il se borne à constater l'accord des parties et à lui conférer, outre la force probante, également la force exécutoire ²¹⁹⁵.

L'absence de vérification de nature juridictionnelle empêche de ranger la décision du juge parmi les actes de nature juridictionnelle ²¹⁹⁶. Pour cette raison, il convient d'analyser l'acte du juge en un acte judiciaire non juridictionnel ²¹⁹⁷.

- 22 Les actes judiciaires non juridictionnels sont ceux par lesquels le juge exerce une « *activité purement administrative* » mais qui malgré tout « *empruntent des formes judiciaires* » ²¹⁹⁸. Reprenant la distinction adoptée par certains auteurs ²¹⁹⁹, ces actes peuvent être classés en deux sous-catégories, comprenant d'une part ceux ayant pour seul objet l'administration de la justice (a) et d'autre part, ceux relatifs à la solution du litige (b). Si de prime abord, on peut être tenté de classer les constats d'accords de conciliation au sein de la seconde catégorie d'actes, car leur objet semble plus en rapport avec le traitement du litige qu'avec l'administration de la justice, nous verrons qu'un examen plus minutieux relativise quelque peu cette affirmation (c).

a) Les mesures d'administration judiciaire

- 23 **616. Définition** - Les mesures d'administration judiciaire ²²⁰⁰, autrement appelées « *actes d'administration judiciaire, actes judiciaires d'administration* ou encore *actes judiciaires administratifs* » ²²⁰¹ sont celles dont l'objet est « *d'assurer le fonctionnement du service de la justice ou le bon déroulement de l'instance* » ²²⁰². On les rattache traditionnellement au pouvoir de commandement du juge, *l'imperium*. Cependant, parmi ces mesures, celles concernant plus spécifiquement « *la marche d'une instance déterminée* » ²²⁰³ et destinées à « *faciliter l'évolution ou l'achèvement du procès* » ²²⁰⁴, qualifiées par Motulsky « *d'actes processuels non juridictionnels* » ²²⁰⁵, méritent, selon un auteur ²²⁰⁶, d'être rattachées à *l'imperium mixtum* du juge – « *portion d'imperium au contenu hétéroclite et qui*

appartient à la fois à l'imperium merum et à la jurisdictio » 2207 - parce qu'elles accompagnent le plus souvent les actes juridictionnels du juge, parce qu'elles en sont le prolongement nécessaire, parce qu'elles sont étroitement liées à sa fonction de juger, autrement dit à sa *jurisdictio* 2208 .

- 24 Sont ainsi des mesures d'administration judiciaire : les mesures visant à distribuer les affaires entre les différentes chambres ou les différents magistrats d'une juridiction ; celles relatives aux jonctions ou disjonctions d'instance 2209 ; également les décisions de radiation ou de retrait du rôle 2210 , celles visant à la fixation du calendrier de procédure etc. Ces mesures relèvent donc d'une activité purement administrative du juge et ne procèdent pas, en tant que telles, au traitement judiciaire du litige, même si certaines d'entre elles, nous venons de le voir, consistent néanmoins à tirer les conséquences de ce traitement, sur le plan de l'instance.
- 25 **617. Exclusion du constat judiciaire de l'accord des parties de la catégorie des mesures d'administration judiciaire** - Le fait que ces mesures aient, par définition, pour objet exclusif l'organisation du service de la justice ou bien encore le bon déroulement de l'instance, empêche d'y inclure les constats judiciaires d'accords de conciliation 2211 dont l'objet est autre. Ainsi, même si ces différents actes ont pour point commun de ne pas être de nature juridictionnelle et de relever d'une activité purement administrative du juge, il y a lieu de les distinguer en créant, à côté des mesures d'administration judiciaire, une seconde catégorie d'actes judiciaires non juridictionnels, *sui generis*, qui regroupe tous les actes non juridictionnels du juge plus spécialement relatifs à « la solution du litige » 2212 . Nous verrons cependant que si la création d'une telle catégorie présente l'avantage de permettre une classification particulièrement fine des actes non juridictionnels du juge, elle n'est

toutefois pas la panacée dans la mesure où elle laisse subsister quelques interrogations quant à la classification des décisions du juge ayant tout à la fois trait à la solution du litige et au bon déroulement de l'instance ²²¹³.

26 **618. Divergences doctrinales** - Pour cette raison peut-être, d'autres auteurs ²²¹⁴ préfèrent maintenir les actes du juge portant constatation de l'accord des parties au sein des mesures d'administration judiciaire et, plus particulièrement encore, reprenant la classification proposée par Motulsky, au sein des « *actes processuels non juridictionnels* » ²²¹⁵. Ainsi, les mesures d'administration judiciaire se décomposeraient de la manière suivante : elles comprendraient d'une part, les actes d'administration judiciaire *stricto sensu* et d'autre part, les actes processuels non juridictionnels du juge parmi lesquels figureraient tous les actes réceptifs du juge relatifs à la solution du litige, indépendamment de leur forme : procès-verbal, jugement de donné acte, jugement d'homologation, décision de dessaisissement ²²¹⁶ etc.

27 Pour notre part, nous préférons retenir la classification en vertu de laquelle les actes réceptifs du juge se distinguent des mesures d'administration judiciaire. Ainsi, aux actes juridictionnels du juge, nous opposons les actes judiciaires non juridictionnels, qui se subdivisent en mesures d'administration judiciaire d'un côté et actes réceptifs du juge relatifs à la solution du litige de l'autre.

b) Les actes réceptifs du juge relatifs à la solution du litige

28 **619. Présentation** - Cette dernière catégorie d'actes judiciaires fait l'objet d'appellations diverses. Si, comme nous venons de le souligner, certains auteurs retiennent la qualification d'« *actes judiciaires non juridictionnels ayant trait à la solution du litige* » ²²¹⁷ - en

vue peut-être d'être le plus explicite possible - d'autres évoquent plutôt l'idée de l'existence d'une « zone marginale » 2218 , voire de « cas de fausse juridiction gracieuse » 2219 . Cette nouvelle catégorie d'actes judiciaires a pour finalité, en quelque sorte, de permettre le regroupement des actes du juge qui n'entrent dans aucune des catégories traditionnelles : actes juridictionnels - contentieux ou gracieux -et mesures d'administration judiciaire. Y figurent ainsi non seulement les actes purement réceptifs du juge 2220 qui nous intéressent, mais également les jugements rendus en amiable composition 2221 ou jugements d'équité 2222 qui, bien que tranchant le litige, ne sont pas juridictionnels « au sens strict du terme » 2223 .

- 29 Les actes réceptifs du juge relatifs à la solution du litige ont pu être définis comme ceux qui visent les « accords contractuels que les parties soumettent au juge après la disparition de la contestation » 2224 et par lesquels le juge « ne fait que constater l'accord sans lui conférer l'autorité de la chose jugée. Le juge n'exerce aucun contrôle de légalité, du respect ou non de la règle de droit par ceux ou celui qui lui présentent l'accord. C'est pourquoi ces « jugements » ou « ordonnances » ne sont pas des décisions judiciaires mais des actes judiciaires non juridictionnels » 2225 . Cette définition, par sa généralité, est parfaitement applicable aux actes du juge qui nous intéressent et par lesquels celui-ci constate la conciliation des parties, qu'il s'agisse du jugement de donné acte 2226 , du procès-verbal de conciliation 2227 (NCPC, art. 130, 768, 863 ; C. trav., art. R. 516-14) ou encore du jugement d'homologation 2228 (NCPC, art. 131-12, 832-8, 1441-4), qui sont tous autant de modes d'enregistrement de l'accord des parties mettant fin à leur litige 2229 .
- 30 En revanche, la question de l'inclusion, dans cette catégorie d'actes, des décisions de dessaisissement par lesquelles le juge constate

également l'accord des parties ²²³⁰ est à notre sens plus délicate.

c) Cas particulier des décisions de dessaisissement constatant l'accord des parties

- 31 **620. Position du problème** - La difficulté résulte des termes mêmes de l'article 384 du NCPC. Ainsi, tandis que le second alinéa de ce texte semble réduire l'objet de la décision de dessaisissement à la seule constatation de l'extinction de l'instance ²²³¹, en revanche, le troisième alinéa, qui envisage plus particulièrement l'hypothèse où l'extinction de l'instance résulte d'un accord ²²³² des parties, semble exiger du juge qu'il associe, à sa décision de dessaisissement, la constatation de l'accord des parties en vue de lui donner force exécutoire ²²³³. Dans ce dernier cas, la décision de dessaisissement du juge a donc tout à la fois pour objet de constater un accord des parties portant sur la solution du litige (critère des actes réceptifs du juge) et d'en tirer les conséquences au regard de l'instance en constatant l'extinction de celle-ci (critère des mesures d'administration judiciaire). Se pose alors la question de savoir si cette dualité d'objet dissimule une dualité de nature de la décision de dessaisissement.
- 32 Si l'on s'en tient à la jurisprudence, les décisions de dessaisissement sont des *actes d'administration judiciaire* ²²³⁴. Cependant, on peut se demander si cette règle est encore applicable lorsque la décision de dessaisissement s'accompagne du constat de l'accord des parties. Ne doit-on pas en effet, dans ce cas, ranger la décision du juge parmi les actes réceptifs relatifs à la solution du litige ? La réponse devrait dépendre, selon nous, du caractère dissociable ou indissociable du constat d'accord et de la décision de dessaisissement en tant que telle. Si l'on opte pour l'indissolubilité, il conviendrait de ranger le constat d'accord effectué sur le fondement de l'article 384 al. 3 parmi

les mesures d'administration judiciaire ²²³⁵. En revanche, si l'on opte pour la dissociabilité, la classification de cette forme de constatation de l'accord des parties au sein des actes *réceptifs* du juge serait possible, tandis que la décision de dessaisissement, en tant que telle, continuerait de relever des mesures d'administration judiciaire. Cependant, si, sur le plan théorique, une telle dissociation est séduisante et pourrait se justifier, sur le plan pratique en revanche, elle s'avère non seulement difficile à mettre en œuvre, mais encore, sans véritable intérêt.

- 33 **621. La décision de dessaisissement, simple mesure d'administration judiciaire** - Elle est tout d'abord difficile à mettre en œuvre car, lorsque le juge doit se dessaisir consécutivement à un accord des parties, il est tenu de le faire « *dans les limites* » de cet accord ²²³⁶. C'est dire qu'il est tenu de constater l'accord des parties en vue de mesurer l'étendue de son dessaisissement. La décision de dessaisissement du juge est donc étroitement liée au constat de l'accord des parties, pour ne pas dire confondue avec celui-ci ce qui rend l'hypothèse d'une divisibilité des deux actes très difficilement concevable. Elle est ensuite sans réel intérêt parce que le régime juridique des décisions de dessaisissement ainsi que les effets qu'elles emportent sur l'accord des parties est comparable, sinon identique, à ceux des actes réceptifs du juge ²²³⁷. Ainsi, non seulement tous ces divers actes confèrent force exécutoire à l'accord des parties qu'ils constatent, mais encore, parce qu'ils n'ont pas autorité de la chose jugée et qu'ils ne sont pas de nature juridictionnelle ²²³⁸, ils échappent à l'exercice des voies de recours ²²³⁹. Enfin, on soulignera qu'indépendamment de la forme et de la nature de l'acte du juge qui constate l'accord des parties, on observe que l'office du juge sur ce dernier est absolument identique : « *même entendue comme une simple mesure d'administration judiciaire, la décision*

judiciaire de dessaisissement suppose du juge la mise en œuvre d'un contrôle minimal, tant formel que sur le fond, de l'accord des parties » 2240 .

- 34 Pour toutes ces raisons, nous considérons qu'il est préférable de maintenir les décisions de dessaisissement du juge au sein des mesures d'administration judiciaire, quand bien même elles s'accompagneraient d'une constatation judiciaire de l'accord des parties.
- 35 **622.Conclusion** - On en déduit donc qu'entrent finalement dans la catégorie des actes réceptifs du juge relatifs à la solution du litige essentiellement les jugements de donné acte, les procès-verbaux de conciliation ainsi que les jugements d'homologation. Avec un auteur, on peut alors s'interroger sur la raison de cette diversité de « *formes procédurales* » 2241 qui s'offrent ainsi au juge en vue de constater l'accord des parties mettant fin à leur litige. « *A dire vrai, il ne semble pas exister de principe en ce domaine* » 2242 . Le regroupement de ces divers actes réceptifs du juge au sein d'une seule et même catégorie a pour principale conséquence de pouvoir leur attribuer une nature et un régime juridique semblables. Mais au-delà, cela nous autorise à affirmer qu'en définitive, la forme selon laquelle le juge constate l'accord des parties qui met fin à tout ou partie de leur litige importe peu ; quelle qu'elle soit, la décision du juge aura le même régime juridique et emportera les mêmes effets au regard de l'acte constaté. Il s'ensuit que si l'on met en perspective les articles 129 à 131, 131-12, 768, 832-8, 863, 1441-4 du nouveau code de procédure civile 2243 , ils correspondent tous à une activité identique du juge, indépendamment de la forme adoptée en vue d'entériner l'accord des parties. Le recours à des appellations aussi variées que procès-verbal de conciliation, jugement de donné acte ou bien encore jugement d'homologation ne doit pas être interprété comme visant à

désigner des activités judiciaires distinctes ou encore des actes juridiques de nature juridique distincte. Tout au plus doit-on y voir la référence aux divers contextes dans lesquels a eu lieu l'intervention judiciaire.

- 36 Ainsi, si le juge est amené à intervenir à l'issue d'une procédure de conciliation qu'il a lui-même menée ou que les parties ont menée d'elles-mêmes en cours d'instance, la constatation de l'accord des parties prendra le plus souvent la forme d'un procès-verbal de conciliation (NCPC, 129 et suiv., 768, 863 ; C. trav. R. 516-14) ; si, en revanche, le juge est sollicité en vue de constater l'accord des parties obtenu grâce à l'aide d'un tiers qu'il a désigné à cette fin, la constatation judiciaire prendra la forme d'un jugement d'homologation (NCPC, art. 131-12, 832-8) ; si, enfin, le juge est saisi d'une requête aux fins de constatation d'une transaction non-judiciaire sur le fondement de l'article 1441-4, en l'absence de précision sur ce point, on peut supposer qu'il rendra soit un jugement de donné acte, soit un jugement d'homologation.
- 37 L'unité de nature des actes du juge constatant les accords des parties mettant fin à tout ou partie de leur litige, indifférente à la variété des appellations dont font état les textes, nous conduit à examiner leurs effets sur l'accord des parties qui, par hypothèse, sont les mêmes quelle que soit la forme de l'acte du juge.

3°. Les effets du constat judiciaire sur l'accord de conciliation

2244

- 38 **623.** Les effets du constat judiciaire sur l'accord des parties sont multiples. Les premiers sont plutôt assimilables à une absence d'effet, sinon à des effets négatifs : non seulement le constat judiciaire de l'accord ne modifie pas la nature conventionnelle de ce dernier (a) mais encore, il ne purge pas la convention des parties de

ses vices éventuels pas plus qu'il ne vaut « *brevet de qualification* »²²⁴⁵. A côté de ces effets négatifs, on compte divers autres effets, cette fois-ci positifs : la constatation judiciaire de l'accord des parties emporte transformation de celui-ci en contrat judiciaire (b), ce qui lui vaut attribution de l'authenticité et de la force exécutoire (c) et, semble-t-il également, attribution d'un effet extinctif (d).

a) Persistance de la nature conventionnelle de l'accord des parties

39 **624. Renforcement de l'efficacité de l'acte** - L'intervention du juge, au stade de la constatation de l'accord comme au stade de son élaboration²²⁴⁶, ne remet pas en cause la nature conventionnelle de celui-ci dans la mesure où le juge exerce une activité non-juridictionnelle²²⁴⁷. Un auteur fonde ce « *refus d'assimilation du contrat judiciaire à la décision de justice* »²²⁴⁸ sur le fait qu'ici, l'intervention du juge n'est pas nécessaire à l'effectivité de l'acte : l'accord qui met fin au litige est parfait en lui-même²²⁴⁹ ; son constat par le juge ne participe pas de sa validité mais se contente d'en renforcer l'autorité²²⁵⁰.

40 **625. Juxtaposition de l'acte du juge à celui des parties** - Une autre justification réside dans le fait que les procédures de constatation judiciaire des accords des parties ont la particularité d'ajouter à l'acte des parties un acte du juge²²⁵¹, sans que ce dernier ne se substitue au précédent. Par conséquent, l'acte du juge, qui se borne à constater *l'existence* de l'accord des parties, laisse subsister ce dernier sans en altérer la nature conventionnelle²²⁵². Dans ce sens, on peut citer une décision du 6 juin 1980 rendue par le tribunal de grande instance de Paris²²⁵³, qui dispose que « *le jugement de donner acte n'est pas une décision judiciaire contentieuse mais constate simplement l'accord intervenu entre les parties auquel il confère la force authentique sans trancher aucune difficulté, d'où il résulte qu'il n'a aucune*

valeur juridique indépendamment de la convention préalable dont il reprend intégralement les dispositions ».

b) Transformation de l'accord en contrat judiciaire

- 41 **626.Présentation sommaire du contrat judiciaire** ²²⁵⁴ -Néanmoins, parce que toute constatation judiciaire suppose l'intervention du juge, cela emporte malgré tout un effet *positif* sur la nature de la convention des parties : sans remettre en cause sa nature conventionnelle, cette procédure a pour effet de lui attribuer en sus une nature judiciaire et, ce faisant, de la transformer en contrat judiciaire ²²⁵⁵. Traditionnellement, et reprenant ainsi l'ancienne distinction proposée par Tissier ²²⁵⁶, la doctrine ²²⁵⁷ oppose le contrat judiciaire aux jugements convenus ou jugements d'expédients ²²⁵⁸, par lesquels le juge « *s'approprie* » véritablement l'accord des parties en en reprenant les termes dans son dispositif et par lesquels il prononce une décision juridictionnelle.
- 42 Avec le contrat judiciaire ²²⁵⁹, rien de tout cela : il n'y a pas *appropriation* mais simple *constat*. Le contrat judiciaire se définit comme « *tout accord de volonté des parties dont l'existence est constatée par le juge* » ²²⁶⁰. Il s'agit d'un acte hybride, de nature mi-conventionnelle mi-judiciaire ²²⁶¹, qui suppose l'existence préalable d'un accord des parties – dont l'objet peut être le règlement d'un litige, mais pas seulement – auquel s'ajoute un acte du juge destiné à le constater. Le propre du contrat judiciaire est qu'il suppose du juge une activité extrêmement réduite ²²⁶², de nature non juridictionnelle ²²⁶³, limitée à l'exercice d'un contrôle minimum portant sur la forme comme sur le fond de l'acte ²²⁶⁴.
- 43 Dès lors, parce que l'activité du juge ne consiste ni en un contrôle de la validité de l'acte, ni en celui de sa légalité, ni en celui de son opportunité, mais simplement en une appréciation de sa conformité

manifeste aux règles d'ordre public, elle ne saurait le purger de ses vices éventuels ²²⁶⁵. En ce sens, certains auteurs font remarquer que l'absence de contradiction lors du constat judiciaire de l'accord, empêche, de toute façon, le contrôle du juge d'être complet ²²⁶⁶. Aussi, l'existence d'un contrat judiciaire ne saurait priver les parties de la possibilité de contester la validité de l'accord au fond.

c) Attribution de l'authenticité et de la force exécutoire

44 **627. Authenticité et force exécutoire** - La transformation de l'accord des parties en contrat judiciaire emporte plusieurs conséquences quant à ses effets. Tout d'abord, la persistance de la nature conventionnelle de l'accord des parties implique que celui-ci a, comme tout contrat, force obligatoire entre ces dernières ²²⁶⁷. Chacune d'elles doit donc l'exécuter de bonne foi ²²⁶⁸ et ne saurait en modifier les termes unilatéralement. Mais parce que le contrat judiciaire suppose une intervention du juge en vue de le constater, il bénéficie en outre de l'authenticité ²²⁶⁹ (NCPC, art. 457) et de la force exécutoire ²²⁷⁰. A ce titre, rappelons d'ailleurs que la finalité de la plupart des procédures de constatation judiciaire de l'accord des parties n'est autre que de conférer à ce dernier la force exécutoire en vue d'offrir aux parties des garanties d'exécution le concernant ; la toute récente procédure aux fins d'homologation des transactions non judiciaires de l'article 1441-4 du nouveau code de procédure civile en est l'illustration parfaite.

45 **628. La force exécutoire indépendante de la notification de la décision du juge** - On précisera cependant que dans un récent **arrêt du 28 octobre 1999**, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation ²²⁷¹ semble subordonner la force exécutoire du contrat judiciaire à la notification aux parties du jugement qui constate leur accord. Dans cette affaire, deux parties avaient mis fin à un conflit de

voisinage les opposant, par un accord amiable que le tribunal d'instance avait « *constaté et entériné* ». Mais l'une des parties s'est opposée, de manière « *abusive* », à exécuter ledit accord. La créancière de l'obligation décide alors de saisir le juge de l'exécution en vue d'obtenir le paiement de dommages et intérêts et obtient gain de cause. Saisie du pourvoi, la Cour de cassation casse la décision des juges du fond aux motifs « *qu'une partie, débitrice d'une obligation, ne peut résister abusivement à l'exécution de celle-ci que si le jugement qui l'authentifie lui a préalablement été signifié* ». Cet arrêt nous semble très contestable dans la mesure où, en appliquant la règle de l'article 503 du nouveau code de procédure civile au jugement de donné acte et ce faisant, en le soumettant au régime des jugements contentieux, il procède à une assimilation de ces deux catégories de jugements pourtant fondamentalement différentes. C'est oublier que le contrat judiciaire « *tire son autorité de la seule volonté des parties et non pas de la décision du juge* » 2272 et que si « *le jugement de donné acte est judiciaire en la forme* », il reste cependant « *conventionnel par son origine* » 2273 . De fait, le jugement de donné acte ne devrait aucunement être signifié aux parties pour être exécutoire 2274 .

d) Attribution de l'effet extinctif

- 46 Enfin, un dernier effet doit être mentionné comme résultant de la constatation par le juge de l'accord des parties : il s'agit de l'attribution, au contrat judiciaire ainsi formé, d'un effet extinctif.
- 47 **629. Les actes extinctifs d'instance accessoirement à l'action** - Cet effet résulte des termes mêmes de l'article 384 du nouveau code de procédure civile qui cite la transaction parmi les différents actes susceptibles d'éteindre l'instance accessoirement à l'action, puis plus largement encore, dans son dernier alinéa, tout « *accord des parties, que celui-ci intervienne devant lui ou ait été conclu hors sa présence* ».

Ainsi, il semblerait que la transaction ne soit pas le seul acte conventionnel emportant, sur le plan procédural, de la part des parties contractantes, renonciation à leur droit d'action, mais que s'y ajoutent également toutes autres formes d'accords portant règlement du litige ²²⁷⁵. Cette interprétation libérale des termes de l'article 384 est partagée par de nombreux auteurs qui n'hésitent pas à citer, parmi les différents modes conventionnels d'extinction de l'instance et de l'action : la transaction, la conciliation et la médiation ²²⁷⁶. Cette règle n'est qu'une application du principe plus général selon lequel le procès est la chose des parties et, qu'à ce titre, elles disposent de la liberté absolue de pouvoir y mettre fin à tout moment (NCPC, art. 1^{er}), unilatéralement ou conventionnellement ²²⁷⁷. Ainsi, tous les modes conventionnels de règlement des litiges, quelle que soit la forme qu'ils prennent, doivent être considérés comme emportant extinction de l'instance accessoirement à l'action, car ils valent « *renonciation à la justice étatique* » ²²⁷⁸.

- 48 **630. Double effet extinctif de l'accord, lié à la constatation judiciaire ?** - Cependant, précisons que, pour que ces actes conventionnels soient pleinement effectifs sur le plan procédural, il importe que leur constatation par le juge ait lieu. A défaut, ces actes ne s'accompagneraient pas d'une décision de dessaisissement et n'emporteraient pas extinction de l'instance. Certes, les parties ont toujours la faculté de ne pas révéler au juge l'existence de leur accord et d'obtenir néanmoins l'extinction de l'instance en ayant recours à l'un des autres actes de procédure cités à l'article 384. Cependant, elles ne pourront pas – ou difficilement – opposer par la suite leur accord au co-plaideur qui entendrait reprendre ultérieurement l'instance en violation de l'accord initialement mais secrètement conclu ²²⁷⁹. De sorte que tant que les parties

n'obtiennent pas du juge constatation de leur accord, ce dernier n'emporte pas renonciation à leur droit d'action relativement à l'objet sur lequel il porte 2280 .

- 49 En vérité, il y a lieu, sur ce dernier point, de distinguer selon que l'accord des parties s'analyse en une transaction ou bien en une conciliation. En effet, si une telle affirmation est concevable pour l'accord de conciliation, en revanche elle semble difficilement l'être pour la transaction.

- 50 **631.I. L'accord des parties est une transaction** – La transaction 2281 est un contrat nommé 2282 , par lequel les parties « *terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître* » 2283 au moyen de concessions réciproques 2284 . L'exigence de concessions réciproques, qui ne figure pas expressément dans les textes relatifs à la transaction (C. civ., art. 2044 à 2058) 2285 , est une condition née de la doctrine qui figure désormais parmi ses éléments constitutifs 2286 et incontestés 2287 et dont l'absence est systématiquement sanctionnée par la jurisprudence 2288 .

- 51 Très rapidement, on rappellera qu'étant un contrat de droit privé, la transaction obéit d'abord aux règles du droit commun des obligations. Il est ainsi nécessaire que les parties qui transigent aient la capacité de contracter et qu'elles y consentent librement et clairement 2289 . Mais en raison de son objet particulier – mettre fin à un litige – la transaction est également soumise à certaines règles propres tenant notamment à la capacité ou au pouvoir des parties contractantes 2290 , à leur consentement 2291 ou encore, à la forme et à l'objet du contrat. Sur ces deux derniers points, parce la transaction est un acte de disposition grave, celle-ci doit être écrite 2292 et surtout, porter sur des objets dont les parties ont la libre disposition 2293 .

- 52 **632. L'autorité de la transaction** - L'autorité particulière de ce contrat mérite un peu plus d'attention. En effet, en raison de l'analogie que la transaction présente avec le jugement quant à sa finalité ²²⁹⁴, le législateur a décidé de lui attribuer « *entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort* » ²²⁹⁵. Cette disposition, qualifiée de « *formulation malheureuse* » ²²⁹⁶ ne doit pas être interprétée comme conférant à ce contrat l'autorité spécifique des jugements ²²⁹⁷. Elle « *tend simplement à mettre en relief la similitude de fonctions entre les transactions et les jugements : elle exprime l'effet extinctif attaché à cette convention* » ²²⁹⁸. En d'autres termes, dire de la transaction qu'elle a, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort, signifie uniquement qu'elle emporte renonciation, pour les parties qui transigent, à leur droit d'action en justice relativement à l'objet litigieux ²²⁹⁹. Ainsi l'explique un auteur : « *C'est parce qu'ils éliminent tous deux une situation litigieuse que la transaction et le jugement peuvent et doivent être rapprochés : tous deux, en effet, interdisent au juge de connaître à nouveau du conflit d'intérêt auquel ils ont donné une solution ; lorsqu'une contestation a été tranchée par l'un de ces actes, la solution qui résulte de ces derniers ne saurait être remise en question car l'extinction du droit d'action des parties rend tout nouveau litige impossible à ce sujet* » ²³⁰⁰.
- 53 Pour cette raison d'ailleurs, on observe que la doctrine qualifie volontiers la transaction « *d'équivalent processuel* » ou « *d'équivalent juridictionnel* » ²³⁰¹.
- 54 **633. Exceptio litis finitae per transactionem** - La principale conséquence de cette autorité est que si l'une des parties à la transaction décide ultérieurement de saisir le juge d'une demande ²³⁰² portant sur le même objet que celle-ci, ayant la même cause et concernant les mêmes parties ²³⁰³, le défendeur pourrait lui opposer une fin de non-recevoir pour chose transigée ou exception

de transaction ²³⁰⁴, ayant les mêmes effets et soumise aux mêmes conditions que l'exception de chose jugée ²³⁰⁵. On en déduit donc que point n'est besoin de constatation judiciaire de la transaction pour que celle-ci emporte un effet extinctif relativement au droit d'action des parties. Cet effet est inhérent au contrat de transaction, indépendamment de toute intervention du juge. La constatation par le juge de l'existence d'un tel contrat n'aura d'autre effet que de lui conférer la force exécutoire ²³⁰⁶ ainsi que la force probante des actes authentiques. Et si la transaction intervient en cours d'instance, sa constatation par le juge s'accompagnera d'une décision de dessaisissement qui mettra fin à l'instance. Mais du point de vue du droit d'action des parties, on est autorisé à affirmer que la constatation judiciaire de la transaction n'emporte aucun effet particulier : tout au plus peut-on y voir la confirmation d'un effet préexistant.

55 Pour terminer avec la transaction, on précisera que l'analogie de ce contrat avec le jugement ne doit pas tromper : tandis que ce dernier est un acte juridictionnel qui procède de la volonté du juge, la transaction, en revanche, est et reste en tout état de cause ²³⁰⁷ un contrat de droit privé soumis au droit commun des obligations comme aux règles particulières de la transaction. Il s'ensuit notamment que la transaction n'est pas susceptible de faire l'objet de voies de recours, mais uniquement d'actions en nullité ²³⁰⁸, tout au moins « *pour les causes limitativement définies par la loi* » ²³⁰⁹.

56 **634.II. L'accord des parties est une conciliation** - « *Les termes de conciliation et de transaction sont communément utilisés, comme s'ils étaient synonymes* » ²³¹⁰, fait remarquer un auteur. Il est vrai que transaction et conciliation ont en commun d'être toutes deux des modes amiables et conventionnels de règlement des conflits. Cependant, « *on ne peut perdre de vue le fait que la conciliation est un*

contrat innomé, alors que la transaction est un contrat spécial » ²³¹¹ ou encore, que si la transaction est une qualification du droit des contrats, la conciliation est en revanche une qualification du droit judiciaire ²³¹².

57 **635. Conciliation et transaction, critères distinctifs** – Plus encore, il semble que le critère distinctif le plus déterminant entre transaction et conciliation réside moins dans leur source que dans leurs éléments structurels : la présence ou l'absence de concessions réciproques ²³¹³. Ainsi, s'il « *est aujourd'hui acquis que les concessions réciproques [sont] un élément déterminant de la qualification de la transaction* » ²³¹⁴, inversement, on peut affirmer que rien de tel n'est requis pour la conciliation qui peut parfaitement consister en une renonciation unilatérale de la part de l'une des parties ou encore en « *toute autre forme de soumission complète d'une partie à la prétention adverse* » ²³¹⁵. Ce critère de distinction, adopté par la majorité de la doctrine ²³¹⁶, a été entériné par la Cour de cassation dans deux arrêts de la chambre sociale des 24 avril et 16 mai 1952 qui posent ainsi clairement que « *l'accord passé en conciliation et par lequel les parties se font des concessions réciproques constitue une transaction* » ²³¹⁷. C'est autrement dire que la conciliation qui est le résultat de concessions réciproques s'analyse en une transaction ²³¹⁸.

58 **636. Autorité de la conciliation** – Cette différence de structure s'accompagne alors nécessairement d'une différence de régime : aucune disposition comparable à celles de l'article 2052 du Code civil n'existe pour la conciliation, ce qui signifie que « *la conciliation n'a d'autre effet que celui que lui confère l'article 1134 du Code civil* » ²³¹⁹, à savoir la force obligatoire ou l'autorité de la chose contractée. Un auteur déduit de cette différence d'autorités que « *les concessions réciproques sont le tribut que les parties doivent payer pour que leur conciliation puisse être qualifiée de transaction et bénéficie de l'autorité de*

la chose jugée. Il existerait donc un lien entre les concessions réciproques (condition) et l'autorité de la chose jugée (effet) de la transaction » 2320 . Aussi, pour pouvoir bénéficier de cette autorité spécifique et particulièrement protectrice des intérêts en cause, il est indispensable de se consentir réciproquement des concessions. Une explication de cette règle peut être de voir dans ce mode conventionnel de règlement des différends une méthode particulièrement équilibrée et porteuse de paix 2321 - sinon la plus équilibrée et la plus porteuse de paix - et qui, de ce fait, justifie qu'on lui réserve ce régime privilégié. Un auteur propose alors, pour ces raisons précises, d'ériger la transaction en modèle : « si la transaction peut être considérée comme un modèle, c'est comme un modèle distingué par le législateur et vers lequel les contractants doivent tendre, non seulement parce qu'il est techniquement approprié, mais aussi et peut-être surtout parce qu'il porte en lui des vertus qui peuvent seules justifier sa spécificité et la volonté du législateur d'en faire l'acte idéal de règlement des litiges » 2322 .

- 59 **637. Le constat judiciaire de la conciliation : condition d'efficacité relativement au droit d'action des parties** - Ainsi donc, lorsque l'accord de conciliation ne s'analyse pas en une transaction, il se trouve du même coup dépourvu de l'autorité particulière de cette dernière et donc, de tout effet extinctif. Cependant, cet accord n'existe pas moins et est pleinement valable en tant que contrat de droit commun. Il oblige dès lors les parties sur le fondement de l'article 1134 du Code civil, qui doivent l'exécuter de bonne foi et ne peuvent en modifier les termes unilatéralement. De ce point de vue, on peut s'interroger avec un auteur 2323 sur la pertinence de l'autorité spécifique de la transaction : « l'effet d'autorité de chose jugée attaché à la transaction a-t-il un intérêt véritable ? » Ne peut-on justement se contenter de la force obligatoire reconnue par l'article

1134 « qui s'impose aux parties mais également au juge » faisant finalement « que ce dernier n'a que rarement l'occasion de remettre en cause l'accord des parties » ? En vérité, c'est se tromper de terrain que de raisonner ainsi. Et comme l'auteur le fait justement remarquer, « C'est sous l'angle, non plus du droit substantiel, mais de la procédure que l'exception de transaction [...] prévue par l'article 2052 C. civ. développe des effets particuliers. Le résultat ainsi obtenu (l'irrecevabilité de la demande) ne peut techniquement l'être par le recours à l'article 1134 al. 1^{er} C. civ. ou à un quelconque texte relevant du régime général du contrat ». Aussi, aucune des parties à un accord de conciliation ne peut véritablement être assurée que son cocontractant ne portera pas ultérieurement l'objet de leur accord devant un juge aux fins d'en obtenir une sanction juridictionnelle. Et si cela venait à se produire, la partie défenderesse ne pourrait pas opposer une fin de non-recevoir – ou exception de conciliation – à son adversaire.

- 60 La seule manière pour les parties d'éteindre définitivement leur droit d'action relativement à l'objet de leur accord de conciliation est de le soumettre à la constatation du juge. Ce qui nous autorise à affirmer que le constat judiciaire de l'accord de conciliation constitue une condition d'efficacité ²³²⁴ de ce dernier au regard du droit d'action des parties cocontractantes. Un auteur ²³²⁵ parle à ce propos de contrat judiciaire *consensuel* qui est soumis, pour pouvoir être pleinement efficace, à l'accomplissement d'une formalité judiciaire, à savoir sa constatation par le juge : « la constatation du juge est nécessaire pour l'efficacité processuelle du contrat judiciaire, non pour sa validité » ²³²⁶. Ici, l'intervention du juge est commandée par la nécessité de s'assurer que l'accord qui met fin au litige n'est pas manifestement déséquilibré ou contraire à des dispositions d'ordre public et, ce faisant, a des chances d'être véritablement définitif ²³²⁷. Il importe en effet « d'empêcher que dans un procès on discute de

ce qui s'est passé dans un autre » ²³²⁸, ce qu'assure le juge en procédant à un contrôle minimum de l'accord des parties.

- 61 En d'autres termes, si l'accord de conciliation nécessite une constatation du juge pour pouvoir obtenir une autorité similaire à l'autorité de la chose jugée, c'est parce que contrairement à la transaction, il ne bénéficie pas d'une présomption d'équité, de justice ²³²⁹. Seul le juge, par un contrôle minimum, peut attester de l'équilibre apparent de la conciliation des parties et consentir à lui conférer la même autorité que les transactions en vue de rendre définitif le règlement du litige. Cependant, parce que le contrôle du juge est extrêmement réduit, il ne saurait purger l'acte de tous ses vices ²³³⁰. C'est pourquoi, si les parties ne peuvent plus obtenir du juge qu'il tranche de nouveau leur différend, en revanche, elles doivent toujours pouvoir contester la validité de leur accord au fond. Mais c'est alors aborder la question des modes de contestation de l'accord de conciliation.

4°. La contestation du constat judiciaire de l'accord de conciliation

- 62 Envisager la question de la contestation de l'accord de conciliation, une fois sa constatation réalisée par le juge, suppose de distinguer entre la contestation de l'accord constaté (a) et celle de la décision portant constatation ou refus de constater (b).

a) Contestation de l'accord constaté

- 63 **638.Exercice exclusif des voies de nullité** - La persistance de la nature conventionnelle de l'accord des parties malgré l'intervention du juge conduit à limiter les modes de contestation de l'accord constaté – autrement dit du contrat judiciaire – aux seules voies de nullité ²³³¹

et dès lors, à déclarer systématiquement irrecevable l'exercice des voies de recours, inadaptées en l'espèce.

- 64 La recevabilité de l'action principale en nullité a été constamment affirmée par la jurisprudence ²³³². Ainsi, par exemple, dans une **décision du 10 juillet 1991, la troisième chambre civile de la Cour de cassation** ²³³³ rappelle clairement qu'« *un contrat judiciaire est exposé aux seules voies de nullité ou de rescision susceptibles d'atteindre les contrats et ne peut être attaqué par les voies de recours ouvertes contre les jugements* ». Dans le même sens, se multiplient également les décisions d'irrecevabilité des voies de recours ordinaires ou extraordinaires intentées par des parties qui souhaitent contester leur contrat judiciaire ²³³⁴. Les modes de contestation du contrat judiciaire en tant que tel ne posent donc pas de difficultés ²³³⁵, ce que l'adéquation des solutions retenues dans l'ensemble par la doctrine et la jurisprudence sur ce point semble confirmer ²³³⁶.
- 65 Mais qu'en est-il en revanche des voies de recours qui pourraient être exercées contre la décision du juge par laquelle ce dernier constate ou refuse de constater l'accord des parties et ce faisant, confère ou refuse de conférer la force exécutoire ? Les textes sont silencieux sur ce point, quant à la doctrine, peu d'auteurs se sont posé la question ²³³⁷.

b) Contestation de la décision portant constatation ou refus de constater

- 66 **639. Pouvoir d'appréciation du juge** - Le fait de reconnaître au juge un pouvoir de contrôle minimum sur la convention des parties en vue de s'assurer de sa réalité mais surtout de sa conformité manifeste à l'ordre public, serait sans aucun intérêt s'il ne s'accompagnait pas d'un pouvoir de sanction lui permettant de refuser de constater l'acte qui lui est soumis chaque fois qu'il estime, à l'issue de son

contrôle, que la convention des parties ne préserve pas suffisamment les intérêts privés ou publics qu'elle met en cause. Pour être effectif, le pouvoir de contrôle du juge, fut-il minimum, doit s'accompagner d'un pouvoir d'appréciation sur la décision de constater ou de refuser de constater l'acte présenté. « *A quoi bon l'intervention d'un juge en ce domaine si son rôle devait se borner à celui d'un simple automate ?* » s'interroge à ce titre un auteur ²³³⁸ et de préciser que si effectivement le juge devait être privé de ce pouvoir de contrôle « *Les parties auraient alors moins de garanties que si elles se présentaient devant un notaire puisque ce dernier, soumis à un devoir de conseil, engage sa responsabilité lorsqu'il donne force authentique à un acte sans avertir ses clients des éventuelles difficultés juridiques qui s'y rencontreraient* » ²³³⁹ . Il convient donc de reconnaître au juge le droit de refuser de conférer force exécutoire aux accords des parties si ceux-ci ne s'avèrent manifestement pas conformes aux dispositions d'ordre public ²³⁴⁰ ou encore, si les conditions de validité de la convention ne sont apparemment pas réunies ²³⁴¹ .

- 67 Mais alors, faut-il consentir que ce droit au refus puisse être contesté par les parties à la convention ? Une réponse négative s'impose, même si le choix de son fondement suscite encore quelques interrogations.
- 68 **640. Caractère discrétionnaire du pouvoir d'appréciation du juge** – L'impossibilité de pouvoir contester la décision du juge repose tout d'abord sur la nécessité d'empêcher qu'un nouveau contentieux ne naisse. Ainsi, les parties qui n'auront pu obtenir du juge qu'il confère force exécutoire à leur convention, en raison d'un refus de ce dernier, n'auront d'autre choix que de prendre le risque de l'exécuter telle quelle, tout en sachant qu'elle renferme très probablement une cause de nullité ; de la modifier dans le sens des indications que le juge aura bien voulu leur fournir ; ou bien encore

de se présenter devant la juridiction compétente sur le fond pour statuer sur la validité de la convention ²³⁴² . Il ne semble pas que le juge soit tenu de motiver sa décision de refus ²³⁴³ ; tout au plus peut-il donner une explication sommaire destinée à aider les parties à rectifier le contenu de leur convention si elles le souhaitent. Il ne faudrait pas en effet que le refus du juge se transforme en une mise sous condition de son constat judiciaire ²³⁴⁴ . Enfin, si le juge peut éventuellement expliquer aux parties la raison de son refus, il ne saurait en aucun cas y remédier d'office en sanctionnant lui-même la cause de nullité de la convention : « *S'il apparaîtrait qu'il y a effectivement une contestation sérieuse sur la validité de la transaction, il ne lui appartient pas de la trancher* » ²³⁴⁵ . On en arrive donc à la conclusion suivante : le juge saisi d'une demande de constatation judiciaire d'un accord de conciliation n'a donc pas le pouvoir de modifier l'acte qui lui est soumis. Il ne peut que refuser de le constater ou le constater sans réserve ²³⁴⁶ et, quelle que soit sa décision, celle-ci ne peut être contestée par les parties. La Cour de cassation s'est prononcée en ce sens à plusieurs reprises, notamment en jugeant qu'un pourvoi en cassation ne pouvait être formé contre une décision procédant à un donné acte ²³⁴⁷ et, *a fortiori*, contre une décision procédant à un refus ou à une omission de donné acte ²³⁴⁸ .

- 69 **641. Fondement du caractère discrétionnaire du pouvoir d'appréciation du juge** - Mais c'est alors qu'apparaît la question du fondement d'une telle solution. Plusieurs thèses sont avancées. Une première veut que l'impossibilité de recours résulte de la nature purement administrative de la décision du juge : une telle décision, pour négative qu'elle soit, s'analyserait en une mesure d'administration judiciaire et, de ce fait, échapperait à l'exercice des voies de recours ²³⁴⁹ . Une seconde se fonde plus largement sur la nature non juridictionnelle ²³⁵⁰ de la décision du juge. Une troisième

retient enfin l'absence de grief causé par la décision de refus du juge ²³⁵¹ .

- 70 Pour notre part, le fait d'avoir qualifié le constat judiciaire de l'accord de conciliation « *d'acte judiciaire non juridictionnel ayant trait à la solution du litige* » ou encore « *d'acte réceptif du juge* » et, ce faisant, d'avoir écarté la qualification de mesure d'administration judiciaire, nous empêche d'adhérer totalement à la première thèse, même s'il est indéniable que la décision par laquelle le juge se borne à constater l'accord des parties a une nature *administrative* ²³⁵² . C'est donc la seconde thèse qui nous semble la plus raisonnable, éventuellement assortie de la troisième : parce que le juge ne tranche aucune contestation, parce qu'il ne dit pas le droit et qu'il ne statue pas, il ne saurait causer un grief par son constat judiciaire ou son refus de constat. Le juge n'exerce pas d'activité juridictionnelle - ce qui signifie qu'*a contrario*, il exerce une activité administrative. Il n'y a donc pas matière à contester sa décision, laquelle doit être déclarée non susceptible de voies de recours ²³⁵³ .
- 71 Après avoir constaté l'accord des parties et dans l'hypothèse où celui-ci n'aurait pas éteint tous leurs points de désaccord, il appartient alors au juge de trancher les points litigieux persistants.

SECTION II – LE JUGEMENT DES POINTS LITIGIEUX PERSISTANTS

- 72 **642.** La persistance de points litigieux après l'échec ou le semi-échec d'une procédure de conciliation menée par le juge pose la question de l'aptitude de ce dernier à en connaître de nouveau à fin de jugement. Le risque est grand en effet qu'en pareil cas, le juge se soit fait une opinion de l'affaire de nature à perturber sa neutralité de jugement et donc, à même de le rendre partial en violation des dispositions de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme ²³⁵⁴ **(A)**. Néanmoins, nous verrons qu'il existe diverses garanties destinées à assurer l'impartialité du juge **(B)**.

A. Le devoir d'impartialité du juge

- 73 **643. Les formes d'impartialité** – L'impartialité, « *notion fuyante* » ²³⁵⁵, est grossièrement assimilable à une absence de préjugé ²³⁵⁶. Elle est une « *vertu inhérente à la fonction de juger* » ²³⁵⁷. Le droit à un tribunal impartial est un droit fondamental ²³⁵⁸ qui, à ce titre, n'est pas uniquement imposé au juge mais également à l'arbitre ²³⁵⁹, aux autorités administratives indépendantes ²³⁶⁰ ainsi qu'aux organes disciplinaires ²³⁶¹.
- 74 **644. Impartialité objective ; impartialité subjective** – Une analyse plus fine, directement inspirée de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, a longtemps proposé de distinguer entre impartialité *subjective* et impartialité *objective* ²³⁶². La première, présumée ²³⁶³, repose sur ce que le juge pense en son for intérieur. La seconde est plutôt à rapprocher de la théorie de l'apparence ²³⁶⁴. Cependant, la pratique a montré qu'au fil des décisions de la Cour,

cette distinction, trop subtile, était source de difficultés lors de sa mise en application ²³⁶⁵ si bien que la Cour européenne s'est mise à cumuler les deux démarches, exigeant des plaideurs qui contestaient l'impartialité de leur tribunal non seulement qu'ils examinent « *la conviction et [le] comportement personnels du juge (démarche subjective)* » mais encore qu'ils recherchent « *si ce juge offrait des garanties suffisantes pour exclure tout doute légitime à cet égard (démarche objective)* » ²³⁶⁶. De plus en plus, la Cour a ainsi privilégié l'apparence ²³⁶⁷ sur tout autre critère d'appréciation, au *leitmotiv* que « *justice must not only be done, it must also be seen to be done* ». Concrètement, cette démarche consistait à considérer que si, objectivement, la justice apparaissait comme n'ayant pas été rendue de manière impartiale, le justiciable devait obtenir une constatation de violation de l'article 6 de la Convention ²³⁶⁸. Cette évolution conceptuelle fut finalement source de décisions imprévisibles et critiquées, conduisant alors la doctrine à proposer une nouvelle démarche, qui distingue cette fois-ci entre impartialité *fonctionnelle* et impartialité *personnelle* ²³⁶⁹. Dans ses arrêts les plus récents ²³⁷⁰, la Cour européenne adopte cette nouvelle conception, plus souple : on y retrouve en effet les expressions « *d'impartialité personnelle* » et de « *raison légitime de craindre d'une juridiction un défaut d'impartialité* » qui se substituent progressivement à celles d'impartialités subjective et objective.

- 75 **645.L'impartialité personnelle** – L'impartialité personnelle est celle qui est liée aux convictions personnelles du juge ou bien à son comportement. Elle peut résulter de l'existence d'un lien – direct ou indirect ²³⁷¹ – de parenté, d'amitié, d'inimitié, de subordination entre le juge et l'une des parties ²³⁷² ou encore, du fait que le juge a conseillé l'une des parties ou été en relation avec elle au point que sa liberté de jugement s'en trouve altérée ²³⁷³ ...

76 **646.L'impartialité fonctionnelle** – L'impartialité fonctionnelle est celle qui est liée aux modalités d'exercice de ses fonctions, par le juge, indépendamment de ses convictions personnelles ou de son comportement. Elle peut résulter, par exemple, de « *l'exercice successif et cumulatif de fonctions administratives et de fonctions juridictionnelles* », ou encore de « *l'exercice successif et cumulatif par le même juge, pour la même affaire et au cours de la même instance, de fonctions judiciaires distinctes au sein de l'organe exerçant la fonction juridictionnelle, qu'il s'agisse des contentieux de la matière pénale ou de la matière civile* » ou enfin, de « *la connaissance par le juge des mêmes faits pour les mêmes parties, mais à des instances différentes (qu'elles soient successives ou parallèles)* » 2374 .

77 **647.Le risque de partialité du juge-conciliateur : risque de partialité fonctionnelle** – Ce bref rappel autorise à s'interroger sur l'existence de risques de partialité chez le juge lorsque celui-ci, après avoir tenté, en vain, de concilier des parties, se retrouve saisi de l'affaire aux fins de jugement. C'est, en d'autres termes, s'interroger sur la compatibilité, au regard de la Convention européenne des droits de l'Homme, des fonctions successives de conciliation et de jugement 2375 , hypothèse fréquente dans le cadre de l'instance civile 2376 . Le fait, pour un même juge, de connaître deux fois de la même affaire, en tant que juge-conciliateur tout d'abord, puis en tant que juge de jugement ensuite, n'est-il pas de nature à constituer un cas de partialité fonctionnelle 2377 ? Il s'agit bien là, pour le même juge, d'exercer successivement des fonctions distinctes au cours de la même instance, à l'égard des mêmes faits et pour les mêmes parties. On est bien en présence de « *faits vérifiables* » 2378 , susceptibles d'engendrer des craintes ou appréhensions « *objectivement justifiées* » 2379 chez les parties. Spécialement, quelles peuvent être ces appréhensions ?

- 78 Par exemple, que le juge soit « *plutôt mal disposé à l'égard de celui qui, par sa mauvaise volonté, par son comportement au cours de la mission de médiation ou de la mission de conciliation, aura empêché un résultat positif* » ²³⁸⁰ ou encore, que le juge tranche le litige « *en considération de ce qui s'est dit et fait au cours de cette tentative* » ²³⁸¹ , soit parce qu'il sera tenté de « *rendre une décision aussi proche que possible du point sur lequel les parties auraient pu s'entendre* » ²³⁸² , soit encore parce qu'il sera tenté de tenir compte du comportement répréhensible de l'une des parties qui a multiplié « *les obstructions au bon déroulement de l'instance* » ²³⁸³ . En un mot, ce qui est à craindre est que le juge se fasse « *juge de la conciliation* » et non pas « *juge du litige* » ²³⁸⁴ .
- 79 Sous un autre angle, le cumul de fonctions du juge conduit à s'interroger sur la compatibilité d'un tel cumul avec l'exigence de confidentialité ²³⁸⁵ qui couvre en principe les négociations. La confidentialité a pour finalité de favoriser le rapprochement des parties en leur assurant que tout ce qu'elles diront ou feront au cours des pourparlers ne sera pas porté à la connaissance du juge, en vue de préserver la liberté de jugement de ce dernier en cas d'échec de la tentative de conciliation ou de médiation. Mais lorsque c'est le juge en personne qui mène les négociations, comment assurer le respect de ce principe fondamental ? Admettre le cumul des fonctions de juge-conciliateur et de juge de jugement, c'est remettre en cause l'application du principe de confidentialité aux pourparlers judiciaires dont il a la charge.

B. Les garanties d'impartialité du juge

- 80 **648.** Pour ces diverses raisons, nombreux sont ceux qui considèrent fermement que le juge ne peut pas être conciliateur ²³⁸⁶ : « *il est extrêmement difficile de proposer une solution et, par la suite, d'avoir à*

émettre un jugement », nous disent les uns ²³⁸⁷, tandis que d'autres affirment plus catégoriquement encore que le juge se trouve nécessairement « *disqualifié pour juger ensuite le litige* » ²³⁸⁸. Ces craintes sont un peu extrêmes et méritent d'être atténuées.

81 **649.Spécificité de la matière civile** – A dire vrai, il y a lieu tout d'abord de tenir compte de la spécificité de la matière civile qui suppose « *un besoin de dialogue, [une] connaissance progressivement approfondie par le juge du dossier, sans que les intérêts du justiciable en soient altérés* » ²³⁸⁹. Dans les contentieux civils, il est fréquent que le même juge intervienne à des stades différents de la même affaire afin d'acquérir une connaissance approfondie du dossier, sans pour autant faire systématiquement preuve de partialité ²³⁹⁰ ; il s'agit, pour le juge, « *de donner une solution juridique à un problème de droit, sur la base de faits apportés librement par les parties, en se forgeant progressivement sa conviction, d'une manière de plus en plus approfondie, selon un processus intellectuel continu* » ²³⁹¹. Le cumul de fonctions, en matière civile, n'est donc pas nécessairement synonyme de partialité. Une analyse au cas par cas est indispensable pour pouvoir se prononcer sur ce point ²³⁹².

82 **650.Consécration du cumul des fonctions du juge par le nouveau code de procédure civile** - Plus encore, on ne peut ignorer le fait que le nouveau code lui-même envisage expressément l'hypothèse du cumul des fonctions de juge de jugement et de juge-conciliateur puisqu'il proclame, en son article 21, qu'« *il entre dans la mission du juge de concilier les parties* » et ce faisant, fait entrer la conciliation dans l'office du juge au même titre que sa mission de trancher les litiges en application de la règle de droit. La possibilité, pour le juge, d'alterner librement ou de passer successivement de sa fonction juridictionnelle à sa fonction conciliatrice – et donc de cumuler ces

deux fonctions - est expressément consacrée, ce qui rend la contestation délicate.

- 83 **651.Variété des degrés d'intervention du juge dans la recherche de la solution amiable** - Aussi, il convient de distinguer selon que le juge, lors de la conciliation des parties, est intervenu de manière *active* dans la recherche d'une solution ou bien au contraire, s'est contenté d'orchestrer les négociations sans entrer dans le débat au fond ²³⁹³ . première hypothèse, il existe un risque de partialité tandis que dans la seconde, tout risque est en principe absent. Ce constat conduit à la conclusion qu'un examen au cas par cas s'impose car le risque de partialité du juge est proportionnel au degré d'investigation et d'implication de ce dernier dans la recherche d'une solution amiable.
- 84 **652.Absence de précédent jurisprudentiel** - A notre connaissance, il semble que ni les juges français, ni la Cour européenne des droits de l'homme n'ont encore été confrontés à ce jour à une demande de récusation d'un juge étatique pour cause d'impartialité en raison d'un cumul de ses fonctions juridictionnelle et conciliatrice. Le **tribunal de grande instance de Paris** a néanmoins eu à se prononcer sur une demande de récusation dirigée contre un arbitre pour partialité dans l'exercice de sa fonction conciliatrice, dans une **décision du 19 décembre 1996** ²³⁹⁴ . Aux termes de cette décision, on peut lire qu'« *Aucune disposition légale n'interdit à l'arbitre, qui peut comme tout juge tenter de concilier les parties, de proposer à celles-ci les modalités d'un accord susceptible de mettre fin au litige dans des conditions honorables et acceptables par tous, sans que pour autant les propositions faites en ce sens manifestent de sa part une prévention ou une animosité quelconque envers l'une ou l'autre des parties, un parti pris défavorable aux prétentions formulées par celles-ci ; dès lors, il n'y a pas lieu à récusation, aucun document ou témoignage ne démontrant qu'à un moment quelconque de l'exercice de ses fonctions, l'arbitre désigné [...] ait manqué à son devoir*

d'impartialité ». Il semble qu'à l'instar de la démarche adoptée par la Cour européenne, la juridiction parisienne se soit placée respectivement sur le terrain de l'impartialité *fonctionnelle* puis sur celui de l'impartialité *personnelle* pour tenter d'apprécier si l'arbitre a fait preuve de partialité dans l'exercice de ses fonctions et si le demandeur mérite réparation. Ainsi, dans un premier temps, les juges rejettent en bloc l'argument tiré de l'existence d'une éventuelle partialité fonctionnelle de l'arbitre au motif qu'aucune disposition légale n'interdit à celui-ci de cumuler les fonctions de juge de jugement et de juge-conciliateur. Les juges du premier degré invoquent donc les textes internes pour écarter l'existence d'une partialité *fonctionnelle* : cette démarche est selon nous délicate car nous avons fait observer que ce n'est pas parce que les textes autorisent le cumul de fonctions qu'il y a pour autant absence de risque de partialité.

85 Mais les juges semblent en avoir conscience, puisqu'ils ne se contentent pas d'une appréciation *in abstracto* des faits de l'espèce mais procèdent également à leur appréciation *in concreto*. En effet, dans un second temps, les juges recherchent si le demandeur apporte la preuve de l'existence d'une partialité *personnelle* de l'arbitre. La règle est qu'en l'espèce il y a présomption d'impartialité, mais présomption *simple* qui se renverse par la preuve du contraire. Dans notre décision, les juges constatent que le demandeur n'invoque au soutien de sa demande aucun témoignage ou document démontrant que l'arbitre a manqué à son devoir d'impartialité ; sa demande de récusation est donc rejetée faute de preuve de l'existence de comportement ou de propos partiaux de la part de l'arbitre.

86 **653.Conclusion : devoir d'impartialité renforcé du juge conciliateur** - On en arrive donc à la conclusion que même si, actuellement, les

textes de droit interne autorisent le juge à passer librement de sa mission juridictionnelle à sa mission conciliatrice et inversement, cela ne l'exonère pas de devoir adopter à chaque fois un comportement irréprochable quant au principe fondamental d'impartialité. Investi d'une double mission particulièrement délicate – concilier puis juger – le juge conciliateur doit s'estimer soumis à un devoir d'impartialité renforcé. En vertu de ce devoir renforcé, il doit perpétuellement s'interroger sur son aptitude à connaître de nouveau de l'affaire aux fins de jugement et, s'il considère qu'en raison d'une implication trop personnelle dans la recherche d'une solution amiable, sa *jurisdictio* est susceptible d'être perturbée ou sa liberté de jugement altérée, alors il doit s'abstenir ²³⁹⁵, faute de quoi, un recours devant la Cour européenne des droits de l'homme n'est pas à exclure.

87 **654. CONCLUSION DU CHAPITRE I** - La fin des pourparlers judiciaires de droit commun ne signifie pas fin de l'activité du juge à leur égard. Qu'il s'agisse de constater l'accord des parties en résultant ou bien au contraire de trancher les points litigieux persistants, l'office du juge reste significatif. L'importance de son rôle à ce stade des pourparlers témoigne véritablement de l'intention des pouvoirs publics d'assurer l'équité de ces procédures contractuelles, non pas seulement de manière préalable, en les encadrant par des principes directeurs, mais également en assurant, *a posteriori*, l'équité de l'accord qui en émane comme celle de la procédure juridictionnelle qui pourrait leur succéder.

88 **655. Contrôle de l'équité de l'accord** - Ainsi, l'équité des pourparlers judiciaires, au stade de la constatation judiciaire de l'accord des parties, est assurée par l'attribution, au juge, d'un pouvoir d'appréciation destiné à lui permettre de s'assurer que l'accord des parties existe bien et que son objet n'est ni manifestement contraire

à l'ordre public, ni particulièrement déséquilibré au détriment de l'une des parties. Ce contrôle minimum contribue directement à l'équité de l'accord des parties en ce qu'il éclaire le juge comme les parties sur le contenu de l'accord et vise à établir que ce dernier est visiblement équitable et juste. Au-delà, un tel contrôle permet aussi de vérifier que les pourparlers judiciaires eux-mêmes se sont déroulés de manière équitable et respectueuse des droits processuels fondamentaux des parties. Bien souvent en effet, on constate que l'équité de la convention dépend de l'équité de la procédure contractuelle qui l'a précédée ²³⁹⁶, autrement dit, que la validité de l'accord au fond est étroitement liée au respect des règles de forme lors de son élaboration.

- 89 **656. Devoir d'impartialité renforcé aux fins d'équité de la procédure juridictionnelle subséquente** - D'autre part, la soumission du juge conciliateur à un devoir d'impartialité renforcé lorsqu'il entreprend de trancher les points litigieux qui n'auraient pas été réglés à l'amiable vise à assurer que la procédure juridictionnelle qui s'engage présentera tous les gages d'équité. Spécialement, ce devoir consiste pour le juge à s'assurer - en son âme et conscience - que sa liberté de jugement est intègre malgré sa connaissance préalable de l'affaire. Le juge doit mettre à l'épreuve son aptitude à rester juge du litige et à ne pas se transformer en juge de la conciliation ²³⁹⁷, laquelle sera inévitablement fonction de son degré d'investissement dans la recherche d'une solution au fond. En cas de doute - ou en tout état de cause ? - il serait judicieux que le juge consulte les parties et recueille leurs points de vue respectifs sur ce délicat problème. Ainsi, les risques que son cumul de fonction ne soit mal perçu par les parties ou, plus gravement, utilisé par l'une d'elles à l'encontre de son jugement pour cause d'impartialité, s'amenuiseraient.

- 90 Une autre manière d'éviter tout risque de partialité est encore, pour le juge, de ne pas mener personnellement la conciliation des parties mais d'en confier l'exercice à un tiers. C'est alors envisager la fin des procédures de pourparlers judiciaires déléguées.
-

NOTES

2126. NCPC, art. 129.

2127. NCPC, art. 130.

2128. NCPC, art. 129 et suiv.

2129. H. SOLUS et R. PERROT, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 1184.

2130. NCPC, art. 768.

2131. NCPC, art. 863.

2132. C. trav., art. R. 516-24.

2133. Cette formule est néanmoins employée pour le juge de la mise en état devant le tribunal de grande instance, NCPC, art. 768.

2134. Sur ce point, voir nos développements *supra* n° 88 et s.

2135. Y. MULLER, Rép. proc. civ., Dalloz, V° Contrat judiciaire, n° 62.

2136. Y. DESDEVISES, Remarques sur la place de la conciliation..., art. préc., n° 37.

2137. Y. MULLER, Le contrat judiciaire en droit privé, th. préc., n° 58.

2138. Y. MULLER, Le contrat judiciaire en droit privé, th. préc., n° 58.

2139. V. *infra* n° 664.

2140. Y. DESDEVISES, Remarques sur la place de la conciliation..., art. préc., n° 41 et suiv. Y. MULLER, Le contrat judiciaire en droit privé, th. préc., n° 146.

2141. H. SOLUS et H. PERROT, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 1182.

2142. Y. DESDEVISES, Remarques sur la place de la conciliation..., art. préc., n° 41 ; J. VINCENT et S. GUINCHARD, Procédure civile, *op. cit.*, n° 200 ; G. COUCHEZ, Procédure civile, *op. cit.*, n° 397 ; G. COUCHEZ, J.-P. LANGLADE, D. LEBEAU, Procédure civile, *op. cit.*, n° 1187 et s.

2143. Y. MULLER, Contrat judiciaire, art. préc., n° 63 et la jurisprudence citée.

2144. En cela, l'activité du juge se distingue de l'homologation judiciaire des actes juridiques par laquelle, à l'issue d'un double contrôle de légalité et d'opportunité, il statue et dit le droit en vue de rendre un jugement d'homologation. Nous nous consacrerons de

manière approfondie à l'homologation judiciaire des actes juridiques pour apprécier si cette activité gracieuse correspond à celle qui est visée par les articles 131-12 et 832-8 du NCPC qui proposent *l'homologation* des accords de conciliation ou de médiation par le juge si les parties le souhaitent. Pour cette raison, nous renvoyons le lecteur à ces développements, *infra* n° 657 et s.

2145. S. GUINCHARD et J. VINCENT, Procédure civile, *op. cit.*, n° 200.

2146. Y. MULLER, Le contrat judiciaire en droit privé, *th. préc.*, n° 59.

2147. Y. MULLER, Le contrat judiciaire en droit privé, *th. préc.*, n° 136.

2148. B. FAUCHER, La conciliation, *th. préc.*, p. 387 : « *Il ne faudrait pas, selon nous, conclure de ce qui précède que le juge doit purement et simplement se borner à apposer son seing sur le procès-verbal de conciliation sans préalablement procéder à un examen de celui-ci* » et de préciser que « *Ce droit de regard sera certes très limité* » ; Ch. JARROSSON, Le nouvel article 1441-4 NCPC, la transaction revêtue de la formule exécutoire, RGDP. 1999, n° 1, janv./mars, p. 133 et suiv., spéc. p. 139 : « *Il ne fait guère de doute qu'un contrôle minimum doit être opéré* » ; R. PERROT, L'homologation des transactions, Procédures, 1999, août/sept., *chron.* n° 10, p. 4, n° 4. ; Y. MULLER, Le contrat judiciaire en droit privé, *th. préc.*, n° 136. Pour des propositions de justification de l'existence d'un tel contrôle, V. nos développements *infra* n° 678 et s.

2149. J. NORMAND, Conclusions, *in* Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends, *op. cit.*, p. 148.

2150. Et non pas sur sa régularité, ni sur son bien fondé.

2151. Y. MULLER, Le contrat judiciaire en droit privé, *th. préc.*, n° 136 ; Contrat judiciaire, *art. préc.*, n° 64.

2152. Seule est appréciée la conformité *manifeste* à l'ordre public : V. Ch. JARROSSON, Le nouvel article 1441-4 NCPC, la transaction revêtue de la formule exécutoire, *art. préc.*, p. 139 : « *l'absence de contradiction empêche le contrôle d'être complet* » et ne saurait empêcher ultérieurement une contestation de l'accord au fond. V. également *infra* n° 679, où nous rappelons que ce type de contrôle est à rapprocher de celui exercé par le tribunal de grande instance, statuant à juge unique, lorsqu'il est saisi d'une demande en exequatur d'une sentence arbitrale ; V. COJ, *art. L. 311-11*.

2153. B. FAUCHER, La conciliation, *th. préc.*, p. 388 ; Ch. JARROSSON, le nouvel art. 1441-4..., *art. préc.*, p. 139 ; J. HAUSER, Le juge homologateur en droit de la famille, *in* Le juridictionnel et le conventionnel dans le règlement des différends, *art. préc.*, p. 115.

2154. Y. MULLER, Le contrat judiciaire en droit privé, *th. préc.*, n° 136 et n° 149 ; B. FAUCHER, La conciliation, *th. préc.*, pp. 387, 392 et 404.

2155. V. *infra* n° 640. En effet, ce serait alors procéder à une sanction juridictionnelle de l'accord des parties, ce qui ne lui appartient pas dans le cadre d'une simple procédure de constatation judiciaire des accords de volonté.

2156. Sur l'existence d'un pouvoir d'appréciation du juge au regard de la décision même de constater ou de refuser de constater l'accord des parties, V. *infra* n° 639 et s. Egalement, V. I.

BALENSI, L'homologation judiciaire des actes juridiques, RTDCiv. 1978, p. 42 et suiv. et p. 233 et suiv., spéc. n° 29 qui envisage expressément le droit pour le juge de refuser de constater les conventions contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs ; B. FAUCHER, La conciliation, th. préc. p. 388 : « *Il est nécessaire de reconnaître au magistrat [...] le droit de refuser d'apposer la formule exécutoire sur le procès-verbal de conciliation lorsque la convention des parties n'est pas conforme à la légalité* » ; R. PERROT, L'homologation des transactions, Procédures, 1999, Chronique n° 10, p. 4, n° 5 ; Ch. JARROSSON, Le nouvel article 1441-4 NCPC..., art. préc., p. 140.

2157. Y. MULLER, Contrat judiciaire, art. préc., n° 71 ; V. également, R. PERROT, L'homologation des transactions, art. préc., p. 4, n° 5.

2158. V. *supra* n° 88 et s.

2159. Seul l'article 768 NCPC dispose que « le juge de la mise en état **peut constater...** ».

2160. A titre d'exemples : NCPC, art. 130 : « La teneur de l'accord **est constatée...** » ; art. 131-12 : « le juge **homologue** à la demande des parties l'accord qu'elles lui soumettent... » ; art. 863 : « Le juge rapporteur **constate** la conciliation ... » ; C. trav. art. R. 516-24 : « le conseiller rapporteur **constate** ... » ; art. R. 516-13 : « **Il est dressé procès-verbal** ».

2161. DP. 1927. 21, cité par Y. MULLER, Le contrat judiciaire en droit privé, th. préc., p. 160, n° 149.

2162. Y. DESDEVISES, Remarques sur la place de la conciliation..., art. préc., n° 37.

2163. Interprétation dont nous avons déjà fait état *supra* n° 88 et s.

2164. V. *infra* n° 687.

2165. Y. DESDEVISES, Remarques sur la place de la conciliation..., art. préc., n° 37 et suiv. ; Y. MULLER, La conciliation judiciaire en droit privé, th. préc., n° 147.

2166. NCPC, art. 130 ; C. trav., art. R. 516-13 et 14.

2167. Dans ce sens, Y. MULLER, La conciliation judiciaire en droit privé, th. préc., n° 145 ; E. SERVERIN, P. LASCOUMES et T. LAMBERT, Transactions et pratiques transactionnelles, *op. cit.*, p. 89 et suiv.

2168. E. SERVERIN, P. LASCOUMES et T. LAMBERT, Transactions et pratiques transactionnelles, *Economica*, 1987, spéc. p. 89.

2169. E. SERVERIN, P. LASCOUMES et T. LAMBERT, *op. et loc. cit.*

2170. E. SERVERIN, P. LASCOUMES et T. LAMBERT, *op. et loc. cit.*

2171. E. SERVERIN, P. LASCOUMES et T. LAMBERT, *op. et loc. cit.*

2172. V. nos développements sur cette notion, *infra* n° 659 et s.

2173. Nous excluons volontairement de nos propos le jugement d'expédient qui se distingue des actes précédents par sa nature juridictionnelle.

2174. Y. MULLER, Le contrat judiciaire en droit privé, th. préc., n° 147.

2175. Y. DESDEVISES, Remarques sur la place de la conciliation..., art. préc., n° 42.

2176. Y. MULLER, Le contrat judiciaire en droit privé, th. préc., n° 147.

- 2177.** G. COUCHEZ, Procédure civile, *op. cit.*, n° 397 ; G. COUCHEZ, J.-P. LANGLADE, D. LEBEAU, Procédure civile, *op. cit.*, n° 1187 et s.
- 2178.** G. CORNU, Vocabulaire juridique, Association H. CAPITANT, *op. cit.*, V° Jugement de donner acte.
- 2179.** L. CADIET, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 325.
- 2180.** En ce sens, Y. MULLER, Contrat judiciaire, art. préc., n° 20 ; L. CADIET, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 325.
- 2181.** Y. MULLER, Contrat judiciaire, art. préc., n° 21 et suiv.
- 2182.** Y. MULLER, Contrat judiciaire, art. préc., n° 21 et suiv.
- 2183.** Y. MULLER, Contrat judiciaire, art. préc., n° 21 et suiv.
- 2184.** Y. MULLER, Contrat judiciaire, art. préc., n° 22.
- 2185.** Y. MULLER, Contrat judiciaire, art. préc., n° 22.
- 2186.** Y. MULLER, Contrat judiciaire, art. préc., n° 22.
- 2187.** D. 1960. 647, cité par Y. MULLER, Contrat judiciaire, art. préc., n° 23.
- 2188.** Y. MULLER, Contrat judiciaire, art. préc., n° 23.
- 2189.** G. COUCHEZ, Procédure civile, *op. cit.*, n° 386 ; G. COUCHEZ, J.-P. LANGLADE, D. LEBEAU, Procédure civile, *op. cit.*, n° 1072 et s.
- 2190.** NCPC, art. 384.
- 2191.** V. *infra* n° 659 et s.
- 2192.** Par exemple, L. CADIET, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 325 ; du même auteur, Solution judiciaire et règlement amiable des conflits : de la contradiction à la conciliation, art. préc., Mélanges Cl. CHAMPAUD, p. 133, n° 16 ; M. OLIVIER, La conciliation et la médiation judiciaires en matière civile..., Gaz. Pal. 1996. 1265 ; J.-P. VIENNOIS, L'amiable, RGDP 1999, n° 4, p. 471 et suiv., spéc. p. 496, n° 30 ; G. COUCHEZ, Procédure civile, *op. cit.*, n° 288 bis ; G. COUCHEZ, J.-P. LANGLADE, D. LEBEAU, Procédure civile, *op. cit.*, n° 287.
- 2193.** Dans ce sens, V. notamment, S. GUINCHARD, L'ambition d'une justice civile renouvelée, D. 1999. 63 et suiv., spéc. n° 18 ; Ch. JARROSSON, Les dispositions sur la conciliation et la médiation judiciaires de la loi du 8 février 1995, Rev. Arb. 1995. 219 et suiv., spéc. p. 229, n° 20.
- 2194.** Et éventuellement sur sa nature transactionnelle si l'on se trouve dans le cadre de la procédure de l'article 1441-4 NCPC.
- 2195.** Nous reviendrons ultérieurement sur les effets de la constatation judiciaire sur l'accord des parties, V. *infra* n° 627 et s.
- 2196.** Nous développons cette exclusion plus en détails, *infra* n° 682.
- 2197.** L. CADIET, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 306 et suiv. ; J. VINCENT et S. GUINCHARD, Procédure civile, *op. cit.*, n° 151 et suiv. ; G. COUCHEZ, Procédure civile, *op. cit.*, n° 211 et suiv. ; M. BANDRAC, De l'acte juridictionnel et de ceux des actes du juge qui ne le sont pas, in Le juge entre deux millénaires, Mélanges en l'honneur de Pierre DRAI, Dalloz 2000, p. 171 et suiv.

2198. J. VINCENT et S. GUINCHARD, Procédure civile, *op. cit.*, n° 197.
2199. J. VINCENT et S. GUINCHARD, Procédure civile, *op. cit.*, n° 200 ; L. CADIET, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 323 et suiv.
2200. G. COUCHEZ, Procédure civile, *op. cit.*, n° 217 ; G. COUCHEZ, J.-P. LANGLADE, D. LEBEAU, Procédure civile, *op. cit.*, n° 1152 et s.
2201. L. CADIET, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 321.
2202. J. VINCENT et S. GUINCHARD, Procédure civile, *op. cit.*, n° 197.
2203. Y. MULLER, Le contrat judiciaire en droit privé, th. préc., n° 353.
2204. Y. MULLER, Le contrat judiciaire en droit privé, th. préc., n° 353.
2205. Cours de droit processuel, Montchrestien, 1973, p. 18.
2206. Ch. JARROSSON, Réflexions sur *l'imperium*, Etudes offertes à BELLET, 1991, LITEC, p. 239 et suiv., spéc. n° 49.
2207. Ch. JARROSSON, Réflexions sur *l'imperium*, art. préc., n° 49 : « Par nature, [l'*imperium mixtum*] ressortit plutôt à *l'imperium merum*, mais par sa fonction il est rattaché à la *jurisdictio* ».
2208. Ch. JARROSSON, Réflexions sur *l'imperium*, art. préc., n° 73.
2209. NCPC, art. 368.
2210. NCPC, art. 383.
2211. Dans ce sens, J. VINCENT et S. GUINCHARD, Procédure civile, *op. cit.*, n° 197 et s., spéc. n° 200 ; L. CADIET, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 320 et s., spéc. n° 323 ; B. FAUCHER, th. préc., p. 398, note 1.
2212. L. CADIET, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 323 et suiv. ; J. VINCENT et S. GUINCHARD, Procédure civile, *op. cit.*, n° 200.
2213. On pense en particulier aux décisions de dessaisissement du juge par lesquelles ce dernier constate également l'accord des parties mettant fin à l'instance : NCPC, art. 384, al. 3.
2214. Y. MULLER, Le contrat judiciaire en droit privé, th. préc., n° 354 et suiv.
2215. H. MOTULSKY, Cours de droit processuel, *op. cit.*, p. 18.
2216. Y. MULLER, Le contrat judiciaire, th. préc., n° 355.
2217. L. CADIET, Droit judiciaire privé, *op. et loc. cit.* ; J. VINCENT et S. GUINCHARD, Procédure civile, *op. et loc. cit.*
2218. J.-L. BERGEL, La juridiction gracieuse en droit français, D. 1983. 154 et s., spéc. p. 155.
2219. J. HERON, Réflexions sur le décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 modifiant le Code de l'organisation judiciaire et le nouveau code de procédure civile, RGDP. 1999, n° 1, p. 65 et s., spéc. p. 74.
2220. J. VINCENT et S. GUINCHARD, Procédure civile, *op. cit.*, n° 200, a). Sur les actes réceptifs du juge, V. aussi Y. MULLER, Le contrat judiciaire en droit privé, th. préc., n° 58 et suiv.
2221. J. VINCENT et S. GUINCHARD, Procédure civile, *op. cit.*, n° 200, b).
2222. L. CADIET, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 324.

2223. L. CADIET, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 324.
2224. J. VINCENT et S. GUINCHARD, Procédure civile, *op. cit.*, n° 200, a).
2225. J. VINCENT et S. GUINCHARD, Procédure civile, *op. cit.*, n° 200, a).
2226. Ch. JARROSSON, Les dispositions sur la conciliation et la médiation judiciaires de la loi du 8 février 1995, *Rev. arb.* 1995. 219 et s., spéc. n° 20 : cet auteur assimile les jugements d'homologation aux jugements de donné acte ; dans le même sens, Y. MULLER, Le contrat judiciaire en droit privé, *th. préc.*, n° 147 et s.
2227. B. FAUCHER, dans sa thèse, assimile les procès-verbaux de conciliation aux jugements de donné acte : V. p. 363 et suiv. ; V. également Y. MULLER, Le contrat judiciaire en droit privé, *th. préc.*, n° 147 et suiv. ; CUCHE et VINCENT, Précis de procédure civile et commerciale, 12^e éd., 1960, Dalloz, n° 75 ; H. SOLUS et R. PERROT, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 1184.
2228. Pour notre justification de l'inclusion de ces jugements particuliers au sein de la catégorie des actes judiciaires non juridictionnels, V. *infra* n° 681 et s. et spéc. n° 684 et s.
2229. H. SOLUS et R. PERROT, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 1184.
2230. NCPC, art. 384, al. 3.
2231. « L'extinction de l'instance est constatée par une décision de dessaisissement ».
2232. L'imprécision du mot « accord » autorise d'y assimiler aussi bien les accords de conciliation que ceux de médiation ou encore les transactions.
2233. « Il appartient au juge de donner force exécutoire à l'acte constatant l'accord des parties, que celui-ci intervienne devant lui ou ait été conclu hors sa présence ». L'emploi du présent de l'indicatif est interprété comme donnant obligation au juge de se dessaisir chaque fois que l'instance s'éteint par un tel accord. En ce sens, L. CADIET, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 930 ; Y. MULLER, Le contrat judiciaire en droit privé, *th. préc.*, n° 149 : « il est certain que le juge doit se dessaisir dans les limites de l'accord des parties dès lors qu'il en a connaissance » ; Cass. civ., 8 juillet 1925, D.P. 1927.1.21
2234. Cass. civ. 2^e, 21 juillet 1986, Bull. civ. II, n° 117 et JCP. G. 1987. IV. 300 ; H. SOLUS et R. PERROT, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 1151.
2235. Dans ce sens, Y. MULLER, Le contrat judiciaire en droit privé, *th. préc.*, n° 135 et suiv. et n° 147 et suiv.
2236. Y. MULLER, Le contrat judiciaire en droit privé, *th. préc.*, n° 136, 146 et 149.
2237. C'est se poser la question de l'existence d'un régime commun à tous les actes judiciaires non juridictionnels, ce que nous envisagerons ultérieurement.
2238. Pour une interprétation des actes gracieux en tant qu'actes de nature juridictionnelle mais non dotés de l'autorité de la chose jugée, V. L. AMIEL-COSME, La fonction d'homologation judiciaire, *Justices*, 1997, n° 5, janv./mars, p. 135 et s.
2239. Pour les contrats judiciaires : Y. MULLER, Le contrat judiciaire en droit privé, *th. préc.*, n° 79 ; pour les décisions de dessaisissement : H. SOLUS et R. PERROT, Droit judiciaire

privé, *op. cit.*, n° 1151.

2240. Y. MULLER, Le contrat judiciaire en droit privé, *th. préc.*, n° 79.

2241. Y. MULLER, Le contrat judiciaire en droit privé, *th. préc.*, p. 160, n° 149.

2242. Y. MULLER, Le contrat judiciaire en droit privé, *th. préc.*, p. 160, n° 149.

2243. Comme nous y invite un auteur : Ch. JARROSSON, *in* Le nouvel article 1441-4 NCPC... *art. préc.*, p. 141.

2244. Sur les effets du constat d'accord de conciliation établi par le juge : H. SOLUS et R. PERROT, *op. cit.*, n° 1187.

2245. Ch. JARROSSON, Le nouvel article 1441-4 NCPC..., *art. préc.*, p. 139.

2246. S'il participe activement à la conciliation des parties.

2247. En ce sens, F. KERNALEGUEN, La solution conventionnelle des litiges civils, *in* Le droit contemporain des contrats, dir. L. CADIET, préf. G. CORNU, Economica, p. 65 et s., spéc. p. 82 et suiv. ; Y. MULLER, Le contrat judiciaire en droit privé, *th. préc.*, p. 156, n° 144 ; Y. DESDEVISES, Remarques sur la place de la conciliation..., *art. préc.*, p. 247 ; Ch. JARROSSON, Le nouvel article 1441-4 NCPC..., *art. préc.*, p. 138.

2248. F. KERNALEGUEN, La solution conventionnelle des litiges civils, *art. préc.*, p. 83.

2249. Trib. com. Châlons-sur-Marne, 1^{er} juin 1978, *Gaz. Pal.* 1978. 555 note DECHEIX ; RTDCiv. 1979. 198, obs. PERROT : « *S'il est constant que le juge rapporteur peut, en vertu de l'article 863 du NCPC constater la conciliation des parties et si, en vertu de l'article 130 du même code, cet accord doit être constaté dans un procès-verbal signé du juge et des parties, ceci n'a pour effet que de permettre la délivrance d'un titre exécutoire et nullement de remettre en question l'accord fût-il verbal, constaté par le juge ; dans ces conditions, le défaut de signature des parties ne saurait en aucun cas anéantir la constatation faite par le juge et l'accord pris devant lui* ».

2250. Contrairement au jugement d'homologation en matière gracieuse où la loi impose l'intervention du juge pour que l'acte soit pleinement effectif. Sur cette distinction, V. notamment Ch. FARDET, La notion d'homologation, *Revue Droits*, n° 28, 1999, PUF, p. 181 et suiv.

2251. Y. MULLER, Le contrat judiciaire en droit privé, *th. préc.*, p. 145, n° 134.

2252. Sur les effets de la constatation judiciaire d'une transaction, V. Cass. req., 20 avril 1857, *DP.* 1957. 1. 396 ; Cass. civ. 1^e, 30 juin 1993, RTDCiv. 1994. 634, obs. P.-Y. GAUTIER ; Ch. JARROSSON, Le nouvel article 1441-4 NCPC..., *art. préc.*, p. 138 ; Sur les effets de la constatation judiciaire d'un accord de conciliation ou de médiation : E. SERVERIN, P. LASCOUMES, T. LAMBERT, transactions et pratiques transactionnelles, *op. cit.*, p. 90 : « *L'intervention du juge dans cette opération ne lui enlève nullement son caractère contractuel ... ; la seule présence du juge ne suffit pas à transformer l'accord en jugement, même si cet acte est inséré dans un jugement dit de donné acte* » ; F. KERNALEGUEN, La solution conventionnelle des litiges civils, *art. préc.*, p. 83 : « *Aussi, alors que l'intervention facultative du juge ne modifie pas la*

nature contractuelle de l'opération, l'intervention obligatoire et nécessaire qui postule un contrôle et la possibilité d'un refus d'homologation révèle la nature juridictionnelle de l'opération ».

2253. Gaz. Pal. 1981. 254, note ANGELI.

2254. Notre intention n'est pas ici de reprendre le débat complexe et encore controversé de la distinction entre contrat judiciaire et jugement convenu. Aussi, nous nous en tiendrons à la version adoptée par le plus grand nombre, que nous reprendrons de manière extrêmement synthétique.

2255. Y. MULLER, *Le contrat judiciaire en droit privé*, th. préc., n° 135 et 145 ; L. CADIET, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, n° 325 ; H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, n° 1182-II, qui adoptent une acception étroite de l'expression *contrat judiciaire* en la limitant « aux seuls accords qui ont pour objet spécifique de régler totalement ou partiellement une contestation pendante devant le juge ».

2256. Note s./ Req., 2 juin 1908, S. 1909. 1. 305 et suiv.

2257. V. Y. MULLER, *Le contrat judiciaire en droit privé*, th. préc., n° 88 et les très nombreuses références citées.

2258. CUCHE et VINCENT, *Procédure civile et commerciale*, n° 75 : « Lorsque le juge, après avoir constaté l'accord des parties, prononce un jugement comprenant des motifs et un dispositif, le contrôle qu'il exerce, la constatation à laquelle il procède, confèrent à l'acte le caractère juridictionnel : le juge s'approprie les éléments conventionnels préparés par les parties. » ; Y. DESDEVISES, *Remarques sur la place de la conciliation...*, art. préc., n° 43 et suiv. ; G. COUCHEZ, *Procédure civile*, *op. cit.*, n° 397 ; G. COUCHEZ, J.-P. LANGLADE, D. LEBEAU, *Procédure civile*, *op. cit.*, n° 1190 et s.

2259. Y. MULLER, *Le contrat judiciaire en droit privé*, th. préc. ; du même auteur, au Répertoire procédure civile Dalloz, V° Contrat judiciaire.

2260. Cass. civ., 3 nov. 1947, D. 1948. 3, cité par Y. MULLER, *Contrat judiciaire*, art. préc., n° 3.

2261. Y. MULLER, *Contrat judiciaire*, art. préc., n° 3.

2262. Y. MULLER, *Contrat judiciaire*, art. préc., n° 62.

2263. Y. MULLER, *Contrat judiciaire*, art. préc., n° 64.

2264. Y. MULLER, *Contrat judiciaire*, art. préc., n° 64 et suiv.

2265. Tandis que l'homologation judiciaire est censée purger les vices de l'acte qui en fait l'objet : V. J. HAUSER, *Le juge homologateur en droit de la famille*, art. préc., p. 117, qui évoque l'idée d'une homologation « purificatrice » ; V. cependant I. BALENSI, *L'homologation judiciaire des actes juridiques*, art. préc., n° 42 et suiv. qui relativise cette affirmation en précisant que seuls les points ayant fait l'objet d'une vérification juridictionnelle peuvent être considérés comme purgés de leurs vices éventuels.

2266. Ch. JARROSSON, *Le nouvel article 1441-4...*, art. préc., p. 139.

2267. Y. MULLER, *Contrat judiciaire*, art. préc., n° 73 et suiv.

2268. CA Bordeaux, 3 février 1914, RTDCiv. 1914. 417, obs. J. HEMARD, cité par Y. MULLER, Rép. proc. civ., V° Contrat judiciaire, art. préc., n° 73.

2269. CA Montpellier, 6 déc. 1929, DH. 1930. 140 : il est « *de principe que [...] l'ordonnance ou le procès-verbal qui constate une convention ou un accord des parties sur un objet déterminé est un acte judiciaire ayant la force probante d'un acte authentique* » cité par Y. MULLER, Rép. proc. civ., V° Contrat judiciaire, art. préc., n° 79.

2270. Cet effet est expressément prévu par la majorité des textes qui organisent des procédures de constatation judiciaire des accords des parties mettant fin à tout ou partie de leur litige : par exemple, NCPC, art. 131, 384 al. 3 et 1441-4 ainsi que L. n° 95-125 du 8 février 1995, art. 25 ; Y. MULLER, Rép. proc. civ., V° Contrat judiciaire, art. préc., n° 80.

2271. Bull. civ. II, n° 161.

2272. J. VINCENT et S. GUINCHARD, Procédure civile, *op. cit.*, n° 164.

2273. J. VINCENT et S. GUINCHARD, Procédure civile, *op. et loc. cit.*

2274. Dans ce sens, CA Paris, 23 janvier 1991, D. 1991. IR. 67 : « *Le procès-verbal de conciliation qui concrétise un accord ne constitue pas une décision juridictionnelle et n'a pas à être signifié* ».

2275. Dans ce sens, Y. MULLER, Le contrat judiciaire en droit privé, th. préc., n° 147 : « *il faut noter que si l'article 384 alinéa 1 du NCPC vise seulement la transaction comme mode d'extinction conventionnelle de l'instance, il se réfère de manière générale, dans son alinéa 3, à l'accord des parties* ».

2276. H. SOLUS et H. PERROT, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 1153 ; L. CADIET, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 924 ; Y. MULLER, Le contrat judiciaire en droit privé, th. préc., n° 153.

2277. H. SOLUS et H. PERROT, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 1153 ; Y. MULLER, Le contrat judiciaire en droit privé, th. préc., n° 128.

2278. Y. MULLER, Le contrat judiciaire en droit privé, th. préc., n° 128 ; H. SOLUS et H. PERROT, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 1186 : « *L'accord des parties a pour effet de supprimer toute contestation relativement aux questions litigieuses sur lesquelles elles se sont conciliées et, par voie de conséquence, d'éteindre l'instance, totalement ou partiellement, faute d'objet. En outre, l'accord intervenu implique renonciation à toute nouvelle demande identique à celle qui a fait l'objet de la convention, laquelle peut être invoquée à titre de preuve dans une instance ultérieure* ».

2279. Y. MULLER, Le contrat judiciaire en droit privé, th. préc., n° 149.

2280. *Contra*, H. SOLUS et R. PERROT, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 1186 : qui semblent attribuer le double effet extinctif de la conciliation à la seule convention des parties et non pas à sa constatation par le juge.

2281. G. CORNU, Vocabulaire juridique, *op. cit.*, V° Transaction : « *Contrat par lequel les parties à un litige (déjà porté devant un tribunal ou seulement né entre elles) y mettent fin à l'amiable en se faisant des concessions réciproques* » ; L. BOYER, La notion de transaction. Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif, Thèse Paris, Sirey, 1947, préf. J. MAURY ; du même auteur, Rép. civ., Dalloz, V° Transaction ; F. BOULAN, La transaction en droit privé

positif, Thèse Aix, 1971 ; Ch. JARROSSON, La notion d'arbitrage, th. préc., spéc. p. 184 et s., n° 369 et suiv. ; Les concessions réciproques dans la transaction, D. 1997, chr. 267 et s. ; La transaction comme modèle, in le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement amiable des différends, *op. cit.*, p. 58 et suiv. ; X. LAGARDE, Transaction et ordre public, D. 2000. 217 et s. ; D. VEAUX, J.-Cl. civil, art. 2044 à 2058 ; Ch. BOILLOT, La transaction et le juge, th. Paris I, 2001.

2282. L. CADIET, Droit judiciaire privé, *op. cit.* p. 408, n° 941 ; Ch. JARROSSON, les concessions réciproques dans la transaction, D. 1997, chr. 267 et s., spéc. p. 270, n° 26 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, Droit civil, t. VIII, Les contrats spéciaux, par P.-Y. GAUTIER, 14^e éd., 2001-2002, Cujas, n° 1100 et s.

2283. C.civ., art. 2044 al. 1^{er}.

2284. L. BOYER, Rép. civ., V° Transaction, p. 2, n° 1 ; Y. MULLER, Le contrat judiciaire en droit privé, thèse préc., p. 140, n° 130 ; G. CORNU et J. FOYER, Procédure civile, *op. cit.*, p. 47, n° 8 ; L. CADIET, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 941 ; Ch. JARROSSON, les concessions réciproques dans la transaction, art. préc., p. 268, n° 7 et s.

2285. V. Cependant Ch. JARROSSON, La notion d'arbitrage, th. préc., p. 199, n° 399, qui déduit de l'article 2048 du Code civil que l'exigence de concessions est visée par les textes, mais qu'en revanche c'est leur caractère réciproque qui ne l'est pas.

2286. Leur importance respective importe peu ; elles n'ont pas à être équivalentes mais simplement réciproques. Ainsi, jugé qu'une concession dérisoire n'était pas assimilable à une concession : Cass. civ. 1^e, 4 mai 1976, Bull. civ. I, n° 157 ; Cass. soc., 18 mai 1999, Bull. civ. V, n° 223 ; Sur le pouvoir des juges de restituer aux faits litigieux leur véritable qualification en vue d'apprécier le caractère réel ou non des concessions réciproques contenues dans la transaction : Cass. soc., 6 avril 1999, Bull. civ. V, n° 162 ; Cass. soc., 13 oct. 1999, Bull. civ. V, n° 381.

2287. L. BOYER, Transaction, art. préc., p. 2, n° 2 ; L. CADIET, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 941 ; Ch. JARROSSON, les concessions réciproques dans la transaction, art. préc., p. 268, n° 7 et s. ; V. cependant, Ch. JARROSSON, La transaction comme modèle, in Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends, *op. cit.*, p. 65 et suiv. qui fait état d'un « mouvement » qui tend à étendre « l'appellation de transaction hors de ses limites naturelles » et à « désigner par le terme de transaction tout accord sans même exiger ou vérifier l'existence de concessions réciproques et parfois même sans présupposer l'existence d'un litige » ; V. encore X. LAGARDE, Transaction et ordre public, art. préc., n° 2 : « la transaction est menacée à terme d'obsolescence, [...] la réciprocité des concessions est une notion dépassée, [...] seul importe le caractère concerté des renoncements ».

2288. Ch. JARROSSON, les concessions réciproques dans la transaction, art. préc., p. 269, n° 18 ; Cass. soc., 18 fév. 1998, Bull. V, n° 95, p. 68 ; Cass. soc. 19 fév. 1997, Bull. V, n° 74 et RTDciv. 1997. 967, obs. P.-Y. GAUTIER : nullité de la transaction pour « absence de concessions

appréciables » ; Cass. soc. 13 mai 1992, D. 1992, IR. 171 et RTDciv. 1992. 783, obs. P.-Y. GAUTIER : nullité de la transaction pour « *inégalité des concessions réciproques* » ; Cass. Soc. 21 mai 1997, Bull. civ. V, n° 185 et JCP. G. 1997. II. 22926, note Taquet. On soulignera cependant que la sanction de la transaction par la nullité en cas d'absence – ou, ce qui est beaucoup plus critiquable, d'inégalité – des concessions réciproques n'est pas une règle générale. Cette sanction est exclusivement prononcée par la chambre sociale de la Cour de cassation, probablement en raison de la spécificité du contentieux qui lui est soumis et de la volonté de protéger le salarié en position de faiblesse. Mais d'autres sanctions, telles que la requalification du contrat, pourraient être envisagées : V. sur ce point les propositions de Ch. JARROSSON, Les concessions réciproques dans la transaction, art. préc., D. 1997. 268 et suiv.

2289. C. civ., art. 1108.

2290. Ph. MALAURIE et L. AYNES, Les contrats spéciaux, par P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 1116 et s.

2291. Ph. MALAURIE et L. AYNES, Les contrats spéciaux, par P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 1119 et s.

2292. C. civ., art. 2044 al. 2.

2293. C. civ., art. 1108 et 2045 ; L. BOYER, Transaction, art. préc., p. 9, n° 83 et s. ; G. CORNU et J. FOYER, Procédure civile, *op. cit.*, p. 47, n° 8 ; L. CADIET, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 949 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, Les contrats spéciaux, par P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 1112. Pour des exemples en matière d'état des personnes : Paris, 20 janvier 1988, D. 1988, IR. 72 ; en matière de droit aux aliments : Cass. 2^e civ., 21 mars 1988, Bull. II, n° 74 : transaction portant sur une prestation compensatoire qui serait due après le divorce ; V. cependant l'article de X. LAGARDE, Transaction et ordre public, D. 2000. 217 et suiv.

2294. Y. MULLER, Le contrat judiciaire en droit privé, *th. préc.*, p. 142, n° 132 ; D. VEAUX, J.Cl. civil, V° Transaction, fasc. n° 60, n° 1.

2295. C. civ., art. 2052 ; D. VEAUX, J.-Cl. Civil, V° Transaction, fasc. 60, n° 1 : « *Les effets de la transaction [...] s'apparentent aussi à ceux d'un jugement, parce que la transaction met fin à une contestation ou à un risque de contestation. C'est pourquoi l'article 2052 du code civil dispose que les transactions ont entre les parties l'autorité de la chose jugée en dernier ressort* ».

2296. F. KERNALEGUEN, La solution conventionnelle des litiges civils, art. préc., p. 81.

2297. S. GUINCHARD et J. VINCENT, Procédure civile, *op. cit.*, n° 172 : à propos de l'autorité de la chose jugée attachée aux jugements, ces auteurs parlent d'une *présomption de vérité légale* ; Ch. JARROSSON, Le nouvel article 1441-4 NCPC..., art. préc., p. 138. Pour une interprétation erronée des dispositions de l'article 2052 C. civ., nous renvoyons à la lecture de la circulaire du 6 février 1995 (préc.) relative aux transactions en matière administrative et, plus particulièrement, à son article 1.4 qui dispose que si, conformément aux dispositions du droit commun, « *les transactions ont entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort [...] en droit public, en revanche, la transaction n'a pas l'autorité de la chose jugée*

à moins qu'elle n'ait fait l'objet d'un jugement d'homologation » pour la bonne raison qu'en matière administrative, les jugements d'homologation sont considérés comme procédant à une « sanction juridictionnelle » de l'accord des parties et ce faisant, comme lui conférant une nature juridictionnelle. En ce sens, G. KEROMNES, Les modes alternatifs de règlement amiable des litiges en matière administrative, Gaz. Pal. 1997, doct. 346 ; pour une critique de ce texte, V. Ch. JARROSSON, Remarques sur la circulaire du 6 février 1995 relative au développement de la transaction administrative, Rev. arb. 1995. 435, spéc. p. 439 qui considère qu'une telle interprétation revient non seulement à méconnaître les effets de la procédure d'homologation mais encore à méconnaître les règles propres à la transaction.

2298. F. KERNALEGUEN, La solution conventionnelle des litiges civils, art. préc., p. 81.

2299. L. BOYER, Transaction, art. préc., n° 185 et suiv. ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, Les contrats spéciaux, par P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 1101 et 1109 ; Y. MULLER, Le contrat judiciaire en droit privé, th. préc., n° 132 ; V. par exemple : Cass. civ. 1^e, 16 avril 1985, JCP. G. 1985. II. 20504, concl. GULPHE à propos d'accords transactionnels conclus entre deux médecins sous l'égide d'un conciliateur nommé par ordonnance du juge des référés ; Toulouse, 5 août 1999, JCP. G. 2000. IV. 1759.

2300. L. BOYER, Transaction, th. préc., p. 468.

2301. Y. MULLER, Le contrat judiciaire en droit privé, th. préc., p. 142, n° 132 ; L. BOYER, Transaction, art. préc., p. 2, n° 4 ; G. CORNU et J. FOYER, Procédure civile, *op. cit.*, p. 47 ; L. CADIET, droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 945.

2302. Ou bien encore si une partie refuse, malgré la transaction intervenue en cours d'instance, de se désister et ce faisant persiste à vouloir obtenir une solution juridictionnelle.

2303. Triple identité requise par l'article 1351 du Code civil.

2304. L. CADIET, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 945 ; Y. MULLER, Le contrat judiciaire en droit privé, th. préc., n° 132.

2305. Une autre conséquence de l'équivalence entre transaction et jugement est l'effet déclaratif de la transaction ; mais la doctrine n'est pas unanime sur ce point. V. L. CADIET, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 945.

2306. NCPC, art. 1441-4.

2307. Autrement dit, même si elle fait l'objet d'un constat ou d'une homologation par le juge.

2308. F. KERNALEGUEN, La solution conventionnelle des litiges civils, *op. et loc. cit.* ; Y. MULLER, Le contrat judiciaire en droit privé, th. préc., p. 145 et s., n° 135.

2309. L. CADIET, droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 944 ; L. BOYER, Transaction, art. préc., p. 6, n° 44 et p. 25 n° 270 et suiv. ; G. CORNU et J. FOYER, Procédure civile, *op. cit.*, p. 47 ; C. civ., art. 2053.

2310. Ch. JARROSSON, Les concessions réciproques..., art. préc., p. 270, n° 24.

2311. Ch. JARROSSON, Les concessions réciproques..., art. préc., p. 270, n° 26.

2312. L. CADIET, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 924.
2313. Ch. JARROSSON, La notion d'arbitrage, th. préc., p. 185, n° 370.
2314. X. LAGARDE, Transaction et ordre public, art. préc., n° 10.
2315. Ch. JARROSSON, La transaction comme modèle, *op. cit.*, p. 69.
2316. Y. DESDEVISES, Remarques sur la place de la conciliation dans les textes récents..., art. préc., p. 246, n° 34 ; Ch. JARROSSON, La notion d'arbitrage, th. préc., p. 185 et s. , n° 370 et s. ; Les concessions réciproques..., art. préc., p. 270, n° 28 ; Y. MULLER, Le contrat judiciaire en droit privé, th. préc., p. 151, n° 139.
2317. D. 1952, p. 721, note SAVATIER ; V. ég. Cass. soc., 25 oct. 1990, Bull. V, n° 515 et JCP. G. 1990. IV. 128 ; Cass. soc. 3 avril 1990, Bull. V, n° 153 et les arrêts cités ; Y. MULLER, Le contrat judiciaire en droit privé, th. préc., p. 152, n° 140.
2318. Sauf à considérer que toute conciliation, issue de pourparlers judiciaires, parce qu'elle suppose nécessairement, de la part des deux parties, une renonciation à poursuivre l'instance en cours relativement à l'objet litigieux, comporte de ce fait systématiquement des concessions réciproques. Sur ce point, V. L. BOYER, Transaction, art. préc., p. 4, n° 25. Pour notre part, nous considérons que les concessions doivent porter sur les droits litigieux proprement dits, droits substantiels objets du litige, pour pouvoir conférer au contrat une nature transactionnelle
2319. Ch. JARROSSON, Les concessions réciproques..., art. préc., p. 270, n° 26.
2320. C. JARROSSON, Les concessions réciproques..., art. préc., p. 270, n° 28 ; La notion de transaction, th. préc., p. 186, n° 372 ; La transaction comme modèle, art. préc., p. 69 ; Y. MULLER, Le contrat judiciaire en droit privé, th. préc., p. 152, n° 140.
2321. En ce sens, Ch. JARROSSON, La transaction comme modèle, art. préc., p. 69.
2322. Ch. JARROSSON, La transaction comme modèle, *op. et loc. cit.*
2323. Ch. JARROSSON, La transaction comme modèle, art. préc., p. 68.
2324. Y. MULLER, Le contrat judiciaire en droit privé, th. préc., n° 384.
2325. Y. MULLER, Le contrat judiciaire en droit privé, th. préc., n° 384.
2326. Y. MULLER, Le contrat judiciaire en droit privé, th. préc., n° 384. Cependant, on précisera que cet auteur réserve cette catégorie de contrats judiciaires - dits consensuels - aux seuls accords ayant pour objet **d'aménager** le droit d'action des parties, notamment en élargissant ou bien au contraire en restreignant les pouvoirs du juge. S'agissant en revanche des contrats judiciaires ayant pour objet **d'éteindre** le droit d'action des parties, l'auteur, qui les qualifie de solennels, considère qu'à leur égard, la constatation judiciaire constitue une condition de validité, autrement dit qu'à défaut d'avoir été constatés par le juge, ces accords sont dépourvus de force obligatoire à l'égard des parties : Y. MULLER, th. préc., n° 380 : « Dans l'hypothèse, de loin la plus fréquente, où le contrat judiciaire emporte renonciation à l'action, sa constatation par le juge est une condition de validité même de l'acte. On est dans ce cas en présence d'un contrat judiciaire solennel ». Nous ne partageons pas cette analyse et considérons bien au contraire que tout accord de conciliation est valable en lui-même et emporte des

obligations à l'égard des parties contractantes indépendamment de toute constatation par le juge, cette dernière n'ayant qu'un effet sur l'efficacité de l'accord et non pas sur sa validité.

2327. Y. MULLER, *Le contrat judiciaire en droit privé*, th. préc., n° 381.

2328. R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. II, Paris, 1923, p. 366, n° 653, cité par Y. MULLER, *op. et loc. cit.*

2329. Laquelle repose sur l'existence de concessions réciproques.

2330. V. *supra* n° 623 et 626 ; Y. MULLER, *Le contrat judiciaire en droit privé*, th. préc., n° 402.

2331. S. GUINCHARD et J. VINCENT, *Procédure civile*, *op. cit.*, n° 164 et 200 ; G. COUCHEZ, J.-P. LANGLADE, D. LEBEAU, *Procédure civile*, *op. cit.*, n° 1187.

2332. Req., 4 juin 1931, D.H. 1931. 396 : rescision pour cause d'erreur d'un procès-verbal de conciliation rendu en matière d'accident du travail et portant engagement du chef d'entreprise de payer une rente viagère à une victime dès lors qu'il est apparu que l'incapacité de la victime ne résultait pas de l'accident du travail mais d'une affection osseuse ; Cass. civ. 2^e, 20 octobre 1982, Révocation d'un contrat judiciaire pour erreur de droit.

2333. D. 1991. IR. 196, Bull. civ. III, n° 208 ; Y. MULLER, *Le contrat judiciaire en droit privé*, th. préc., n° 402.

2334. Ainsi, pour des exemples de décisions proclamant l'irrecevabilité de l'appel : CA Colmar, 13 octobre 1950, D. 1951. 145 et RTDCiv. 1951. 292, obs. RAYNAUD ; Civ., 5 avril 1957, Bull. civ. II, n° 296 ; Civ., 28 novembre 1973, D. 1974. IR. 41 et RTDCiv. 1974. 667, obs. R. PERROT ; Cass. civ. 2^e, 14 avril 1988, Bull. civ. II, n° 79 et D. 1988. IR. 117 ; Cass. civ. 2^e, 20 mai 1985, bull. civ. II, n° 99 ; pour des exemples d'irrecevabilité du pourvoi en cassation : Cass. civ. 2^e, 9 juin 1982, Bull. civ. II, n° 87 ; Cass. civ. 2^e, 19 novembre 1986, *ibid.* II, n° 167 ; irrecevabilité de la tierce opposition : Cass. civ. 2^e, 10 mai 1984, *ibid.* II, n° 80 ; irrecevabilité du recours en révision : Cass. civ. 20 mai 1985, préc.

2335. Sauf si l'on considère la question des jugements mixtes : ceux par lesquels le juge tout à la fois constate un accord portant règlement d'une partie des chefs de la demande et tranche les points litigieux restants. La difficulté, soulevée par Y. MULLER dans sa thèse (n° 405 et s.) est donc de savoir s'il convient de procéder à une « ventilation » entre les chefs du dispositif -la partie du jugement par laquelle le juge tranche certains points litigieux étant seule susceptible de voies de recours (en ce sens, l'auteur cite une décision de la cour d'appel de Rouen du 10 mars 1910, D. 1911. 2. 140) - ou bien au contraire si l'on doit considérer que le jugement est indivisible et de ce fait intégralement soumis au régime des voies de recours admises contre les jugements (en ce sens, l'auteur cite l'arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation du 10 mars 1952, D. 1952. 417). L'auteur penche pour

la première proposition : application à chacun des chefs de la décision d'un régime correspondant à sa nature.

2336. Certains auteurs considèrent néanmoins que l'homologation judiciaire relève de la matière gracieuse, *stricto sensu*, ce qui revient à voir dans l'accord homologué un acte de nature juridictionnelle qui ne peut être contesté que par l'exercice des voies de recours ouvertes contre les jugements. En ce sens, V. L. CADIET, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 325 ; Solution judiciaire et règlement amiable des litiges..., art. préc., n° 16 ; J.-P. VIENNOIS, L'amiable, art. préc., n° 30.

2337. Néanmoins, B. FAUCHER, La conciliation, th. préc., p. 383 et suiv. ; Ch. JARROSSON, Le nouvel article 1441-4 NCPC..., art. préc., p. 140 ; G. COUCHEZ, J.-P. LANGLADE, D. LEBEAU, Procédure civile, *op. cit.*, n° 1187.

2338. B. FAUCHER, La conciliation, th. préc., p. 388.

2339. B. FAUCHER, *op. et loc. cit.*

2340. Dans le même sens, B. FAUCHER, *op. et loc. cit.* ; I. BALENSI, L'homologation judiciaire des actes juridiques, art. préc., n° 29 ; Ch. JARROSSON, Le nouvel article 1441-4 NCPC..., art. préc., p. 140 ; A. PERDRIAU, note s./ Cass. com. 25 mars 1997, Gaz. Pal. 1997, somm. com. 309.

2341. R. PERROT, L'homologation des transactions, art. préc., n° 5.

2342. R. PERROT, L'homologation des transactions, *op. et loc. cit.*

2343. *Contra* : B. FAUCHER, La conciliation, th. préc., p. 390.

2344. Si l'on fait le parallèle avec les procédures d'homologation judiciaires, rappelons que la Cour de cassation condamne fermement la pratique des homologations conditionnelles : Cass. com., 18 nov. 1961, JCP 1962. II. 12438, note GAVALDA ; I. BALENSI, L'homologation judiciaire des actes juridiques, art. préc., n° 40.

2345. R. PERROT, L'homologation des transactions, *op. et loc. cit.*

2346. Cette affirmation est directement inspirée de celle employée par I. BALENSI à propos de la procédure d'homologation judiciaire : L' homologation judiciaire des actes juridiques, art. préc., n° 41.

2347. Cass. com., 25 mars 1997, préc.

2348. Cass. civ. 3^e, 24 janvier 1978, Bull. civ. III, n° 46 ; AP, 9 juin 1978, Bull., n° 2 et Gaz. Pal. 1978. 557, note J. V ; G. COUCHEZ, J.-P. LANGLADE, D. LEBEAU, Procédure civile, *op. cit.*, n° 1187.

2349. En ce sens, Ch. JARROSSON, Le nouvel article 1441-4 NCPC..., art. préc., p. 140 ; Cass. com., 25 mars 1997, Gaz. Pal. 1997. IR. 309 : « *La disposition de l'arrêt donnant acte à une partie de ce qu'elle était prête à payer une certaine somme constitue une mesure d'administration judiciaire insusceptible de recours en cassation* ».

2350. A. PERDRIAU, note s./ Cass. com., 25 mars 1997, préc.

2351. Cass. AP, 9 juin 1978, Bull. civ. n° 2 ; ou encore, le fait que « *l'omission d'un donné acte n'a aucune conséquence juridique et ne saurait donner ouverture à cassation* » : Cass. civ. 3^e, 24

janvier 1978, préc.

2352. S. GUINCHARD et J. VINCENT, Procédure civile, *op. cit.*, n° 164 ; Y. MULLER, th. préc., n° 354.

2353. Dans ce sens, A. PERDRIAU, préc.

2354. Ce texte énonce que : « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal impartial établi par la loi...* ».

2355. S. GUINCHARD, *in* Droit processuel/droit commun du procès, *op. cit.*, n° 363.

2356. S. GUINCHARD, *in* Droit processuel/droit commun du procès, *op. cit.*, n° 596.

2357. F. EUDIER, Le juge civil impartial, *in* Etudes offertes à B. MERCADAL, éd. Francis Lefebvre, 2002, p. 31 et s. ; G. WIEDERKEHR, Qu'est-ce qu'un juge ?, *in* Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?, Mélanges en l'honneur de R. PERROT, Dalloz, 1996, p. 575 et s., spéc. p. 582.

2358. P. CROCQ, Le droit à un tribunal impartial, *in* Droits et libertés fondamentaux, Dalloz, 1997, p. 287 et s. ; S. GUINCHARD, Le procès équitable, garantie formelle ou droit substantiel ?, *in* Philosophie du droit et droit économique, quel dialogue ?, Mélanges en l'honneur de G. FARJAT, éd. Frison-Roche, 1999, p. 139 et s.

2359. Cass. civ. 1^e, 16 mars 1999, D. 1999. Jur. 497, note P. COURBE.

2360. Cass. AP, 5 fév. 1999, JCP. 1999. II. 10060, note H. MATSOPOULOU ; Gaz. Pal. 1999, p. 60, concl. M.-A. LAFORTUNE, note DEGUELDRE, GRAMBLAT et HERBIERE ; RTDCiv. 1999. 738, note R. LIBCHABER et RTDCiv. 2000. 625, obs. J. NORMAND. Plus largement, sur la soumission des autorités administratives à la CEDH : Les autorités de régulation confrontées à la Convention européenne des droits de l'homme, entretient avec M. A. FRISON-ROCHE, LPA. 10 février 1999, n° 29, p. 17.

2361. Pour des exemples mettant en cause la procédure disciplinaire du Conseil de l'Ordre des avocats : Cass. civ. 1^e, 13 nov. 1996, JCP. 1997. II. 22816, note R. MARTIN ; B. BLANCHARD, La procédure disciplinaire des avocats à l'épreuve de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, note s./ Cass. civ. 1^e, 5 oct. 1999, D. 2000, jur. 312 ; pour un exemple mettant en cause la procédure disciplinaire devant le Conseil Supérieur de la Magistrature, Cass. civ. 1^e, 7 nov. 2000, Bull. civ. I, n° 278, D. 2001. Jur. 811, note P. CASSUTO-TEYTAUD ; JCP. 2001. II. 10484, note R. MARTIN.

2362. CEDH, Piersack c./ Belgique, 1^{er} octobre 1982 ; BERGER, Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, 6^e éd., Sirey, 1998, n° 57.

2363. CEDH, 24 mai 1989, Hauschildt c./ Danemark ; BERGER, Jurisprudence de la Cour européenne, *op. cit.*, n° 58.

2364. F. EUDIER, Le juge civil impartial, art. préc., p. 34.

2365. S. GUINCHARD, *in* Droit processuel/droit commun du procès, *op. cit.*, n° 363.

2366. S. GUINCHARD, *in* Droit processuel/droit commun du procès, *op. et loc. cit.*

2367. CEDH, 17 janv. 1970, *Delcourt c./ Belgique*, série A, n° 11, § 31 ; 20 mai 1998, *Gautrin et Alii c./ France*, Rec. 1998-III, n° 72, p. 1009 et AJDA 1998. 991, obs. J.-Fr. FLAUSS.

2368. S. GUINCHARD, *in Droit processuel/droit commun du procès*, *op. et loc. cit.*

2369. S. GUINCHARD, *in Droit processuel/droit commun du procès*, *op. et loc. cit.*

2370. CEDH, 4 avril 2000, *Academy Trading Ltd et Alii c. Grèce*, Journal des droits de l'homme, supplément au n° 44 du 26 juin 2000 des Annonces de la Seine, p. 6 ; CEDH, 6 juin 2000, *Morel c./ France*, Bull. inf. Cass. 15 juill. 2000, p. 35 ; D. 2001. Jur. 339 ; RTDCiv. 2000. 935, obs. J.-P. MARGUENAUD ; Ch. GOYET, Remarques sur l'impartialité du tribunal, D. 2001. Chron. 328.

2371. *Via les conjoints ou concubins de l'un ou de l'autre.*

2372. Ces exemples sont à rapprocher des cas de récusation prévus en droit interne par l'article 341 NCPC.

2373. Pour des exemples de cas d'impartialité personnelle, V. S. GUINCHARD, *in Droit processuel/droit commun du procès*, *op. cit.*, n° 397.

2374. Cette classification est celle retenue par S. GUINCHARD, *in Droit processuel/droit commun du procès*, *op. cit.*, n° 364.

2375. A propos de la compatibilité – ou de l'incompatibilité -des fonctions de conciliation et de jugement du juge aux affaires familiales : J. NORMAND, obs. à la RTDCiv. 1999. 188 ; du même auteur, *Le rôle conciliateur du juge en droit de la famille*, Familles et justice, Bruylant et LGDJ, 1997, 381 et s. ; F. EUDIER, *L'impartialité du juge civil*, art. préc., spéc. p. 46 ; Sur la question de la compatibilité en général, indépendamment du contentieux concerné : J. VINCENT et S. GUINCHARD, *Procédure civile*, *op. cit.*, n° 527 ; S. GUINCHARD, *in Droit processuel, droit commun du procès*, *op. cit.*, n° 393.

2376. Ce risque se rencontre chaque fois qu'une procédure de conciliation préalable est organisée devant le juge ou la formation de jugement, au seuil de l'instance contentieuse et mise à la charge de ce même juge ou de cette même formation : c'est notamment le cas pour toutes les demandes portées devant le tribunal d'instance ou le tribunal paritaire de baux ruraux, ainsi qu'en matière de divorce pour faute ou pour rupture de la vie commune.

2377. Et spécialement, un cas de « *partialité dans l'exercice cumulatif de fonctions distinctes, au cours de la même instance, dans les contentieux en matière civile* » dont nous avons fait état plus haut.

2378. Critères retenus par la Cour européenne dans l'affaire *Morel c./ France* du 6 juin 2000 préc.

2379. *Ibid.*

2380. Monsieur le Premier président Pierre DRAI, Allocution dans le cadre du colloque « La médiation », du 17 octobre 1995, organisé et publié par l'IEA : V. les actes du colloque, p. 46.

2381. X. LAGARDE, *in Droit processuel/droit commun du procès*, *op. cit.*, n° 601.

2382. X. LAGARDE, *in Droit processuel/droit commun du procès*, *op. et loc. cit.*

2383. X. LAGARDE, *in Droit processuel/droit commun du procès*, *op. et loc. cit.*

- 2384.** X. LAGARDE, *in* Droit processuel/droit commun du procès, *op. et loc. cit.*
- 2385.** Sur ce principe, V. nos développements *supra* n° 512 et suiv.
- 2386.** J. VAN CAMPERNOLLE, Le juge et la conciliation en droit judiciaire belge, *in* Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?, Mélanges offerts à R. PERROT, Dalloz, 1996, p. 528 et s.
- 2387.** J. BON, La pratique de la médiation *in* La médiation, colloque du 17 octobre 1995, organisé et publié par l'IEA, p. 41.
- 2388.** M. ARMAND-PREVOST, L'avocat, le juge, le médiateur, art. préc., Les petites affiches, 8 juillet 1998, p. 22.
- 2389.** S. GUINCHARD, *in* Droit processuel/droit commun du procès, *op. cit.*, n° 380.
- 2390.** Dans ce sens, F. EUDIER, L'impartialité du juge civil, art. préc., p. 47.
- 2391.** S. GUINCHARD, *in* Droit processuel/droit commun du procès, *op. et loc. cit.*
- 2392.** S. GUINCHARD, *in* Droit processuel/droit commun du procès, *op. cit.*, n° 393 ; J. VINCENT et S. GUINCHARD, Procédure civile, *op. cit.*, n° 527 : analyse au cas par cas qui serait probablement celle adoptée par la Cour européenne si elle était saisie d'une telle affaire.
- 2393.** Dans le même sens, S. GUINCHARD, *in* Droit processuel/droit commun du procès, *op. cit.*, n° 393 ; J. VAN CAMPERNOLLE, Le juge et la conciliation en droit judiciaire belge, Mélanges R. PERROT, Dalloz, 1996, p. 523 et suiv., spéc. p. 528 et suiv. ; P. CROQ, Le droit à un tribunal impartial, *in* Droits et libertés fondamentaux, Dalloz, 1997, n° 548, note 61.
- 2394.** Rev. Arb. 1998. 162 obs. Ch. JARROSSON et RGDP 1998, n° 1, p. 164, obs. JARROSSON.
- 2395.** NCPC, art. 339.
- 2396.** L. CADIET, Une justice contractuelle l'autre, art. préc., p. 195 ; X. LAGARDE, *in* Droit processuel/droit commun du procès, *op. cit.*, n° 583.
- 2397.** X. LAGARDE, *in* Droit processuel, droit commun du procès, n° 601.

Chapitre II. La fin des pourparlers judiciaires délégués

- 1 **657. La délégation : garantie d'efficacité et de qualité des pourparlers judiciaires** - La délégation d'exercice de la mission de conciliation à un tiers par le juge présente de nombreux avantages : non seulement, elle assure aux parties qu'elles seront accompagnées tout au long de leurs tractations par une personne particulièrement disponible et compétente à cette fin, mais surtout, elle protège les parties contre tout risque de partialité du juge en cas d'échec ou de semi-échec du règlement amiable puisque toute la procédure amiable est couverte par le secret : le juge amené à trancher l'affaire en cas de points litigieux persistants ne saura rien de ce qui s'est dit ou fait préalablement. La délégation apparaît donc comme une garantie d'efficacité et de qualité de la conciliation ou de la médiation ; la confidentialité, comme une garantie d'impartialité ²³⁹⁸.
- 2 **658. Circonstances de la fin** - Les procédures de conciliation ou de médiation déléguées peuvent prendre fin, soit de manière prématurée, parce que le juge a décidé d'y mettre fin avant l'expiration de la mission du tiers ²³⁹⁹ ; soit normalement, à l'issue de la mission qu'il avait confiée au tiers conciliateur ou médiateur. Dans le premier cas – qui suppose par définition un échec du règlement amiable – le juge est nécessairement informé de la fin de la procédure puisqu'il en est l'auteur. Les parties sont alors

réorientées vers une procédure contentieuse, soit oralement sur-le-champ si elles sont en présence du juge ²⁴⁰⁰, soit par courrier dans le cas contraire ²⁴⁰¹. Dans le second cas de figure – de loin le plus fréquent – c'est le tiers qui informe le juge « *de ce que les parties sont ou non parvenues à trouver une solution au conflit qui les oppose* » ²⁴⁰². A défaut d'accord, les parties sont informées de ce qu'elles peuvent saisir la juridiction compétente aux fins de jugement ²⁴⁰³ ou bien sont directement convoquées à se présenter à une audience aux fins de jugement ²⁴⁰⁴. Lorsqu'en revanche les parties parviennent à un accord, elle se voient reconnaître la possibilité d'en demander l'*homologation* au juge ²⁴⁰⁵.

- 3 **659. L'homologation de l'accord** - Contrairement à la procédure de conciliation de droit commun des articles 127 et suivants du nouveau code de procédure civile, ce n'est donc plus un *constat* de leur accord que les parties peuvent solliciter du juge, mais une *homologation* de celui-ci. Se pose alors la question de savoir si cette différence de terminologie implique une différence d'activité de la part du juge.
- 4 **660. Rattachement de l'homologation à la matière gracieuse : controverses doctrinales** - La précision que « *l'homologation relève de la matière gracieuse* » ²⁴⁰⁶ incite à répondre par l'affirmative. En effet, rattacher l'activité d'homologation du juge à la matière gracieuse laisse supposer qu'en homologuant l'accord des parties, le juge peut – ou doit ? – exercer les pouvoirs qu'il détient dans le cadre de la juridiction gracieuse ²⁴⁰⁷, ce qui suppose une vérification de nature juridictionnelle ²⁴⁰⁸. Or, lorsque le juge procède à un simple *constat* d'un accord de conciliation ²⁴⁰⁹ sur le fondement des articles 129 et suivants du nouveau code de procédure civile, son activité n'a rien de gracieux ²⁴¹⁰ : elle se limite, nous l'avons vu, à une fonction réceptive ²⁴¹¹, à un enregistrement pur et simple de l'acte des parties, de manière *passive* ²⁴¹².

- 5 Et pourtant, l'analyse des dispositions consacrées à l'homologation des accords de conciliation ou de médiation par la doctrine est controversée : tandis que certains auteurs ²⁴¹³ interprètent à la lettre le rattachement de l'homologation judiciaire de ces accords à l'activité gracieuse du juge et donc y voient une activité juridictionnelle susceptible d'être contestée par l'exercice des voies de recours, d'autres en revanche ²⁴¹⁴ s'y refusent catégoriquement et, selon une interprétation *contra legem*, n'y voient qu'une activité assimilable au donné acte, exclusive de tout contrôle approfondi de l'acte privé des parties par le juge.
- 6 **661. Variété des fonctions d'homologation judiciaire** – Pour éclaircir ce point, nous proposons de rappeler brièvement ce en quoi consiste la fonction d'homologation judiciaire ²⁴¹⁵. Cette démarche nous permettra alors d'observer qu'il n'existe pas *une* mais *des* fonctions d'homologation judiciaire qui, sous le même intitulé, dissimulent des activités du juge extrêmement distinctes. Leur comparaison nous permettra de dégager ce que propose le législateur aux parties lorsqu'il leur offre d'obtenir du juge l'homologation de leur accord de conciliation ou de médiation.
- 7 **662. Dénominateur commun entre toutes** – Un auteur ²⁴¹⁶ observe que « *Relativement courante, la notion d'homologation judiciaire ne bénéficie pas pour autant d'une définition claire et précise. Au contraire, employée de manière très large, elle tend à englober toutes sortes d'activités exercées par le juge sur l'acte privé d'une ou plusieurs parties* » ²⁴¹⁷. De fait, on trouve plusieurs hypothèses d'homologation judiciaire : pour n'en citer que quelques-unes, on évoquera l'homologation de la convention portant changement de régime matrimonial ²⁴¹⁸, l'homologation de la convention définitive réglant les effets du divorce par consentement mutuel des époux ²⁴¹⁹, l'homologation du partage amiable intéressant un mineur ²⁴²⁰, l'homologation de

l'accord conclu entre une entreprise en difficulté et ses créanciers dans le cadre d'une procédure de règlement amiable ²⁴²¹, l'homologation des transactions non-judiciaires ²⁴²² par le président du tribunal de grande instance ²⁴²³ et enfin, celle qui nous intéresse tout particulièrement, l'homologation des accords de conciliation ou de médiation judiciaire ²⁴²⁴. Toutes ces hypothèses d'homologation portent le même nom ; néanmoins, chacune d'elles recouvre une activité du juge de nature et de portée différentes car elle porte sur des actes juridiques distincts. Le seul dénominateur commun entre toutes est qu'à chaque fois, l'homologation correspond à une activité de contrôle ²⁴²⁵ du juge sur un acte juridique préexistant ²⁴²⁶.

- 8 **663.Critères distinctifs** - Seulement, on observe que dans certains cas – la majorité d'entre eux – le contrôle est préventif ²⁴²⁷ et imposé par la loi ²⁴²⁸ pour certains actes de volonté privée déterminés ²⁴²⁹ en vue de les rendre effectifs : la décision du juge participe alors de *l'effectivité* de l'acte préexistant. Cette fonction d'homologation judiciaire, que nous qualifierons d'impérative, est très éloignée, selon nous, de la procédure d'homologation organisée dans le cadre des pourparlers judiciaires délégués (**Section I**). Dans ce dernier cas en effet, le contrôle est simplement facultatif et n'intervient qu'en aval, dans le seul but de renforcer l'efficacité de l'accord des parties, valable en lui-même et déjà effectif : la décision du juge participe alors seulement du renforcement de *l'efficacité* de l'acte préexistant ²⁴³⁰ et non pas de son effectivité. Pour caractériser cette dernière fonction d'homologation judiciaire, nous proposons de la qualifier de facultative (**Section II**).

SECTION I – L’HOMOLOGATION DE L’ACCORD DES PARTIES, DISTINCTE DE LA FONCTION D’HOMOLOGATION JUDICIAIRE IMPÉRATIVE

- 9 **664.Présentation** - Les procédures d’homologation judiciaire prévues de manière impérative sont quantitativement les plus importantes. Entrent notamment dans cette catégorie, parmi celles que nous venons de citer, la procédure d’homologation de la convention définitive de divorce, celle portant sur la convention de changement de régime matrimonial ou bien encore celle prévue en cas de partage intéressant un mineur. D’une manière générale, ce sont les procédures auxquelles s’appliquent les articles 25 et suivants du nouveau code de procédure civile relatifs à la matière gracieuse ²⁴³¹ .
- 10 La procédure d’homologation judiciaire est l’héritière de la juridiction volontaire ²⁴³² du droit romain, procédure en vertu de laquelle un magistrat intervenait *inter voluntas* et donnait acte aux parties de leur accord, sans connaissance de cause ²⁴³³ . Cet héritage explique que la doctrine a longtemps assimilé les décisions d’homologation, et plus généralement encore, toutes les décisions gracieuses du juge à celles rendues « *en l’absence de contestation, sans connaissance de cause et en dehors de l’activité juridictionnelle du juge* » ²⁴³⁴ . Aujourd’hui, si le critère de l’absence de litige continue de caractériser la juridiction gracieuse ²⁴³⁵ et, par-là, l’homologation judiciaire, en revanche tel n’est plus le cas des deux autres critères : *sine causa cognitione* et *sine juris dictio*. Bien au contraire, la doctrine moderne affirme sans plus d’hésitation que « *la fonction d’homologation relève de l’activité juridictionnelle du juge* » ²⁴³⁶ .

- 11 Pour apprécier si la procédure d'homologation de l'accord des parties prévue dans le cadre des pourparlers judiciaires délégués entre dans la famille des homologations judiciaires impératives, il convient préalablement de rappeler ce en quoi consiste la fonction d'homologation lorsque celle-ci est impérative (A), de préciser rapidement quels en sont les effets (B) ainsi que les modes de contestation (C).

A. La fonction d'homologation impérative

- 12 **665. *Activité de nature juridictionnelle*** - Au soutien de l'affirmation selon laquelle la fonction d'homologation impérative constituerait une activité de nature juridictionnelle, certains invoquent le fait qu'elle est l'œuvre exclusive du juge. Lui seul en effet peut procéder à l'homologation de certains actes particuliers, parce que lui seul dispose des pouvoirs nécessaires à l'exercice de cette fonction et, en particulier, de la *juris dictio* ²⁴³⁷. Toutes les fois que le juge est chargé par le législateur d'homologuer un acte des parties, il est tenu de procéder à un double contrôle de la légalité de l'acte ²⁴³⁸ et de son opportunité, autrement dit, de sa conformité à certains intérêts que le législateur entend tout particulièrement protéger ²⁴³⁹. Or, ce contrôle suppose une vérification de nature juridictionnelle : « *le juge de l'homologation doit confronter la prétention des requérants aux exigences légales et ne peut homologuer que si les conditions prévues par la loi sont réunies, ce qui suppose de sa part une appréciation de nature juridictionnelle* » ²⁴⁴⁰. Même si la vérification du juge ne porte, la plupart du temps, que sur des éléments de fait, elle consiste néanmoins en une application de la règle de droit à ces éléments de fait, en une appréciation de leur conformité à la loi, ce qui caractérise l'acte juridictionnel ²⁴⁴¹. Ce faisant, le juge statue

(NCPC, art. 25) et *dit le droit*, puis rend un *jugement* 2442 passible des voies de recours 2443 .

- 13 La procédure d'homologation impérative des actes juridiques consiste donc en une activité judiciaire de nature juridictionnelle qui aboutit à une décision d'homologation de nature également juridictionnelle. Spécialement, parce qu'elle ne vise pas à trancher un litige, elle ne relève pas de la catégorie des actes contentieux mais de celle des actes gracieux.
- 14 **666.Finalité de l'homologation impérative** - L'obligation faite au juge d'avoir à apprécier l'opportunité des actes des parties et pour ce faire, d'avoir à se référer à des notions « à contenu variable » 2444 telles que celles d'intérêt de l'enfant, d'intérêt de la famille, d'intérêt des époux ou encore d'intérêt de l'entreprise, répond à la volonté du législateur de protéger certains intérêts particuliers ou bien encore de s'assurer que l'équilibre entre des intérêts concurrents voire opposés est respecté. On observe que ce type de contrôle a le plus souvent été mis en place dans des matières qui, initialement, échappaient en totalité aux volontés privées – le droit de la famille en particulier – parce qu'elles étaient intégralement gouvernées par des dispositions d'ordre public 2445 . Or, depuis quelques années, le législateur s'est montré soucieux « d'ouvrir un espace de liberté » 2446 aux parties et de rendre dans une certaine mesure ces matières perméables aux volontés individuelles. Nous avons déjà évoqué ce phénomène à propos du droit de la famille – qui conduit la doctrine à parler de *contractualisation* 2447 ou bien de *privatisation* 2448 du droit de la famille – mais cette tendance s'observe dans d'autres branches du droit, également gouvernées par des dispositions d'ordre public. Ainsi en est-il du droit pénal 2449 , qui s'ouvre non seulement à la médiation mais également à la transaction *via* la composition pénale ou encore, de certains aspects du droit public

2450 . Les matières relevant de règles impératives ne sont donc plus systématiquement hermétiques à la conclusion d'accords privés 2451 ; cependant, parce que ces actes sont susceptibles de mettre en cause des intérêts que le législateur entend sauvegarder, leur effectivité doit nécessairement être conditionnée par un contrôle du juge, qui doit s'assurer de leur conformité à ces intérêts : « *Soucieux d'ouvrir un espace de liberté mais peu confiant dans l'effet équilibrant de la liberté des conventions, le législateur confie au juge homologateur le soin de vérifier cet équilibre* » 2452 . De fait, la fonction d'homologation judiciaire impérative apparaît comme « *une voie moyenne entre l'ordre public et la liberté des conventions* » 2453 ; elle vise à « *contrôler que les parties ont agi dans la sphère d'autonomie que la loi leur accorde* » 2454 .

- 15 La portée du contrôle judiciaire est donc étroitement liée aux intérêts que le législateur entend protéger 2455 et, plus largement encore, aux matières sur lesquelles porte la convention des parties. Comme si la portée du contrôle du juge était proportionnelle au degré d'impérativité des règles mises en cause par la convention des parties. Plus les droits sont indisponibles 2456 , parce que soumis à des règles d'ordre public particulièrement impératives, plus la tutelle du juge est importante et plus le contrôle que ce dernier exerce sur les accords de volonté est poussé. Les moyens dont dispose le juge pour exercer son contrôle sont très étendus 2457 . Ainsi, il peut, même d'office, procéder « *à toutes les investigations utiles* » 2458 et pour ce faire, « *entendre sans formalité les personnes qui peuvent l'éclairer ainsi que celles dont les intérêts risquent d'être affectés par sa décision* » 2459 ; il peut également « *fonder sa décision sur tous les faits relatifs au cas qui lui est soumis, y compris ceux qui n'auraient pas été allégués* » 2460 .

B. Effets de l'homologation impérative

- 16 Les effets de l'acte d'homologation sur la convention des parties, que nous aborderons très brièvement, peuvent être approximativement réduits au nombre de deux.
- 17 **667.Effectivité de l'acte des parties** - Le premier effet de l'intervention du juge, lorsqu'il a ainsi été chargé, par la loi, d'homologuer certains actes privés, est de permettre à ces derniers de produire pleinement leurs effets ²⁴⁶¹ : « *En matière d'homologation, le rôle du juge est de parachever un acte incomplet qui, sans son intervention, serait dépourvu d'efficacité : l'acte et le jugement qui l'homologue sont indissolublement liés l'un à l'autre et ne peuvent avoir d'effets l'un sans l'autre ; c'est de leur conjonction que naissent les effets juridiques recherchés* » ²⁴⁶². Avant l'homologation judiciaire, la convention des parties est un acte imparfait, un élément lui fait défaut, si bien que la décision d'homologation du juge doit véritablement être considérée comme faisant partie intégrante de l'acte des parties ²⁴⁶³. Il s'ensuit que c'est seulement à compter du jour de l'homologation que partent les effets de la convention et non pas, de manière rétroactive, du jour de la formation de celle-ci, car admettre cette dernière solution serait assimiler l'homologation judiciaire à une condition suspensive, ce qui n'est pas le cas.
- 18 **668.Création d'un acte juridique hybride** - Le second effet résultant de l'intervention du juge est d'ajouter à la convention des parties un acte judiciaire juridictionnel, qui fait corps avec elle : « *il y a superposition de deux actes de nature différente et non-absorption* » ²⁴⁶⁴ de l'un par l'autre. De cette juxtaposition naît un acte de nature juridique hybride, à la fois contractuelle et juridictionnelle, dont le régime suscite dès lors quelques interrogations. En effet, doit-on déduire de cette dualité de nature, une dualité de régime juridique, ouvrant alors la voie aussi bien à l'exercice des voies de recours contre la décision d'homologation, qu'à celui de l'action en nullité

contre la convention homologuée ? Le principe voudrait que « *le contrôle judiciaire exclut la voie de la nullité* » ²⁴⁶⁵ – la convention devenant inattaquable du fait de son contrôle judiciaire – et n'autorise que les contestations contre le jugement d'homologation qui prendraient la forme des voies de recours admises par la loi. En vérité, un tel principe ne vaut que pour les jugements qui forment avec l'acte des parties un tout indivisible ²⁴⁶⁶, parce que l'on considère qu'ils ont eu pour objet de purger ce dernier de tous ses vices ²⁴⁶⁷. Or, seuls les jugements portant homologation de la convention de divorce sur requête conjointe entrent dans cette catégorie. Il ne s'agit en aucun cas d'une règle générale, bien au contraire.

C. Contestation de l'acte homologué

19 **669. Position du problème** - La spécificité du jugement d'homologation est non seulement qu'il laisse persister la convention des parties, pour se juxtaposer à elle, mais encore, qu'il ne purge pas l'acte de tous ses vices ²⁴⁶⁸ : le contrôle du juge est limité par la loi à certaines vérifications spécifiques uniquement. Aussi, si l'on s'accorde pour dissocier la convention des parties du jugement d'homologation, rien ne s'oppose alors à ce que l'on s'accorde pour dissocier également les modes de contestation les concernant respectivement ; et si l'on accepte de considérer que le contrôle de la convention des parties par le juge est limité dans son objet, rien ne s'oppose alors à ce que les parties puissent contester la validité de celle-ci, même postérieurement à son homologation, dès lors toutefois que la contestation ne porte que sur des points n'ayant pas fait l'objet de la vérification juridictionnelle.

20 **670. Résolution du problème** - La doctrine ²⁴⁶⁹, récemment suivie par la jurisprudence ²⁴⁷⁰, va dans ce sens. Elle reconnaît ainsi que

l'exercice d'une action en nullité contre la convention des parties est *a priori* recevable, dès lors toutefois que la cause de la nullité invoquée n'a pas fait l'objet d'une vérification par le juge ²⁴⁷¹. A *contrario*, cela signifie que tout ce qui a fait l'objet d'un contrôle judiciaire devient inattaquable par la voie d'une action en nullité et que seule la décision judiciaire d'homologation pourra être critiquée par l'exercice des voies de recours ²⁴⁷². Malgré la générosité de cette règle, une difficulté apparaît cependant : cela suppose alors que l'on puisse connaître l'étendue exacte du contrôle exercé par le juge *dans chaque cas d'espèce* ²⁴⁷³, ce qui n'est pas évident.

- 21 **671. Conclusion** – La fonction d'homologation judiciaire impérative se caractérise donc de la sorte : il s'agit d'une activité de nature juridictionnelle imposée par la loi qui suppose, de la part du juge, l'exercice d'un contrôle particulièrement approfondi de la légalité comme de l'opportunité de l'acte privé qui lui est soumis. Cette activité est le plus souvent destinée à sauvegarder certains intérêts considérés, à un moment donné, comme prioritaires par les pouvoirs publics ou bien à s'assurer que l'équilibre entre des intérêts divergents est bien respecté. L'intervention du juge est absolument indispensable pour permettre à l'acte de produire pleinement ses effets. Elle ajoute à celui-ci l'élément qui lui faisait défaut et nécessaire à son effectivité.
- 22 Ces propriétés, caractéristiques de la fonction d'homologation judiciaire impérative, nous semblent totalement étrangères à l'activité d'homologation prévue à l'issue des procédures de pourparlers judiciaires déléguées. Celle-ci, qui se caractérise par son caractère facultatif et donc, par hypothèse, par son absence d'incidence sur l'effectivité de l'acte qui peut en faire l'objet, nous semble en vérité beaucoup plus proche de l'activité de *constatation judiciaire* qui marque l'issue des procédures de conciliation

judiciaires de droit commun. C'est ce que nous proposons d'établir en envisageant les fonctions d'homologation judiciaire simplement facultatives.

SECTION II – L’HOMOLOGATION DE L’ACCORD DES PARTIES, FONCTION D’HOMOLOGATION JUDICIAIRE FACULTATIVE

- 23 **672.Présentation** - Le droit judiciaire ne connaît que deux procédures d’homologation des actes juridiques purement facultatives : celle destinée à entériner les accords des parties portant règlement amiable de leur litige et conclus à l’occasion d’une procédure de conciliation ou de médiation judiciaire déléguée ²⁴⁷⁴ et celle destinée à entériner les transactions des parties conclues en dehors de toute instance judiciaire ²⁴⁷⁵. Si le terme *homologation* est expressément employé pour les procédures de conciliation et de médiation judiciaires déléguées, tel n’est pas le cas des dispositions de l’article 1441-4 qui se contentent de parler de « *conférer force exécutoire* » à la transaction des parties. Cependant, certaines similitudes entre ces deux procédures de réception judiciaire des accords de volonté autorisent le rapprochement.
- 24 **673.Caractéristiques** - Ainsi, on observe que dans l’un et l’autre cas, outre le caractère purement facultatif de la saisine du juge en vue de l’homologation, c’est d’un acte portant règlement amiable d’un litige dont il est question et, qui plus est, d’un acte pleinement valable en lui-même ²⁴⁷⁶. L’efficacité de l’acte et moins encore son existence, ne sont conditionnées par l’intervention du juge aux fins d’homologation. A chaque fois, l’homologation est un « *plus juridique* » ²⁴⁷⁷ laissé à la discrétion des parties, dont l’objet est exclusivement de renforcer l’autorité de leur accord en lui conférant force exécutoire ²⁴⁷⁸ (L. 95-125 du 8 février 1995, art. 25 et NCPC, art. 14414) et ce faisant, d’accroître ses chances d’exécution. Dès

avant l'homologation, l'acte est parfait en lui-même ; il ne lui manque aucun élément en vue de produire ses effets. Nous ne sommes donc absolument pas dans l'hypothèse de l'article 25 du nouveau code de procédure civile qui n'envisage l'homologation judiciaire que lorsque la loi l'exige « *en raison de la nature de l'affaire ou de la qualité du requérant* ».

- 25 **674. Acte de perfection** - Aussi, un auteur ²⁴⁷⁹ propose de ranger la fonction d'homologation facultative parmi *les actes de perfection* du juge, autrement dit les actes qui renforcent l'efficacité des accords de volonté et non pas ceux qui sont destinés à assurer leur effectivité. Cependant, ce qui distingue véritablement les procédures d'homologation *facultatives* des procédures d'homologation *impératives* est moins leur caractère facultatif ou impératif que la portée du contrôle que le juge exerce à l'occasion de chacune d'elles et qui diffère sensiblement selon que l'on se trouve dans l'un ou l'autre cas.
- 26 Une fois réalisé l'examen de la portée du contrôle du juge lorsqu'il procède à une homologation simplement facultative (A), nous nous intéresserons à la nature juridique de la décision d'homologation, question sujette à controverses doctrinales (B).

A. Portée du contrôle du juge

- 27 **675. Comparaison avec l'homologation des transactions administratives** - En vue d'appréhender la portée du contrôle du juge lorsqu'il procède à une homologation judiciaire purement facultative, nous proposons de comparer cette procédure avec son homologue devant le juge administratif. Cette dernière consiste en effet également en une procédure de *sanction* de l'accord des parties ²⁴⁸⁰, purement facultative et destinée à en renforcer l'autorité.

Cependant, elle s'en distingue dans la mesure où le contrôle opéré par le juge administratif est beaucoup plus contraignant que celui exercé par le juge judiciaire lorsqu'il donne acte aux parties de leur accord ²⁴⁸¹. Cette différence de portée permettra de mieux souligner la particularité, sinon la singularité de la procédure qui nous intéresse.

28 **676. Contrôle approfondi du juge administratif** - Le fondement du contrôle approfondi du juge administratif, lorsqu'il homologue une transaction en matière administrative, réside dans l'interdiction absolue faite à l'administration de méconnaître les règles d'ordre public et, plus précisément encore, dans le principe général qui interdit à toute personne publique d'être condamnée à payer une somme qu'elle ne doit pas. Ce principe général, dégagé par l'arrêt *Mergui* du Conseil d'Etat ²⁴⁸², est appliqué strictement. La rigueur de ce principe explique en partie que les administrés soient réticents à transiger avec l'Administration ²⁴⁸³. En effet, l'un des risques de ce contrôle approfondi est qu'il peut conduire le juge administratif à refuser d'homologuer la transaction tant que les parties n'auront pas procédé à des modifications substantielles des concessions qu'elles s'étaient initialement consenties réciproquement ²⁴⁸⁴. Or, « *cette règle [...] n'est pas exempte de danger pour le contractant personne privée qui transige avec l'administration, puisqu'elle risque de vider complètement la transaction de sa substance en la modifiant et, partant, en introduisant une grave imprévisibilité* » ²⁴⁸⁵.

29 **677. Impossibilité pour le juge judiciaire de procéder à un contrôle identique** - En droit judiciaire privé, un tel pouvoir de contrôle du juge est inenvisageable ²⁴⁸⁶, pour plusieurs raisons. La première est que ce serait reconnaître à ce dernier un droit de modification unilatérale de la convention des parties, ce qui lui est strictement interdit ²⁴⁸⁷. En effet, même lorsque le juge est amené, sur ordre de

la loi, à exercer un contrôle approfondi - de légalité et d'opportunité - de la convention des parties avant de lui donner effet, il « *ne peut qu'homologuer ou refuser d'homologuer l'acte qui lui est soumis, sans pouvoir en modifier les termes* » ²⁴⁸⁸ ni rien rectifier lui-même. « *Il s'agit là de la transposition en matière gracieuse du principe dispositif* » ²⁴⁸⁹ . Une conséquence de cette limitation des pouvoirs du juge, même dans le cadre des procédures d'homologation impératives, est d'ailleurs la condamnation de la pratique des homologations partielles ou conditionnelles ²⁴⁹⁰ .

30 Plus simplement, et c'est une seconde raison, lorsque le juge judiciaire est saisi volontairement par les parties aux fins d'homologation de leur accord conclu consécutivement à une conciliation, à une médiation ou à une transaction, rien ne justifie qu'il exerce un contrôle approfondi sur ce dernier. En effet, par définition, de tels accords ne peuvent être conclus que dans des matières où les parties sont autorisées à disposer librement de leurs droits et, de fait, à conclure des conventions ²⁴⁹¹ . Le risque de contrariété avec des dispositions d'ordre public est minime. Aussi, aucun contrôle de légalité ou d'opportunité de l'acte des parties au regard d'intérêts d'ordre public n'a lieu d'être. La saisine du juge a simplement pour finalité de constater l'existence d'un acte sous seing privé, présumé valide et équitable et, ce faisant, de lui apposer la formule exécutoire. Le juge ne s'approprie pas l'acte des parties ; il ne statue pas plus qu'il ne dit le droit ; en un mot, il n'exerce aucune activité juridictionnelle mais une simple activité d'enregistrement proche d'un « *instrument reçu par un officier public* » ²⁴⁹² .

31 **678. Contrôle minimum du juge judiciaire** - Cependant, un auteur précise que « *le caractère non-juridictionnel de la décision du juge ne signifie pas l'absence totale de tout contrôle par ce dernier* » ²⁴⁹³ et d'ajouter que « *l'office du juge sur la transaction ne saurait s'analyser*

purement et simplement en une authentification ». Au soutien de cette affirmation, largement approuvée par la doctrine ²⁴⁹⁴, l'auteur se fonde sur l'article 384 du nouveau code de procédure civile qui prévoit qu'en cas de transaction des parties mettant fin à l'instance accessoirement à l'action ²⁴⁹⁵, il appartient au juge de rendre une décision de dessaisissement « *en vue de régulariser la situation nouvelle issue de la transaction* » ²⁴⁹⁶. Or, une telle décision de dessaisissement suppose, selon cet auteur, de la part du juge, « *la mise en œuvre d'un contrôle minimum tant formel que sur le fond de l'accord des parties* » ²⁴⁹⁷. Ce contrôle, dont nous avons déjà fait état précédemment ²⁴⁹⁸, porterait tout d'abord sur la réalité même de l'accord des parties ; sur son objet, en vue de s'assurer que ce dernier n'est pas manifestement contraire à des dispositions d'ordre public ²⁴⁹⁹ ; ainsi que sur sa portée, afin de permettre au juge de mesurer l'étendue de son dessaisissement ²⁵⁰⁰. Il se peut que la transaction des parties ne porte pas sur l'intégralité des points litigieux mais seulement sur certains d'entre eux et que le juge soit amené à devoir trancher les points de désaccord persistants ²⁵⁰¹.

- 32 **679.Homologation facultative et exequatur** - Un autre auteur propose plutôt de rapprocher le contrôle que doit exercer le juge saisi d'une demande d'homologation de l'accord des parties, à celui que doit exercer le juge lorsqu'il est saisi d'une requête aux fins d'*exequatur* des sentences arbitrales ²⁵⁰². Si l'on s'en tient au seul texte existant sur ce point ²⁵⁰³ et à l'interprétation qu'en fait la doctrine, ce contrôle, très proche du précédent, porterait alors essentiellement sur la réalité et l'authenticité de l'accord ²⁵⁰⁴ qui lui est soumis ²⁵⁰⁵. Précisons que cela suppose à tout le moins, si le juge est saisi d'une requête sur le fondement de l'article 1441-4 NCPC, qu'il vérifie alors la nature transactionnelle de l'accord ²⁵⁰⁶ autrement dit, l'existence de concessions réciproques ²⁵⁰⁷. Ensuite, le contrôle du

juge porterait sur la conformité *manifeste* de cet accord à l'ordre public ²⁵⁰⁸ . Par *manifeste*, il faut entendre que « *la violation supposée ressorte des éléments extrinsèques* » ²⁵⁰⁹ de l'accord, « *sans que le juge ait à se livrer à un examen intrinsèque* » ²⁵¹⁰ de celui-ci, « *lequel supposerait l'intervention d'un débat contradictoire* » ²⁵¹¹ .

33 Dans l'un et l'autre cas, indépendamment du fondement choisi pour justifier la nécessité d'un contrôle, nous sommes en présence d'un contrôle *minimum* ²⁵¹² , qui ne saurait empêcher une contestation ultérieure de l'accord au fond : ici, encore une fois, « *l'absence de contradiction empêche le contrôle d'être complet* » ²⁵¹³ .

34 **580. Pouvoir d'appréciation du juge** - Mais alors, reconnaître au juge le pouvoir d'exercer un tel contrôle conduit à s'interroger sur ses conséquences : autorise-t-il le juge à refuser d'homologuer l'accord des parties si, à l'issue de son contrôle, il estime que celui-ci est manifestement non conforme à certaines dispositions d'ordre public ? De nombreux auteurs se sont posé la question et répondent par l'affirmative ²⁵¹⁴ . Si on les approuve, il convient alors de s'interroger sur la mise en œuvre de ce *droit au refus* du juge ainsi que sur son éventuelle contestation par les parties ; sur la motivation de la décision du juge ²⁵¹⁵ ; sur les modalités de recours contre la décision de refus du juge ²⁵¹⁶ . Pour ce faire, il nous appartient alors de nous prononcer sur la nature de la décision du juge.

35 Préalablement, nous soulignerons simplement que reconnaître au juge un certain pouvoir d'appréciation quant à la décision d'homologuer ou non l'accord des parties, peut sembler en contradiction avec les termes mêmes de la loi. En effet, ni les dispositions de la loi du 8 février 1995 (art. 25), ni celles des articles 131-12 et 832-8 du nouveau code de procédure civile ne semblent laisser de marge de manœuvre au juge lorsque les parties lui demandent d'homologuer leur accord : « *le juge homologue à la*

demande des parties l'accord qu'elles lui soumettent ». L'emploi du présent de l'indicatif est traditionnellement assimilé à un impératif qui, en l'espèce, ne devrait pas permettre au juge de se soustraire à la demande des parties. Une autre approche – que nous avons déjà retenue ²⁵¹⁷ – peut consister, cependant, à considérer que l'emploi du présent de l'indicatif vise simplement à faire de l'homologation par le juge une règle de principe, à laquelle ce dernier ne doit pouvoir déroger que de manière très exceptionnelle. Une telle interprétation a le mérite de pouvoir se concilier avec l'existence d'un pouvoir de contrôle minimum et, partant, avec l'existence d'un pouvoir de refuser l'homologation, indispensable selon nous à la sauvegarde des droits des parties.

- 36 En vue d'éclairer ces divers points, nous proposons de nous interroger sur la nature juridique de la décision du juge lorsqu'il homologue l'accord des parties consécutivement à une conciliation ou à une médiation judiciaire ou éventuellement, lorsqu'il refuse de l'homologuer.

B. Nature juridique de la décision d'homologation du juge

- 37 **681.** Lorsque le juge est amené, sur requête des parties, à homologuer leur accord, il ne procède à aucune vérification de type juridictionnel. Le contrôle qu'il exerce est un contrôle minimum portant exclusivement sur l'existence de l'accord ²⁵¹⁸, sur la réalité du consentement des parties ainsi que sur la conformité manifeste de l'acte des parties à l'ordre public. A l'issue de ce contrôle minimum et si le juge le trouve satisfaisant, ce dernier rend un jugement d'homologation par lequel il constate l'accord des parties et lui confère, outre la force probante, également la force exécutoire. L'absence de vérification de nature juridictionnelle empêche de ranger la décision du juge parmi les actes de nature juridictionnelle.

Pour cette raison, il convient d'analyser le jugement d'homologation en un acte judiciaire non juridictionnel.

1°. Exclusion de la catégorie des actes juridictionnels

- 38 Ecarter le jugement d'homologation de la catégorie des actes juridictionnels revient à affirmer qu'il n'est ni un acte contentieux, ni – suivant en cela la doctrine moderne ²⁵¹⁹ – un acte gracieux.
- 39 **682.Ni contentieux, ni gracieux** - Dire que la décision du juge ne peut être rangée parmi *les actes contentieux* ne saurait être contesté. En effet, le juge ne tranche pas un litige au fond ²⁵²⁰ mais, bien au contraire, est saisi en vue de constater un *accord*. En revanche, l'éviction de la décision du juge des *actes gracieux* est moins évidente. Les critères distinctifs de la juridiction gracieuse ²⁵²¹, énoncés à l'article 25 du nouveau code de procédure civile, sont, rappelons-le, outre l'absence de litige, le fait que l'homologation de l'acte soit une exigence légale destinée à permettre à ce dernier de produire pleinement ses effets ²⁵²². Enfin, un autre critère de la juridiction gracieuse est qu'elle suppose du juge une vérification de type juridictionnel portant tout à la fois sur la légalité de l'acte ainsi que sur son opportunité. Au vu de ces différents critères, il nous semble difficile – pour ne pas dire impossible – de faire entrer la décision d'homologation du juge dans la catégorie des actes gracieux. En effet, bien que l'on soit en présence d'un accord des parties et donc, en l'absence de litige, aucun autre des divers critères distinctifs de la juridiction gracieuse ne sont réunis dans la procédure d'homologation facultative. Ainsi, non seulement la saisine du juge est laissée à la libre appréciation des parties – elle ne résulte pas d'une exigence légale – mais en outre, elle n'est pas nécessaire à l'effectivité de l'acte, parfait en lui-même indépendamment de toute homologation. Enfin, le contrôle exercé par le juge aux fins

d'homologation facultative n'a rien de juridictionnel : il ne statue, pas plus qu'il ne dit le droit ; il ne rend pas de jugement motivé mais se contente de constater l'accord des parties moyennant un contrôle sommaire de son apparence ²⁵²³ .

40 **683. Controverses doctrinales** - Pourtant, nombreux sont les auteurs qui persistent malgré tout à faire entrer l'activité du juge saisi aux fins d'homologation d'un accord de conciliation, de médiation ou de transaction, dans la juridiction gracieuse ²⁵²⁴ et qui, par voie de conséquence, analysent le jugement d'homologation en un jugement gracieux ²⁵²⁵ . Ainsi, peut-on lire que « *la demande d'homologation [...] ouvre une procédure gracieuse* » ²⁵²⁶ ou bien encore que l'homologation a pour effet de « *juridictionnaliser l'accord des parties en le soumettant au régime des jugements gracieux* » ²⁵²⁷ . La principale raison de ce rattachement réside très probablement dans les termes même de la loi qui disposent de manière péremptoire que « *l'homologation relève de la matière gracieuse* » ²⁵²⁸ . Cependant, un tel rattachement est grave de conséquences, notamment au regard des voies de recours susceptibles alors d'être ouvertes contre la décision du juge. A ce propos, on constate que même ceux qui se soumettent à « *la lettre la loi* » et décident de rattacher l'homologation facultative à la matière gracieuse, en soulignent néanmoins les risques : « *La qualification est surprenante et il n'est pas certain que la Chancellerie ait bien mesuré toutes ses implications, notamment du point de vue des voies de recours. Elle n'en est pas moins significative de la tendance du droit français à intégrer le règlement amiable à la procédure judiciaire* » ²⁵²⁹ .

41 Pour notre part, nous considérons, avec une autre partie de la doctrine ²⁵³⁰ et pour les raisons évoquées plus haut, que le rattachement du jugement d'homologation à la matière gracieuse n'est pas seulement « *critiquable* » ²⁵³¹ mais, bien plus catégoriquement encore, qu'il a été effectué « *à tort* » ²⁵³² et, de ce

fait, est constitutif d'une « erreur » ²⁵³³, sinon d'un « véritable non-sens » ²⁵³⁴. Un auteur ²⁵³⁵ propose cependant une explication de ce rattachement obscur : il signifierait simplement que la procédure à suivre aux fins d'homologation est la procédure gracieuse ; « *le juge est saisi en la forme gracieuse, par une simple requête* ».

- 42 Nous adhérons donc à ce courant *contra legem* et ce faisant, évinçons le jugement d'homologation de la catégorie des actes contentieux comme des actes gracieux. Il ne nous reste plus alors qu'à asseoir son appartenance à la catégorie des actes judiciaires non juridictionnels.

2°. Appartenance à la catégorie des actes judiciaires non juridictionnels

- 43 **684.** Classer les jugements d'homologation parmi les actes judiciaires non juridictionnels supposerait que l'on reprenne la démarche que nous avons déjà adoptée lorsque nous nous sommes interrogés sur l'appartenance des constats d'accords de conciliation à cette catégorie d'actes juridiques. Pour éviter les redites, nous préférons renvoyer le lecteur à ces développements précédents ²⁵³⁶ et nous contenter d'en reprendre simplement la conclusion.
- 44 **685. Conclusion** - Plus qu'aux actes judiciaires non juridictionnels, c'est à la catégorie des *actes réceptifs du juge relatifs à la solution du litige* qu'il convient de rattacher les jugements d'homologation facultatifs. Cette sous-catégorie vise effectivement les actes du juge par lesquels ce dernier se borne à constater l'accord des parties et, ce faisant, à lui conférer la force exécutoire. Ils ne supposent du juge aucun contrôle de légalité ou d'opportunité de l'accord des parties. Cependant, parce qu'ils ne sauraient non plus être délivrés de manière systématique ou automatique par le juge, nous considérons, avec certains auteurs ²⁵³⁷, qu'ils supposent à tout le moins l'exercice d'un contrôle minimum portant sur la réalité de l'accord

des parties ainsi que sur sa conformité manifeste aux dispositions d'ordre public. Il s'ensuit que les jugements d'homologation facultatifs ne se distinguent pas des autres formes de constat judiciaire des accords de conciliation et que, bien au contraire, ils forment avec eux un tout, une entité, visée par l'expression un peu sentencieuse « *d'actes réceptifs du juge relatifs à la solution du litige* ».

45 Aussi, la forme selon laquelle le juge constate l'accord des parties qui met fin à tout ou partie de leur litige importe peu ; que le juge opte pour le jugement de donné acte, pour le procès-verbal de conciliation ou bien encore pour le jugement d'homologation, sa décision, qui sera de même nature, aura le même régime juridique et emportera les mêmes effets sur l'acte constaté. Le recours à des appellations aussi variées ne doit pas être interprété comme visant à désigner des activités judiciaires ou des actes juridiques distincts. Tout au plus doit-on y voir la référence aux divers contextes dans lesquels peut avoir lieu l'intervention judiciaire ²⁵³⁸. Il s'ensuit que nos développements consacrés aux effets ainsi qu'aux modalités de contestation du constat d'accord de conciliation sont parfaitement transposables au jugement d'homologation. Pour cette raison, il est inutile de nous y attarder de nouveau et préférons proposer au lecteur de s'y référer ²⁵³⁹.

46 **686. CONCLUSION DU CHAPITRE II** - A l'issue des procédures de pourparlers judiciaires délégués, les parties qui sont parvenues à un accord ont la faculté d'en demander *l'homologation* au juge. La variété des cas d'homologation judiciaire conduit à s'interroger sur leurs critères distinctifs : supposent-ils tous une activité judiciaire identique ou bien dissimulent-ils, sous cette appellation commune, des fonctions judiciaires distinctes ? L'examen des dispositions consacrées à la procédure d'homologation des accords intervenus dans le cadre des procédures de pourparlers judiciaires déléguées

conduit à l'observation suivante : il s'agit d'une fonction purement facultative de constatation judiciaire des accords des parties portant règlement de leur litige. Cette activité judiciaire est donc à rattacher à la catégorie des actes réceptifs du juge relatifs à la solution du litige, actes judiciaires non juridictionnels.

47 On est donc très loin de la matière gracieuse à laquelle les textes semblent pourtant rattacher l'homologation des accords issus de pourparlers judiciaires. En homologuant l'accord des parties, le juge se borne à constater l'existence de ce dernier, après s'être assuré néanmoins, moyennant l'exercice d'un contrôle minimum, de son équilibre apparent ainsi que de sa conformité manifeste à l'ordre public. Sa décision, qui n'a rien de juridictionnel, confère à l'acte constaté l'authenticité ainsi que la force exécutoire. Elle est l'expression d'un pouvoir d'appréciation de nature discrétionnaire, non susceptible de recours.

48 **687. Dualité des fonctions d'homologation judiciaire** – Ces observations nous autorisent dès lors à proposer le classement des diverses fonctions d'homologation judiciaire au sein de deux familles : la première regroupant les homologations judiciaires dites *impératives* qui supposent un contrôle approfondi de nature juridictionnelle et participent à l'effectivité des actes qui y sont soumis ; la seconde regroupant les homologations judiciaires dites *facultatives*, qui supposent un contrôle manifeste de nature non juridictionnelle et contribuent simplement au renfort de l'efficacité des actes qui y sont soumis.

2398. Ayant déjà abordé la question du devoir de confidentialité caractéristique des procédures de conciliation et de médiation judiciaires déléguées, ainsi que celle de ses effets au regard de l'impartialité et de la qualité de la prestation du juge amené à trancher de nouveau le litige en cas de points litigieux persistants, nous n'y reviendrons pas. Aussi, dans ce chapitre consacré à la fin des pourparlers judiciaires délégués, seule l'hypothèse de l'homologation de l'accord des parties sera envisagée.

2399. D'office ou après sollicitation en ce sens par le tiers ou l'une des parties.

2400. NCPC, art. 131-10 al. 4.

2401. NCPC, art. 832-7 al. 2.

2402. NCPC, art. 131-11 et 832-7.

2403. NCPC, art. 837-2 al. 2.

2404. NCPC, art. 131-11 al. 2.

2405. NCPC, art. 131-12 et 832-8.

2406. NCPC, art. 131-12 al. 2 et art. 832-8 al. 2.

2407. NCPC, art. 25 et s.

2408. Pour un rattachement de la matière gracieuse à la fonction juridictionnelle du juge, V. J. HEBRAUD, Commentaire de la loi du 15 juillet 1944 relative à l'organisation et à la compétence de la chambre du conseil, D. 1949. 333 ; Le NINIVIN, La juridiction gracieuse dans le nouveau code de procédure civile, LITEC, 1983 ; I. BALENSI, L'homologation judiciaire des actes juridiques, art. préc., spéc. n° 29 ; L. AMIEL-COSME, La fonction d'homologation judiciaire, art. préc., spéc. p. 139 ; Y. MULLER, Le contrat judiciaire en droit privé, th. préc., p. 77 et suiv. ; G. WIEDERKEHER, Le rôle de la volonté dans la qualification des actes judiciaires, in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques, Etudes à la mémoire du professeur A. RIEG*, éd. BRUYLAND, Bruxelles, 2000, p. 883 et s., spéc. p. 893 et s.

2409. Y. DESDEVISES, Remarques sur la place de la conciliation..., art. préc., p. 247, n° 41.

2410. En ce sens : G. WIEDERKEHER, Le rôle de la volonté dans la qualification des actes judiciaires, art. préc., p. 892.

2411. Sur le rôle du juge lorsqu'il réceptionne les accords de volontés privés, V. Y. MULLER, Le contrat judiciaire en droit privé, th. préc., n° 58 et suiv. : « *L'idée d'une simple réception judiciaire des accords de volonté laisse supposer une certaine passivité du juge dont l'activité se borne, dans ce cas, à l'enregistrement des actes privés qui lui sont soumis* ». V. également nos développements, *supra* n° 604 et s.

2412. I. BALENSI, L'homologation judiciaire des actes juridiques, art. préc., n° 30.

2413. Pour n'en citer que quelques-uns : L. CADIET, Solution judiciaire et règlement amiable des conflits : de la contradiction à la conciliation..., art. préc., p. 133, n° 16 ; du même auteur, Les jeux du contrat et du procès, esquisse, art. préc., n° 26, p. 38 ; également, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 936 ; M. OLIVIER, La conciliation et la médiation judiciaires en matière civile, art. préc., p. 1265 ; J.-P. VIENNOIS, L'amiable, RGDP, n° 4, oct.-déc. 1999, p. 471 et suiv., spéc. p. 495, n° 30 : « *La médiation est donc une procédure judiciaire débouchant sur une*

*solution juridictionnelle qui ne cadre pas avec la notion d'amiable » ; Y. DESDEVISES, Les transactions homologuées, vers des contrats juridictionnalisables ?, D. 2000, chron. 284 et suiv., spéc. n° 4 ; B. BLOHORN-BRENNEUR, La médiation judiciaire en matière prud'homale, le protocole d'accord et la décision d'homologation, D. 2001. 251 et suiv., spéc. p. 253 et suiv. 2414. S. GUINCHARD, L'ambition d'une justice civile renouvelée..., art. préc., D. 1999, chr. p. 63 et suiv., spéc. p. 67, n° 18 ; J. VINCENT et S. GUINCHARD, Procédure civile, *op. cit.*, n° 200, a) ; Méga nouveau code de procédure civile, Dalloz, 1999, commentaires s./ art. 131-16, n° 008 ; Ch. JARROSSON, Les dispositions sur la conciliation et la médiation judiciaires de la loi du 8 février 1995, Rev. Arb. 1995. 219 et suiv., spéc. p. 226, n° 20 ; Le nouvel article 1441 NCPC, la transaction revêtue de la formule exécutoire, RGDP, n° 1, janv./mars 1999, p. 133 et suiv., spéc. p. 138 : « la référence à la matière gracieuse doit être évitée car elle est ici erronée » ; R. PERROT, L'homologation des transactions, Rev. Procédures, août-sept. 1999, p. 3 ; J. HERON, Réflexions sur le décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 modifiant le code de l'organisation judiciaire et le nouveau code de procédure civile, RGDP, n° 1, janv.-mars 1999, p. 65 et suiv., spéc. p. 73 qui évoque l'idée d'un « cas de fausse juridiction gracieuse » ; G. WIEDERKEHER, Le rôle de la volonté dans la qualification des actes judiciaires, art. préc., p. 893 : « Le terme d'homologation paraît donc tout à fait abusif et la référence à la matière gracieuse particulièrement malvenue ».*

2415. Dans le sens de l'existence d'une activité gracieuse particulièrement hétérogène : G. CORNU et J. FOYER, Procédure civile, PUF, 3^e éd. 1996, p. 137 et suiv. qui craignent même que la juridiction gracieuse ne se transforme en un « fourre-tout » ; J. HERON, Réflexions sur le décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998..., art. préc., p. 73 ; Y. MULLER, Le contrat judiciaire en droit privé, th. préc., p. 77 et suiv. ; Ch. FARDET, La notion d'homologation, Revue Droits, n° 28, 1999, PUF, p. 181 et suiv. : « Certaines homologations produisent des effets, induisent des régimes juridiques incompatibles entre eux. C'est donc que ces homologations ne répondent à aucune notion ou bien que certaines sont, conceptuellement, de fausses homologations ». V. également, I. BALENSI, L'homologation judiciaire des actes juridiques, RTDCiv. 1978. 42 et suiv., 233 et suiv. ; L. AMIEL-COSME, La fonction d'homologation judiciaire, Justices, n° 5, janv.-mars 1997, p. 135 et suiv.

2416. Y. MULLER, Le contrat judiciaire en droit privé, th. préc., p. 77 et suiv.

2417. Un auteur s'est néanmoins récemment proposé de définir la notion d'homologation (en droit public) : Ch. FARDET, La notion d'homologation, art. préc.

2418. C. civ., art. 1397 ; M.-J. REYMOND DE GENTIL, Volonté des époux et rôle du juge dans la modification du régime matrimonial, JCP. G. 1973. I. 2558 ; M. HENRY, L'intérêt de la famille réduit à l'intérêt des époux ; E. DE MONREDON, 25 ans de changement de régime matrimonial par requête conjointe, JCP. G. 1991. I. 3527 ; Ph. MALAURIE, Changement conventionnel de régime matrimonial et suppression de l'homologation judiciaire, Defrénois, 1998. 913 ; J. THIERRY, Faut-il supprimer le contrôle judiciaire du changement de

régime matrimonial ?, D. 2000. 68 et suiv. ; S. FREMEAUX, L'avenir de l'homologation judiciaire du changement de régime matrimonial, Defrénois, 2000. 529.

2419. C. civ., art. 232 ; J. MASSIP, Le divorce par consentement mutuel et la pratique des tribunaux, D. 1979. 117 ; R. NERSON, Du divorce par consentement mutuel, RTDCiv. 1980. 554.

2420. C. civ., art. 466 ; M. DAGOT, L'homologation des partages intéressants un incapable, JCP. 1974. I. 2612.

2421. L. n° 84-148 du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises, mod. L. n° 94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises ; V. C. com., art. L. 611-1 et s. Sur ce point, V. notam. Y. CHAPUS, Droit de la prévention et du règlement amiable des entreprises en difficultés, PUF, 1986, p. 127 et suiv. ; du même auteur, L'office du juge dans le traitement précoce des difficultés, in *Le nouveau droit des défaillances d'entreprises*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 1995, p. 93 et suiv. ; Ch. LARROUMET, Procédure de règlement amiable et droits communs, in *Le nouveau droit des défaillances d'entreprises*, op. cit., p. 103 et suiv. ; A. COURET, N. MORVILLIERS, G. A. de SENTENAC, Le traitement amiable des difficultés des entreprises, Economica, 1995.

2422. Y. DESDEVISES, Les transactions homologuées : vers des contrats juridictionnalisables ?, D. 2000. 284 et suiv., spéc. n° 6.

2423. NCPC, art. 1441-4 ; R. PERROT, L'homologation des transactions (NCPC, art. 1441-4), art. préc., p. 3 ; M. DOUCHY, Le décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 modifiant le Code de l'organisation judiciaire et le nouveau code de procédure civile : l'adoption partielle des propositions du Rapport de J.-M. COULON, Gaz. Pal. 1999, doct. 831 et suiv., spéc. p. 836 ; J. HERON, Réflexions sur le décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 modifiant le Code de l'organisation judiciaire et le nouveau code de procédure civile, RGDP, 1999, n° 1, p. 65 et suiv., spéc. p. 73 et suiv. ; Ch. JARROSSON, MARC, Le nouvel article 1441-4 NCPC..., art. préc., p. 133 et suiv., spéc. p. 135.

2424. NCPC, art. 131-12 et 832-8 ; V. les références citées *supra* notes (de la seconde parties) n° 720 et n° 722.

2425. Y. MULLER, Le contrat judiciaire en droit privé, th. préc., p. 79, n° 74 ; Ch. FARDET, La notion d'homologation, art. préc., p. 181 : « Elle appartient à la catégorie des actes de contrôle ».

2426. I. BALENSI, L'homologation judiciaire des actes juridiques, art. préc., n° 1 : « la juxtaposition de la décision du juge et d'un acte juridique préexistant [...] constitue la spécificité [...] de l'homologation judiciaire ».

2427. Y. MULLER, Le contrat judiciaire en droit privé, th. préc., p. 86, n° 80 ; I. BALENSI, L'homologation judiciaire des actes juridiques, art. préc., n° 16.

2428. NCPC, art. 25 : « Le juge statue en matière gracieuse lorsqu'en l'absence de litige, il est saisi d'une demande dont **la loi exige**, en raison de la nature de l'affaire ou de la qualité du requérant,

qu'elle soit soumise à son **contrôle** » ; Y. MULLER, Le contrat judiciaire en droit privé, th. préc., p. 83, n° 78 ; I. BALENSI, art. préc., n° 15.

2429. G. CORNU, Vocabulaire juridique, *op. cit.*, V°. Homologation : « *Approbation judiciaire à laquelle la loi subordonne certains actes et qui, supposant du juge un contrôle de légalité et souvent un contrôle d'opportunité, confère à l'acte homologué la force exécutoire d'une décision de justice* ». Pour information, E. LITTRE, *op. cit.*, définit le verbe homologuer comme : « *Confirmer par autorité de justice, un acte fait entre particuliers* », ce qui revient à assimiler cette activité à la juridiction volontaire du droit romain.

2430. V. Ch. FARDET, La notion d'homologation, art. préc., spéc. p. 188 et suiv. : l'auteur retient une distinction similaire et propose une qualification. Ainsi, il distingue entre les actes dits de *perfection* et les actes dits de *codécision* ou bien de *coaction*. Les actes de *perfection* sont ceux exercés dans le seul but de renforcer les effets d'un acte déjà existant et déjà effectif. La perfection est un « *luxe juridique* », purement facultatif et intervenant en aval de l'acte. Aux actes de perfection, l'auteur oppose les actes de *codécision* et de *coaction*. Les premiers conditionnent véritablement l'existence de l'acte sur lequel ils portent : tant qu'il n'y a pas de codécision, l'acte n'existe pas ; les seconds conditionnent plus simplement son effectivité : l'acte existe préalablement mais ne peut produire d'effets tant qu'il n'y a pas eu de coaction.

2431. G. WIEDERKHER, L'évolution de la justice gracieuse, in Mélanges DRAI, Dalloz 2000, p. 483 et suiv. ; J.-L. BERGEL, La juridiction gracieuse en droit français, D. 1983. 154 et suiv.

2432. G. BRULLIARD, L'évolution de la notion de juridiction dite « gracieuse » ou « volontaire » et de celle de juridiction d'après les récents travaux de la doctrine italienne, RTDCiv. 1957. 5 et suiv.

2433. I. BALENSI, L'homologation judiciaire des actes juridiques, art. préc., p. 44 et suiv.

2434. I. BALENSI, L'homologation judiciaire des actes juridiques, art. préc., p. 45, qui cite : POTHIER, *Pandectes*, Livre II, Titre I, article 11, n° 8 et MERLIN, Répertoire, V° Juridiction gracieuse.

2435. J.-L. BERGEL, La juridiction gracieuse en droit français, art. préc., p. 154 ; G. COUCHEZ, J.-P. LANGLADE, D. LEBEAU, Procédure civile, *op. cit.*, n° 758 et s. ; *contra* : G. WIEDERKEHER, Le rôle de la volonté dans la qualification des actes judiciaires, art. préc., p. 893 et s. qui semble plutôt retenir comme critère distinctif entre la juridiction gracieuse et la juridiction contentieuse « *la manière dont le juge est saisi : la manifestation de volonté qui saisit le juge et lui donne le pouvoir de juger constitue un acte unilatéral dans le cas de la procédure gracieuse et une convention dans le cas de la procédure contentieuse* ». Ce faisant, l'auteur ravive l'ancienne polémique relative à la nature juridique du lien d'instance en lui reconnaissant une nature contractuelle...

2436. L. AMIEL-COSME, La fonction d'homologation judiciaire, art. préc., p. 139 ; en ce sens également, I. BALENSI, L'homologation judiciaire des actes juridiques, art. préc., n° 29 et suiv. ; L. CADIET, Droit judiciaire, *op. cit.*, n° 319.

2437. I. BALENSI, L'homologation judiciaire des actes juridiques, art. préc., n° 29 : « *Il est aisé de démontrer que le juge de l'homologation est loin d'avoir un rôle passif : s'il n'était que le témoin solennel de la déclaration des parties [...], sa mission serait alors essentiellement d'authentification et les effets de son intervention pour le moins limités : il n'y aurait aucun inconvénient à les confier à un notaire ou à un officier public. Si précisément l'homologation est le fait du juge, c'est qu'elle est autre chose qu'un acte purement réceptif* ». Pour une définition de la *juris dictio*, comme élément constitutif de l'*imperium* du juge, V. par ex. Ch. JARROSSON, *Réflexions sur l'imperium*, art. préc., p. 240 et suiv., spéc. n° 45.

2438. Par exemple, dans le cadre de la procédure de divorce par consentement mutuel, le juge doit vérifier « *la recevabilité de la requête* » (NCPC, art. 1099) et s'assurer « *du libre accord persistant des époux* » (NCPC, art. 1099) afin d'avoir la conviction que « *la volonté de chacun d'eux est réelle et que chacun d'eux a donné librement son accord* » (C. civ., art. 232). Egalement, en cas de changement de régime matrimonial, il appartient au juge de s'assurer que le consentement des époux persiste, que la demande n'intervient qu'après l'écoulement du délai légal de deux années (C. civ., art. 1397) et que la convention de changement a bien la forme notariée (C. civ., art. 1397).

2439. Parmi ces intérêts, on peut citer celui de la *famille* ou des *enfants* qui peut être mise en cause par la convention des époux portant changement de leur régime matrimonial (C. civ., art. 1397 et NCPC, art. 1300-1303) : M. HENRY, L'intérêt de la famille réduit à l'intérêt des époux, D. 1979. 179 et Ch. MOULY, L'avis des enfants sur le changement de régime matrimonial de leurs parents, JCP. G. 1989. I. 3379 ; Pour une application, par ex. : Cass. civ. 1^e, 17 juin 1986, JCP. 1987. II. 20809 ; également, l'intérêt du *mineur* en cas de partage d'une indivision comprenant un mineur doit être pris en considération par le juge (C. civ., art. 466 et NCPC, art. 1231) ; enfin, l'intérêt de l'*enfant* ou des *époux* doit être préservé en cas de divorce par consentement mutuel (C. civ., art. 232 al. 2 et NCPC, art. 1099), à défaut de quoi le juge peut refuser l'homologation : Paris, 10 oct. 1990 ; D. 1990. IR. 275 ; sur la nécessité d'apprécier l'intérêt des enfants en sus de celui des époux : Cass. civ. 2^e, 24 fév. 2000, JCP. G. 2000. IV. 1633, Defrén. 2000. 1050, obs. MASSIP, Dr. Famille. 2000. 57, note LECUYER.

2440. I. BALENSI, L'homologation judiciaire des actes juridiques, art. préc., n° 29.

2441. L. CADIET, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 319.

2442. Les articles 450 à 466 sont applicables aux décisions gracieuses : V. notam. art. 451, 454 et 466 ; V. également C. civ., art. 1397 qui parle de « **jugement d'homologation** », ou encore, NCPC, art. 1009 : « *Il [le juge] rend sur-le-champ un **jugement** par lequel il homologue...* ».

2443. V. par exemple NCPC, art. 543 pour l'appel.

2444. J. CARBONNIER, Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille, in Les notions à contenu variable en droit, dir. Ch. PERELMAN et R. VANDER ELST, Travaux du Centre national de Recherches de logique, Bruylant, 1984, p. 99 et suiv.

2445. I. BALENSI, L'homologation judiciaire des actes juridiques, art. préc., n° 15 : « Le législateur a prévu son intervention dans des matières où l'on est passé de l'interdiction absolue à la liberté contrôlée [...] ou dans des procédures entièrement placées sous tutelle judiciaire et dont l'homologation constitue l'ultime contrôle du juge » ; Plus radicalement, J.-L. BERGEL, La juridiction gracieuse en droit français, art. préc., p. 155 : l'auteur affirme que « sont concernés les droits dont les parties n'ont pas la libre disposition ». V. également nos développements sur le champ matériel d'application des procédures de conciliation et de médiation judiciaires et la tendance actuelle à la perméabilité des matières gouvernées par des dispositions d'ordre public aux volontés privées sous s d'un contrôle judiciaire approfondi, autrement dit, d'une entrée en puissance du droit processuel, *supra* n° 395 et s.

2446. J. HAUSER, Le juge homologateur en droit de la famille, art. préc., p. 120. Mais cette ouverture doit nécessairement s'accompagner d'un contrôle du juge : « Dès lors que le législateur accepte de desserrer les contraintes, de dépasser la simple adhésion et d'offrir aux sujets de droit une aire de véritable création et de liberté, plusieurs solutions s'offrent à lui quant au nouveau rôle du juge », *ibid.*, p. 115.

2447. F.-J. PANSIER, De la contractualisation du droit de la famille en général..., art. préc., *Gaz. Pal.* 1999, doct., 287 et s.

2448. P. MALAURIE et L. AYNES, Droit civil, La famille, par Ph. MALAURIE, *op. cit.*, n° 26.

2449. C. civ., art. 2046 qui autorise les transactions sur l'intérêt civil en matière délictuelle et les articles 41 et suivants du Code de procédure pénale qui autorisent le procureur de la République à proposer au délinquant, préalablement à sa décision sur l'action publique, soit une médiation pénale (L. 93-4 du 4 janvier 1993, art. 6, D. 1993. L. 135 et D. n° 96-305 du 10 avril 1996, JCP. G. 1996. III. 67925), soit une composition pénale (loi n° 99-515 du 23 juin 1999, JCP. G. 1999. III. 20110). Sur la médiation pénale, voir notam. : G. BLANC, La médiation pénale, JCP. G. 1994. I. 3760 ; F. LE GUNEHEC, Commentaire des dispositions pénales de la loi du 8 février 1995 : réformettes, réformes d'ampleur et occasions manquées, JCP. G. 1995. I. 3862 et 3864 ; M.-C. DESDEVISES, Les fondements de la médiation pénale, *Mélanges en l'honneur de H. BLAISE*, p. 175 et suiv. ; M.-E. CARTIER, Les modes alternatifs de règlement des conflits en matière pénale RGDP, 1998, n° 1, p. 1 et suiv. ; Sur la transaction pénale : V. notam. : J. LEBLOIS-HAPPE, De la transaction pénale à la composition pénale, à propos de la loi n° 99-515 du 23 juin 1999, JCP. G. 1999. I. 198 ; sur cette loi, Aperçu rapide de F. LE GUNEHEC, JCP. G. 1999. Actualité, p. 1325 ; J. PRADEL, Une consécration du *plea bargaining* à la française : la composition pénale instituée par la loi n° 99-515 du 23 juin 1999, D. 1999. 379 et suiv.

2450. Notamment, en droit fiscal et droit des marchés publics où il est fréquemment recouru à la conciliation et à la transaction. V. Y. GAUDEMET, Le « précontentieux » : le règlement non juridictionnel des conflits dans les marchés publics, *AJDA* 1994. n° spécial, juillet-août, p. 84 et suiv. ; A. GUIHAL, La conciliation et la médiation administratives, *Gaz. Pal.* 1996. 954 et suiv. ; M. HEERS, La conciliation par le juge administratif et ses déboires,

Gaz. Pal. 1996. 478 ; Sur la circulaire du 6 février 1995 : Développement du recours à la transaction pour régler autrement les conflits, Le Moniteur, 3 mars 1995, p. 290 et suiv., article anonyme ; Ch. JARROSSON, Remarques sur la circulaire du 6 février 1995 relative au développement de la transaction administrative, Rev. Arb. 1995. 435 et suiv.

2451. Pour une incitation à l'admission des transactions dans les matières relevant de règles impératives, V. X. LAGARDE, Transaction et ordre public, D. 2000. 217 et suiv. D'une manière générale, on observe que dans ces matières, il y a toujours place pour les conventions des parties portant sur des questions d'ordre purement patrimonial : X. LAGARDE, Transaction et ordre public, art. préc., n° 5 et suiv. ; Y. MULLER, Le contrat judiciaire en droit privé, th. préc., n° 75, spéc. note n° 296.

2452. J. HAUSER, Le juge homologateur en droit de la famille, art. préc., p. 120.

2453. J. HAUSER, Le juge homologateur en droit de la famille, *op. et loc. cit.*

2454. Y. MULLER, Le contrat judiciaire en droit privé, th. préc., n° 75.

2455. Y. MULLER, Le contrat judiciaire en droit privé, th. préc., n° 78.

2456. Sur l'existence de droits *relativement* indisponibles, par opposition aux droits *absolument* indisponibles, V. *supra* n° 393.

2457. NCPC, art. 27. Sur la diversité des pratiques de contrôle judiciaire, susceptible de donner lieu à des décisions incohérentes, V. S. FREMEAUX, L'avenir de l'homologation judiciaire du changement de régime matrimonial, Defrénois 2000. 529 et s.

2458. *A contrario*, on en déduit que la convention des parties qui ne porte pas sur des matières aussi sensibles que celles gouvernées par des dispositions d'ordre public et pour lesquelles le législateur n'a pas prévu de procédure d'homologation judiciaire impérative, ne nécessite pas un contrôle aussi approfondi de la part du juge.

2459. NCPC, art. 27.

2460. NCPC, art. 26.

2461. S. FREMEAUX, L'avenir de l'homologation judiciaire du changement de régime matrimonial, art. préc., n° 3 et 4.

2462. I. BALENSI, L'homologation judiciaire des actes juridiques, art. préc., n° 33.

2463. J. HAUSER, Le juge homologateur..., art. préc., p. 125.

2464. I. BALENSI, L'homologation judiciaire des actes juridiques, art. préc., n° 33.

2465. S. FREMEAUX, L'avenir de l'homologation judiciaire du changement de régime matrimonial, art. préc., n° 20.

2466. On pense notamment au jugement d'homologation de la convention définitive de divorce, qui prononce le divorce et qui, de ce fait, est indissociable de la convention.

2467. J. HAUSER, Le juge homologateur en droit de la famille, art. préc., p. 117 et s.

2468. I. BALENSI, L'homologation judiciaire des actes juridiques, art. préc., n° 42 et suiv.

2469. I. BALENSI, art. préc., n° 42 et suiv. ; Y. MULLER, th. préc., n° 79 ; S. FREMEAUX, L'avenir de l'homologation judiciaire du changement de régime matrimonial, art. préc., 540, n° 19.

2470. Cass. civ. 1^e, 14 janvier 1997, Defr. 1997, art. 36526, p. 420, obs. CHAMPENOIS, D. 1997. 273, rapport X. SAVATIER, JCP. G. 1997. II. 22912, note E. PAILLET.

2471. S. FREMEAUX, *op. et loc. cit.*

2472. I. BALENSI, art. préc., n° 43.

2473. I. BALENSI, art. préc., n° 43 ; S. FREMEAUX, L'avenir de l'homologation judiciaire du changement de régime matrimonial, art. préc., p. 540, n° 19.

2474. NCPC, art. 131-12 et 832-8.

2475. NCPC, 1441-4 ; Pour les transactions conclues dans le cadre d'une instance judiciaire ou, à tout le moins, mettant fin à l'instance accessoirement à l'action et ce, indépendamment de toute procédure de conciliation ou de médiation judiciaire, ce sont les dispositions de l'article 384 NCPC qui s'appliquent. Dans ce sens : Ch. JARROSSON, Le nouvel article 1441-4 NCPC, la transaction revêtue de la formule exécutoire, RGDP. 1999, n° 1, p. 135 ; Y. DESDEVISES, Les transactions homologuées, vers des contrats juridictionnalisables ?, art. préc., n° 6 ; R. PERROT, L'homologation des transactions (NCPC, art. 1441-4), Rev. Procédures, août-septembre 1999, p. 4, n° 3 ; S. GUINCHARD, L'ambition d'une justice civile renouvelée, art. préc., n° 18, l'auteur réserve l'application de l'article 1441-4 aux transactions « *conclues sous signatures privées* » ; *contra*, J. HERON, Réflexions sur le décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 ..., art. préc., p. 74 : « *L'article 1441-4 ne pose aucune condition quant aux circonstances dans lesquelles la transaction a été conclue. Il faut donc en conclure qu'il s'applique aussi bien aux transactions conclues dans un contexte judiciaire qu'à celles qui ont été menées à bien en dehors de tout procès* ».

2476. Trib. com. Châlons-sur-Marne, 1^{er} juin 1978, RTDCiv. 1979. 198 pour la validité de l'accord de conciliation ; C. civ., art. 2052 pour les transactions.

2477. Ch. FARDET, La notion d'homologation, art. préc., p. 188.

2478. Ch. JARROSSON, Les dispositions sur la conciliation et la médiation judiciaires de la loi du 8 février 1995, art. préc., n° 20 : « *Quant au sort de la médiation [...] en cas de succès, elle se terminera et les parties pourront soumettre leur accord au juge pour homologation, ce qui lui donnera force exécutoire* » ; du même auteur, Remarques sur la circulaire du 6 février 1995, art. préc., p. 419, n° 15 : « *Le contrat judiciaire, équivalent à un acte authentique et qui résulte de l'homologation de la transaction par le juge, n'a pas le caractère d'un jugement auquel serait attaché une quelconque autorité de chose jugée* ».

2479. Ch. FARDET, La notion d'homologation, art. préc., p. 188 et suiv.

2480. La circulaire du 6 février 1995 (JO du 15 février 1995, p. 2521), qui comporte en annexe diverses dispositions consacrées aux *Principes généraux concernant la transaction* en droit administratif, précise sommairement, dans son article 1.5, en quoi consiste la procédure d'homologation des transactions conclues avec l'Administration ; V. également, Y. GAUDEMET, Le précontentieux, art. préc., spéc. p. 89, qui précise que l'homologation est une procédure de **sanction** de l'accord des parties ; dans le même sens, V. le Rapport du

Conseil d'Etat, Régler autrement les litiges, La documentation française, 1993, p. 62 : « Lorsqu'au cours d'une transaction, le juge administratif est saisi par les parties d'une demande visant à **sanctionner** l'accord conclu, il vérifie le respect des règles d'ordre public. A cet égard, son contrôle du « contrat judiciaire » peut paraître plus poussé que celui exercé par le juge judiciaire » ; G. KEROMNES, Les modes alternatifs de règlement amiable des litiges en matière administrative, Gaz. Pal. 1997, doct. p. 346 et s., spéc. p. 348 et 349, pour qui le rôle du juge administratif est de « **constater ou consacrer** » l'accord des parties.

2481. Dans ce sens : A. GUIHAL, art. préc., p. 8 : « le juge administratif se montre parfois plus exigeant que son homologue judiciaire » ; V. également la circulaire du 6 février 1995 préc. qui précise, dans son article 1.5, que tandis que « le juge judiciaire se borne à entériner l'accord, sans contrôler son contenu », en revanche, « le juge administratif se livre à une vérification beaucoup plus étendue du respect par l'administration des règles d'ordre public auxquelles elle ne peut déroger ».

2482. 19 mars 1971, Rec. Lebon, p. 235 conclusions ROUGEVIN-BAVILLE ; repris depuis dans d'autres arrêts : notam. CE 7 octobre 1981, Aniform c./ Sahuc, Lebon, p. 335.

2483. Sur le faible taux de transaction en matière administrative et la volonté d'inciter l'Administration à transiger plus : Rapport du Conseil d'Etat, Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative, La documentation française, 1993, p. 64 et suiv. et p. 77 et suiv.

2484. V. les conclusions de ROUGEVIN-BAVILLE à propos de l'arrêt Mergui : « Nous ne vous proposons pas d'admettre que le juge puisse refuser l'homologation de l'accord des parties par le seul motif que la somme offerte par l'administration lui paraît supérieure au préjudice subi, à moins que la disproportion soit telle que la prétendue transaction ne devienne une libéralité [...]. Mais nous pensons qu'il doit le faire si tout ou partie des sommes allouées correspond à un préjudice ou à un chef de préjudice qui n'existe pas ou qui n'engage pas la responsabilité de la puissance publique. Il nous paraît impossible qu'il puisse condamner l'administration à une somme qu'il sait ne pas être due, même si, ce faisant, il se borne à sanctionner l'accord des parties ». Pour une critique de ces conclusions qui autorisent une révision judiciaire de la transaction par le juge administratif, Ch. JARROSSON, Remarques sur la circulaire du 6 février 1995 relative au développement de la transaction en matière administrative, Rev. Arb. 1995. 435 et suiv., spéc. p. 437 et suiv.

2485. Ch. JARROSSON, Remarques sur la circulaire du 6 février 1995..., op. et loc. cit. ; dans le même sens, A. GUIHAL, La conciliation et la médiation administrative, art. préc., p. 8.

2486. Quand bien même la procédure d'homologation aurait été imposée par la loi et prévoirait un contrôle de type juridictionnel de la part du juge.

2487. I. BALENSI, L'homologation judiciaire des actes juridiques, art. préc., n° 38 et suiv.

2488. I. BALENSI, op. et loc. cit. ; pour une application de cette règle à la procédure d'exequatur des sentences arbitrales, V. J. ROBERT, L'arbitrage, 6^e éd., Dalloz, 1993, n° 216 : « Le juge de l'exequatur ne pourrait accorder un exequatur partiel ou sous réserve. Il ne peut que l'accorder purement et simplement ou le refuser ».

2489. I. BALENSI, *op. et loc. cit.*

2490. I. BALENSI, art. préc., n° 40 ; Y. MULLER, *Le contrat judiciaire en droit privé*, th. préc., n° 78 ; Cass. com., 18 octobre 1961, JCP. G. 1962. II. 12438, note GAVALDA ; TGI Avesnes-sur-Helpe, 12 mars 1975, JCP. G. 1975. II. 18126, note J. PATARIN.

2491. V. *supra*, n° 383 et s. sur le champ matériel d'application de ces procédures.

2492. J. VINCENT et S. GUINCHARD, *Procédure civile*, *op. cit.*, n° 200.

2493. Y. MULLER, *Le contrat judiciaire en droit privé*, th. préc., n° 136 ; dans le même sens, Ch. JARROSSON, *Le nouvel article 1441-4 NCPC...*, art. préc., p. 139 : « ... il ne fait guère de doute qu'un contrôle minimum doit être opéré... ».

2494. Dans le même sens : Ch. JARROSSON, *Le nouvel article 1441-4 NCPC...*, *loc. cit.* : « ... il ne saurait être question de transformer le président du tribunal de grande instance en une simple chambre d'enregistrement, chargé de conférer automatiquement la force exécutoire aux actes qui lui sont présentés » ; également, B. FAUCHER, *La conciliation*, th. préc., p. 387 : « Il ne faudrait pas, selon nous, conclure de ce qui précède que le juge doit purement et simplement se borner à apposer son seing sur le procès-verbal de conciliation sans préalablement procéder à un examen de celui-ci. [...] Ce droit de regard sera certes très limité » ; R. PERROT, *L'homologation des transactions*, art. préc., n° 4 : « Si un juge est sollicité, ce n'est tout de même pas pour avaliser les yeux fermés la requête qui lui est présentée. Il est là pour procéder à une vérification au moins apparente ».

2495. Paris, 23 octobre 1987, D. 1988. som. 126, obs. P. JULIEN.

2496. Y. MULLER, *Le contrat judiciaire en droit privé*, th. préc., p. 146, n° 135.

2497. Y. MULLER, *Le contrat judiciaire en droit privé*, th. préc., p. 147, n° 136.

2498. Ce contrôle est selon nous le même que celui que le juge exerce lorsqu'il est saisi d'une simple demande de constatation d'un accord de conciliation, par exemple sur le fondement de l'article 129 NCPC : V. nos développements *supra* n° .

2499. Dans ce sens, B. FAUCHER, *La conciliation*, th. préc., p. 388.

2500. Y. MULLER, *op. et loc. cit.*

2501. V. *infra* n° 642 et s.

2502. Ch. JARROSSON, *Le nouvel article 1441-4 NCPC...*, art. préc., p. 139, n° 2.

2503. NCPC, art. 1477.

2504. Et non pas sur sa régularité : J. EL HAKIM, *L'exécution des sentences arbitrales*, Etudes dédiées à A. WEIL, 1983, Dalloz-Litec, p. 227 et suiv., spéc. p. 234 et suiv. : « On admet généralement que le juge appelé à se prononcer sur l'exequatur n'a pas à examiner le bien fondé de la sentence, à la lumière de la loi au fond, ni sa régularité en vertu de la loi régissant la procédure. ». Le contrôle du juge doit se limiter à la vérification de l'authenticité et de la réalité de la sentence, puis de sa conformité manifeste à l'ordre public : J. ROBERT, *L'arbitrage*, 6^e éd., 1993, Dalloz, p. 189, n° 216 ; Ph. BERTIN, *Le rôle du juge dans l'exécution de la sentence arbitrale*, Rev. Arb. 1983. 281 et suiv., spéc. p. 283.

2505. L'accord doit avoir l'apparence extérieure d'un accord de conciliation ou de médiation, si le juge est saisi sur le fondement des articles 131-12 ou 832-8 NCPC ; ou bien

celle d'une transaction s'il est saisi sur le fondement de l'article 1441-4 NCPC.

2506. Se pose alors la question de savoir si à cette fin, le juge est tenu de s'assurer de l'existence de concessions réciproques. Ch. JARROSSON, *in* Le nouvel article 1441-4 NCPC, art. préc., p. 139, précise cependant que « *ce contrôle de l'apparence ne saurait valoir « brevet de qualification » : il n'empêchera pas l'une des parties de contester par la suite la qualification de la transaction devant le juge du fond* ».

2507. Ch. JARROSSON, Les concessions réciproques dans la transaction, D. 1997. 267 et s., spéc. n° 7 ; L. CADIET, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 941 ; G. CORNU et J. FOYER, Procédure civile, *op. cit.*, p. 47, n° 8 ; Y. MULLER, Le contrat judiciaire en droit privé, th. préc., p. 141, n° 131

2508. En matière d'exequatur des sentences arbitrales, la nécessité d'un contrôle de conformité manifeste à l'ordre public a été affirmé par la Cour de cassation : Cass. civ. 2^e, 17 juin 1971, D. 1971. Somm. 177 ; JCP. G. 1971. II. 16914, note LEVEL ; Rev. Arb. 1971. 10, note B.M. Sur cette question, V. notam. Ph. BERTIN, Le rôle du juge dans l'exécution de la sentence arbitrale, Rev. Arb. 1983. 281 et suiv., spéc. p. 283 ; J. EL HAKIM, L'exécution des sentences arbitrales, Etudes dédiées à A. WEIL, 1983, Dalloz-Litec, p. 227 et suiv. spéc. p. 235 ; J. ROBERT, L'arbitrage, *op. et loc. cit.*

2509. J. ROBERT, L'arbitrage, *op. et loc. cit.*

2510. J. ROBERT, *op. et loc. cit.*

2511. J. ROBERT, *op. et loc. cit.* ; Ch. JARROSSON, Le nouvel article 1441-4 NCPC..., art. préc., p. 139.

2512. Néanmoins, un auteur préconise au juge d'user de tous les pouvoirs que lui offrent la procédure d'ordonnance sur requête ainsi que la procédure gracieuse, en interprétant à la lettre le mot « requête » employé par l'article 1441-4 NCPC à propos de la procédure d'homologation des transactions et en faisant entrer cette dernière dans la juridiction gracieuse, ce que, pour notre part, nous contestons : R. PERROT, L'homologation des transactions, art. préc., n° 5.

2513. Ch. JARROSSON, Le nouvel article 1441-4 NCPC..., *op. et loc. cit.*

2514. I. BALENSI, art. préc., n° 29, qui envisage l'hypothèse de conventions contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs, à l'égard desquelles il semble consentir à ce que le juge puisse refuser son homologation malgré le caractère essentiellement passif de son activité ; B. FAUCHER, La conciliation, th. préc., p. 388 et s. : « *il est nécessaire de reconnaître au magistrat [...] le droit de refuser d'apposer la formule exécutoire sur le procès-verbal de conciliation lorsque la convention des parties n'est pas conforme à la légalité* » et les références citées par l'auteur ; R. PERROT, L'homologation des transactions, art. préc., n° 5 ; Ch. JARROSSON, Le nouvel article 1441-4 NCPC..., art. préc., p. 140.

2515. Dans ce sens, B. FAUCHER, La conciliation, th. préc., p. 390. Si l'on reprend la comparaison avec la procédure d'exequatur des sentences arbitrales, on observe que l'ordonnance qui refuse l'exequatur doit être motivée (NCPC, art. 1478 al. 2).

2516. Pour une réponse affirmative, B. FAUCHER, La conciliation, th. préc., p. 397 et s. On fera remarquer à ce titre que l'ordonnance du président du tribunal de grande instance qui refuse l'exequatur d'une sentence arbitrale peut être frappée d'appel (NCPC, art. 1489) contrairement à l'ordonnance qui accorde l'exequatur (NCPC, art. 1488).

2517. V. *supra* n° 88.

2518. Et éventuellement sur sa nature transactionnelle si l'on se trouve dans le cadre de la procédure de l'article 1441-4 NCPC.

2519. *Supra* n° 664.

2520. L. CADIET, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 315 : « Une décision est contentieuse lorsqu'elle tranche une contestation ».

2521. G. WIEDERKEHR, L'évolution de la juridiction gracieuse, in Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre DRAI, Dalloz, 2000, p. 483 et suiv.

2522. J.-L. BERGEL, La juridiction gracieuse en droit français, art. préc., p. 154.

2523. G. WIEDERKEHR, L'évolution de la juridiction gracieuse, in Mélanges P. DRAI, Dalloz, 2000, p. 483 et s., spéc., p. 487 : « L'absence du caractère juridictionnel du donné acte tenant notamment au fait que le juge en la matière n'exerce aucun pouvoir de décision, le critère de qualification paraît simple : si l'acte aurait pu valablement être fait sans l'intervention du juge qui lui confère seulement l'authenticité et la force exécutoire, il relève de la catégorie des donné acte ».

2524. B. FAUCHER, La conciliation, th. préc., p. 405.

2525. L. CADIET, Solution judiciaire et règlement amiable des conflits : de la contradiction à la conciliation..., art. préc., p. 133, n° 16 ; du même auteur, Les jeux du contrat et du procès, esquisse, art. préc., n° 26, p. 38 ; également, Droit judiciaire privé, *op. cit.*, n° 936 ; M. OLIVIER, La conciliation et la médiation judiciaires en matière civile, art. préc., p. 1265 ; J.-P. VIENNOIS, L'amiable, art. préc., p. 495, n° 30 ; R. PERROT, L'homologation des transactions, art. préc., n° 5 ; Y. DESDEVISES, Les transactions homologuées, vers des contrats juridictionnalisables ?, art. préc., spéc. n° 4 ; B. BLOHORN-BRENNEUR, La médiation judiciaire en matière prud'homale, le protocole d'accord et la décision d'homologation, D. 2001. 251 et suiv., spéc. p. 253 et suiv. ; G. COUCHEZ, Procédure civile, *op. cit.*, n° 288 bis ; G. COUCHEZ, J.-P. LANGLADE, D. LEBEAU, Procédure civile, *op. cit.*, n° 287.

2526. J.-P. VIENNOIS, L'amiable, art. préc., n° 32.

2527. L. CADIET, Solution judiciaire et règlement amiable des conflits..., art. préc., n° 16.

2528. NCPC, art. 131-12 al. 2 et 832-8 al. 2 ; L. 95-125 du 8 février 1995, art. 25.

2529. L. CADIET, Solution judiciaire et règlement amiable des conflits..., art. préc., n° 16.

2530. S. GUINCHARD, L'ambition d'une justice civile renouvelée..., art. préc., D. 1999, chr. p. 63 et suiv., spéc. p. 67, n° 18 ; Procédure civile, *op. cit.*, n° 200, a) ; Mégacode nouveau code de procédure civile, Dalloz, 1999, commentaires s./ art. 131-16, n° 008 ; Ch. JARROSSON, Les dispositions sur la conciliation et la médiation judiciaires de la loi du 8 février 1995, art. préc., spéc. p. 226, n° 20 ; Modes alternatifs de règlement des conflits, Le nouvel article 1441-4 NCPC, la transaction revêtue de la formule exécutoire, art. préc., spéc. p. 138 ; J.

HERON, Réflexions sur le décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 modifiant le code de l'organisation judiciaire et le nouveau code de procédure civile, art. préc., spéc. p. 73 ; G. WIEDERKEHR, Le rôle de la volonté dans la qualification des actes judiciaires, art. préc., p. 893.

2531. Ch. JARROSSON, Le nouvel article 1441-4 NCPC..., art. préc., p. 138.

2532. Ch. JARROSSON, Le nouvel article 1441-4 NCPC..., art. préc., p. 137.

2533. Ch. JARROSSON, Le nouvel article 1441-4 NCPC..., art. préc., p. 138 ; S. GUINCHARD, L'ambition d'une justice civile rénovée, art. préc., n° 18.

2534. J. HERON, Réflexions sur le décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998, art. préc., p. 73.

2535. B. BLOHORN-BRENNEUR, La médiation judiciaire en matière prud'homale, le protocole d'accord et la décision d'homologation, art. préc., spéc. p. 254.

2536. V. *supra* n° 615 et 619.

2537. V. *supra* n° 605 et s., 678 et s.

2538. V. *supra* n° 622.

2539. V. *supra* n° 623 pour les effets du constat de l'accord de conciliation ; et *supra* n° 638 pour ses modes de contestation.

Conclusion du titre II

- ¹ **688. Réception judiciaire de l'accord des parties : variété des terminologies, unicité de nature** - Notre examen de la fin des procédures de pourparlers judiciaires, indépendamment de leur caractère délégué ou non, nous a permis de mettre en parallèle les divers actes réceptifs du juge relatifs à la solution du litige. Il en résulte que quelle que soit leur dénomination, ces actes recouvrent en vérité des activités judiciaires identiques dès lors qu'ils ont pour objet commun un accord des parties portant règlement de leur litige. Ainsi, que le juge procède à la constatation judiciaire de l'accord des parties en dressant un procès-verbal de conciliation ou un jugement de donné acte ou bien encore qu'il homologue leur accord, la nature et le régime juridiques de sa décision ainsi que ses effets sur l'accord des parties seront absolument identiques. Seule s'en distingue légèrement la décision de dessaisissement qui, même lorsqu'elle procède à la constatation de l'accord des parties, continue de relever de la catégorie des mesures d'administration judiciaire. Cependant, cette appartenance à la catégorie des mesures d'administration judiciaire ne modifie en rien les effets de la décision sur l'accord des parties ainsi que son régime qui restent en tous points identiques à ceux des actes précédents. Il y a donc unicité d'office du juge à la fin des pourparlers judiciaires quelle que soit la manière dont ceux-ci se sont déroulés : sous la conduite personnelle du juge ou avec l'aide d'un tiers.

- 2 **689. Contrôle de l'équité de la procédure par le contrôle de l'équité de l'accord** - Cette unicité d'office du juge peut être interprétée de la manière suivante : il s'agit à chaque fois d'assurer un ultime contrôle de l'équité des pourparlers judiciaires par le contrôle de l'accord qui en est résulté. Le contrôle judiciaire de l'accord des parties est un ultime moyen permettant d'assurer l'équité des pourparlers judiciaires dans leur ensemble.

Conclusion de la seconde partie

- 1 **690.** L'égide du juge sur les procédures de conciliation et de médiation judiciaires, qui participe de leur définition, n'est pas la simple conséquence de leur nature judiciaire. Sa finalité profonde est d'assurer que ces procédures aboutissent à une solution juste, équitable, aussi respectueuse des droits fondamentaux des parties que le serait une procédure juridictionnelle.
- 2 Cette étude des contrats de pourparlers judiciaires, sous l'angle du contrôle judiciaire auquel ils sont soumis, a permis de certifier que le droit au procès équitable, droit substantiel, n'est pas réservé aux seules procédures traditionnelles de règlement des litiges : toute personne peut y prétendre, indépendamment de la voie qu'elle a choisie pour parvenir au règlement de son différend, voie juridictionnelle ou voie amiable. L'extension du modèle universel du procès équitable aux modes alternatifs de règlement des conflits est désormais une évidence, plus encore lorsque ceux-ci sont mis en œuvre dans le cadre d'une instance judiciaire. Cela participe directement du phénomène de processualisation des MARC, lequel n'est qu'une illustration du phénomène plus général de procéduralisation de notre droit ²⁵⁴⁰ .
- 3 Concrètement, cette extension a consisté à compenser l'éviction des principes directeurs du procès civil que suppose tout mode amiable de règlement des conflits, par la soumission des contrats de pourparlers judiciaires au respect des seuls principes de droit

processuel de base - ceux que doit au minimum offrir toute procédure de règlement des conflits si elle souhaite faire preuve d'équité - à savoir : la loyauté, le dialogue et la célérité, auxquels il convient d'ajouter la confidentialité, principe fondamental caractéristique de tout mode conventionnel de règlement des litiges. Dans un second temps, et en vue d'assurer l'effectivité de ces principes, les contrats de pourparlers judiciaires ont été associés à un contrôle judiciaire particulièrement étendu. D'où l'expression : contrats *contrôlés*.

- 4 **691.** L'office du juge au regard des contrats de pourparlers judiciaires ne se limite donc pas à en assurer la promotion auprès des justiciables. Il comporte également une mission de supervision, du stade de la formation de ces contrats à celui de leur extinction en passant par leur exécution. Au-delà, et si les parties le souhaitent, cette mission de *juge-superviseur* peut se convertir en mission de *juge-homologateur* de l'accord en résultant, laquelle consiste également en une activité de contrôle.
- 5 Il existe donc un lien entre l'office particulier du juge à l'égard des contrats de pourparlers judiciaires et les garanties d'équité qu'ils offrent, autrement dit, un lien entre l'office du juge à l'égard de ces contrats et le droit de toute personne à un procès équitable.

NOTES

2540. X. LAGARDE, *in* Droit processuel/droit commun du procès, *op. cit.*, n° 583.

Conclusion générale

- 1 **692.** L'institution judiciaire, en raison de l'encombrement de son rôle, est mal aimée ²⁵⁴¹, critiquée, malmenée... On dit qu'elle ne répond plus aux attentes des justiciables, parce que le procès est long, complexe, coûteux, technique ; quant au jugement, il est trop souvent qualifié d'aléatoire ou d'obscur. La qualité de la Justice s'en ressent. Les justiciables perdent confiance dans la capacité de l'Etat à rendre une justice équitable. Aussi, pour inverser cette tendance, les pouvoirs publics ont décidé d'institutionnaliser et de développer la conciliation et la médiation judiciaires, nouvelles techniques de règlement des conflits destinées à améliorer le service public de la justice, censées être le remède à ce mal du siècle...
- 2 Conciliation et médiation judiciaires sont des espèces d'un genre plus large : la conciliation, notion générique qui recouvre à elle seule diverses familles de conciliations particulières ; spécialement : la conciliation extrajudiciaire, la conciliation judiciaire et la conciliation para-judiciaire.
- 3 **693.** Le propre des ces modes dits *alternatifs* de règlement des conflits est qu'ils privilégient l'écoute et le contact humain à l'application stricte de la règle de droit ; qu'ils aboutissent à une solution négociée et non plus imposée, émanant des parties elles-mêmes et non pas d'un tiers, ce qui accroît ses chances d'exécution spontanée. Plus encore, le point commun de tous les modes alternatifs de règlement des conflits est qu'ils supposent le

consentement des parties pour pouvoir être mis en œuvre. Leur existence comme leur issue ont un fondement conventionnel. Cette origine conventionnelle – que l'on trouve illustrée dans le recours fréquent à l'expression de modes *conventionnels* de règlements des litiges pour les désigner – a pour conséquence de conférer à ces techniques processuelles une *nature* contractuelle, en un mot, d'en faire des *contrats processuels*.

- 4 **694.** Se posait alors la question de savoir si cette nature contractuelle persistait lorsque la conciliation était institutionnalisée dans le cadre judiciaire. Sous prétexte que la détermination du contenu des procédures de conciliation ou de médiation judiciaires résultait de textes réglementaires, fallait-il du même coup renoncer à l'idée que celles-ci puissent avoir une nature conventionnelle ? C'était, en définitive, s'interroger sur l'existence de contrats dont l'origine rédactionnelle est légale ou réglementaire.
- 5 De tels contrats existent effectivement : ils prennent la forme de contrats-types réglementaires - facultatifs ou obligatoires - ou bien encore de contrats forcés, lesquels se déclinent en obligations légales de contracter ou en situations contractuelles d'origine légale.
- 6 De ce constat, et observant que toutes les procédures de conciliation ou de médiation judiciaires nécessitaient le consentement des parties pour pouvoir être effectivement mises en œuvre, nous avons déduit la nature contractuelle des modes de conciliation ou de médiation judiciaires, toutes formes confondues : préalables à l'instance, possibles en cours d'instance, œuvre du juge ou d'un tiers, facultatives ou obligatoires. Conciliation et médiation judiciaires sont donc des *contrats*. Plus précisément, parce que leur objet est d'organiser des pourparlers en vue de parvenir au règlement amiable des litiges, il est possible de les qualifier de *contrats de pourparlers*. Enfin, en raison du contexte judiciaire dans lequel ceux-

ci sont amenés à être conclus et exécutés – l’instance – il est encore possible d’affiner leur dénomination et de les appeler *contrats de pourparlers judiciaires*.

- 7 **695.** La nature contractuelle de la conciliation et de la médiation judiciaires ayant été posée, restait à s’interroger sur les incidences de l’introduction de modes *conventionnels* de règlement des litiges *dans le cadre de l’instance judiciaire*. En d’autres termes, c’était s’interroger sur l’interférence du judiciaire et du conventionnel, du procès et du contrat. Cette question n’était pas nouvelle. On sait depuis longtemps que le contrat a droit de cité dans le procès.
- 8 Cependant, nous envisagions la question sous un angle particulier : moins que l’association des deux institutions en cause, c’était celle des deux corps de règles dont celles-ci dépendent qui nous intéressait : l’alliance du droit des obligations et de la procédure civile. Au-delà, c’était le rôle du juge au regard de ces contrats processuels que nous souhaitions examiner et, plus précisément, rechercher si l’entrée de modes conventionnels de règlement des litiges dans le cadre de l’instance était susceptible de modifier l’office du juge.
- 9 **696.** L’alliance de la procédure civile avec le droit des obligations supposait nécessairement un aménagement réciproque de l’une et de l’autre, pour que chacun de ces corps de règles ne s’anéantisse pas mutuellement. Cependant, la mesure dans laquelle cet aménagement devait être réalisé posait problème. Trop de liberté contractuelle pouvait donner lieu à des abus de règlement amiable ; trop de contraintes procédurales pouvait empêcher les négociations d’aboutir. En vérité, la réponse à ce problème de dosage se trouvait dans les textes, qui déterminent les principes directeurs applicables à ces procédures et, ce faisant, dictent aux acteurs de la conciliation et de la médiation judiciaires la conduite à tenir ou les formes à

respecter aux différents stades de formation, d'exécution ou d'extinction de ces contrats, sous peine de sanction.

- 10 En donnant ainsi un cadre juridique aux contrats de pourparlers judiciaires, les pouvoirs publics se sont immiscés dans les relations contractuelles des particuliers, ce que l'on a coutume d'appeler *interventionnisme étatique* ou *dirigisme contractuel*. La finalité d'un tel procédé, lorsqu'il est le fait du législateur, est d'assurer le respect d'intérêts privés ou publics qu'il convient tout particulièrement de sauvegarder ; ici, les droits fondamentaux des individus, dont le droit à un procès équitable. De manière plus pragmatique, le dirigisme contractuel peut également viser à accélérer et simplifier la conclusion des contrats concernés. En prédéterminant le contenu des contrats en vertu de dispositions plus ou moins impératives, les parties n'ont plus à négocier les éléments essentiels du contrat projeté et peuvent se contenter d'adhérer au modèle type proposé sans en discuter les termes. Mais alors, si la formation du contrat en ressort incontestablement simplifiée, c'est toutefois au détriment de la liberté contractuelle des parties qui ne peuvent plus déterminer le contenu de leur contrat. Le dirigisme contractuel s'accompagne donc inévitablement d'une atteinte à la liberté contractuelle des parties, même si cette atteinte est justifiée : assurer aux parties que leurs droits fondamentaux seront respectés et que leur convention sera conforme à l'ordre public.
- 11 **697.** En nous intéressant au dirigisme contractuel des contrats de pourparlers judiciaires, nous nous sommes aperçue qu'il ne s'agissait pas d'un phénomène qui leur était réservé, mais bien au contraire, d'un phénomène général, qui concerne tous les modes alternatifs de règlement des conflits, pris dans leur globalité. On observe qu'en effet, les plus grandes institutions de conciliation ou de médiation extrajudiciaires sont également nées de la loi ou du règlement et

font l'objet d'une réglementation ou d'un statut particulièrement détaillé. La finalité de cet encadrement normatif est la même que dans le cadre judiciaire : assurer aux parties qui auront recours à ces modes alternatifs que ceux-ci leur offriront autant de garanties que le mode juridictionnel étatique.

- 12 Plus précisément, nous avons dégagé qu'en dehors du cadre judiciaire, le dirigisme contractuel se manifestait de deux manières : par la juridictionnalisation des modes amiables de règlement des litiges ou par leur judiciarisation. Le propre de ces techniques est qu'elles reconstituent de toutes pièces des liens, symboliques ou réels, entre les institutions de conciliation ou de médiation et l'institution judiciaire, de laquelle celles-ci ont pourtant initialement voulu se départir. Ce rattachement au juge contribue directement à la légitimation de ces procédures alternatives, au renforcement de leur efficacité comme à celui de leur sécurité juridique.
- 13 Au palais, le dirigisme des procédures de conciliation s'est manifesté par le recours à diverses techniques destinées à promouvoir toujours plus ce mode processuel en cours d'instance, dans l'espoir – irréaliste – qu'il supplante peut-être un jour le mode juridictionnel. Ces techniques, au nombre de trois, ont consisté : pour la première – apparue au lendemain de la Révolution française – à institutionnaliser la conciliation sous une forme impérative et préalable à l'instance contentieuse ; pour la deuxième – née avec le nouveau code de procédure civile – à standardiser le recours à la conciliation en l'intégrant à l'office du juge ; enfin, pour la troisième – issue de la loi n° 95125 du 8 février 1995 – à autoriser le juge à déléguer l'exercice de sa mission de conciliation à un tiers, conformément aux dispositions d'un contrat-type réglementaire impératif.

- 14 Ces trois formes de conciliation judiciaires coexistent actuellement dans le nouveau code de procédure civile, mais seule la dernière est véritablement prometteuse. Sa singularité est qu'elle allie le judiciaire au parajudiciaire - judiciaire dans son essence, la conciliation devient parajudiciaire dans son exercice ; qu'elle mélange diverses catégories processuelles de règlement des litiges au sein d'une seule et même formule. Ce faisant, elle offre tout à la fois les avantages du judiciaire -principes de droit processuel et contrôle du juge ; et ceux du non-judiciaire -disponibilité, impartialité et compétence du tiers. Qualifiées de *conciliation et de médiation judiciaires déléguées*, ces procédures sont la preuve qu'il existe un point d'équilibre entre le formalisme et le consensualisme, entre le contrat et le procès, dans le respect des droits fondamentaux des particuliers.
- 15 **698.** L'entrée des modes conventionnels de règlement des litiges dans le cadre de l'instance posait, d'autre part, la question du rôle du juge à l'égard de ces contrats processuels.
- 16 Notre examen des procédures de conciliation et de médiation judiciaires sous l'angle de leur nature contractuelle nous a permis d'observer que tant la mise en œuvre que l'éventuel essor de ces contrats, nécessitaient impérativement l'intervention du juge. Sorte d'intermédiaire entre le législateur et les particuliers, le juge, dans un rôle de juge-promoteur, doit en effet tout d'abord faire connaître aux justiciables l'existence même de ces contrats de pourparlers judiciaires, en un mot, en faire la *promotion*. Le juge a pour mission de verbaliser et de rendre concrètes les formules contractuelles figurant dans le code. Dans un deuxième temps, le juge est chargé d'assurer la sécurité juridique de ces procédures, de garantir que leur formation comme leur exécution se réaliseront dans le respect des droits fondamentaux des parties. C'est donc un rôle de juge-

superviseur qui lui est confié. Enfin, dans un troisième et dernier temps, c'est d'équité et d'efficacité de l'accord résultant de ces procédures dont il est question. Le juge est en effet tenu de constater ou d'homologuer la solution amiable des parties si celles-ci lui en font la demande, de lui conférer l'authenticité et la force exécutoire, consécutivement à un contrôle minimum de son contenu. Ce dernier rôle, qui est celui d'un *juge-homologateur*, contribue à assurer non pas seulement l'équité de l'accord, mais également, *a posteriori*, celle de la procédure qui en est à l'origine.

NOTES

2541. Doit-elle l'être ?

Proposition de thèse

- 1 **699.** La consécration de l'existence de contrats de pourparlers judiciaires nous a permis d'analyser l'office du juge sous un nouvel angle. Au lieu d'une simple mission de *juge-conciliateur*, le juge serait en vérité chargé d'une triple mission de *juge-promoteur* de contrats de règlement amiable des litiges en cours d'instance, de *juge-superviseur* de leur formation comme de leur exécution et enfin, de *juge-homologateur* de l'accord en résultant. Faut-il y voir un *nouvel office du juge* ?
- 2 **700.** Plus qu'une modification des pouvoirs ou des devoirs du juge, il nous semble que cette *triple mission* réalise en vérité une simple modification de la *conception classique* de la mission de conciliation du juge. Traditionnellement, le personnage du *juge-conciliateur* était perçu comme participant personnellement à la recherche d'une solution amiable au litige qui opposait les parties. Ce qui prévalait était d'arriver à une solution acceptée indépendamment de la manière dont on y parvenait ; d'où la pratique de certains magistrats consistant à convaincre les plaideurs d'accepter la solution « *conventionnelle* » qu'ils leur suggéraient car ils l'estimaient équitable...
- 3 La nouvelle conception de l'office du juge-conciliateur que nous proposons rompt avec cette image pour faire du juge, non plus un intervenant à part entière dans la *recherche* de la solution au fond, mais plutôt le superviseur du *bon déroulement* des pourparlers. Cette

fois-ci, c'est *l'équité de la procédure* de règlement amiable qui prime, non plus son issue ; probablement parce que l'on a enfin pris conscience que seule l'équité de la procédure pouvait assurer l'équité de l'accord en résultant. Le nouvel office du juge se concentre donc sur la *procédure* de règlement amiable : il doit s'assurer de son respect par les parties comme par le tiers, conformément aux principes directeurs qui l'encadrent. Quant à la recherche de la solution au fond, elle est ouvertement restituée aux parties, le cas échéant avec l'aide d'un tiers.

- 4 **701.** Notre conception de l'office du juge dans les procédures de conciliation et de médiation judiciaires présente, selon nous, plusieurs avantages : elle est plus en conformité avec les exigences du principe d'impartialité du juge ; elle est en harmonie avec la volonté des pouvoirs publics de responsabiliser les individus dans la gestion de leurs conflits ; elle conforte enfin le juge dans son rôle de garant du droit de toute personne à un procès équitable, quelle que soit la voie choisie pour y parvenir, voie consensuelle ou voie juridictionnelle. Plus encore, cet office participerait d'une tendance plus générale qui consiste à vouloir faire du juge le garant de l'équité des modes alternatifs de règlement des conflits, pris dans leur globalité. Le développement des modes parajudiciaires en est l'illustration : extrajudiciaires dans leur essence, ils sont reliés de manière de plus en plus étroite au monde judiciaire en vue de garantir toute la sécurité juridique nécessaire aux parties qui y ont recours.
- 5 **702.** Le dirigisme contractuel, assorti d'un contrôle judiciaire, serait alors une manière – sinon *la* manière – d'étendre les garanties fondamentales d'une bonne justice, non pas seulement aux pourparlers judiciaires mais, plus largement encore, à la justice négociée en général.

Bibliographie

I. TRAITÉS, MANUELS ET OUVRAGES GÉNÉRAUX

Benabent A., Droit civil, La famille, 10^e éd., Litec, 2001 ; Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux, 5^e éd., Domat, Montchrestien, 2001.

Bergel J.-L., Méthodologie juridique, Thémis droit privé, PUF, 2001.

Cadiet L., Droit judiciaire privé, 3^e éd., Litec, 2000.

Carbonnier J., Droit civil, Introduction, 26^e éd., 1999, PUF ; Droit civil, t. 4, Les obligations, 22^e éd., PUF, 2000.

Carre N.-A., Compétence judiciaire des juges de paix en matière civile et pénale, t. 1^{er}, 2^e éd., LGDJ, 1888.

Chapus R., Droit du contentieux administratif, Domat droit public, 9^e éd., 2001.

Collart-Dutilleul M. et Delebecque, Ph., Contrats civils et commerciaux, 5^e éd., précis Dalloz, 2001.

Cornu G. et Foyer J., Procédure civile, 3^e éd., Thémis droit privé, PUF, 1996.

Cornu G., Vocabulaire juridique, Association H. Capitant, 1998, PUF ; Linguistique juridique, 2^e éd., Montchrestien, 2000.

Couchez G., Langlade J.-P., Lebeau D., Procédure civile, Dalloz, 1998.

Couchez G., Procédure civile, 11^e éd., Armand Colin, coll. U, 2000.

Couret A., Morvilliers N., Sentenac G.-A., Le traitement amiable des difficultés des entreprises, Economica, 1995.

Croze H., Morel C. et Fradin O., Procédure civile, Manuel pédagogique et pratique, Litec, coll. Objectif droit, 2001.

Cuche et Vincent, Précis de procédure civile et commerciale, 12^e éd., Dalloz, 1960.

Demogue, Traité des obligations en général, t. II, Paris, 1923.

Despax M., Négociations, conventions et accords collectifs, Traité de droit du travail, dir. G. Camerlynck, 2^e éd., Dalloz, 1989.

Dupeyron C, Théron J.-P et Barbieri J.-J., Droit agraire, 1^e vol. , Droit de l'exploitation, 1985.

Flour J., Aubert. J.-L, Savaux A., Les obligations, t. 1, L'acte juridique, 9^e éd., Armand Colin, coll. U, 2000.

Garsonnet et Cezar-Bru, Traité de procédure, t. 1, 3^e éd., 1912 et t. 2, 3^e éd., 1912.

Ghestin J., Traité de droit civil, La formation du contrat, 3^e éd., LGDJ, 1993.

Glasson et Tissier, Traité de procédure civile, t. 1, 3^e éd., 1926 et t. 2, 3^e éd., 1926.

Guinchard S. (dir.), Mega Nouveau code de procédure civile, 2001, Dalloz ; Droit et pratique de la procédure civile, Dalloz Action, 1999.

Guinchard S., Bandrac M., Lagarde X., Douchy M., Droit processuel, droit commun du procès, Précis Dalloz, 2001.

Hauser J. et Huet-Weiller D., Traité de droit civil, La famille, Dissolution de la famille, LGDJ, 1991 ; Traité de droit civil, La famille, t. 1, Fondation et vie de la famille, 2^e éd., LGDJ, 1993.

Héron J., Droit judiciaire privé, Domat, Montchrestien, 1991.

Huet J., Les principaux contrats spéciaux, dir. J. Ghestin, 2^e éd., LGDJ, 2001.

Jauffret A., Droit commercial, 23^e éd., par J. Mestre, LGDJ, 1997.

Khayat D., Le droit du surendettement des particuliers, LGDJ, 1997.

Lafond J. et F., Les baux d'habitation, 3^e éd., Litec, 1997.

Larroumet Ch., Les obligations, Le contrat, t. 3, 4^e éd., Economica, 1998.

Malaurie Ph. et Aynès L., Droit civil, t. 3, La famille, 6^e éd. a Ph. Malaurie, Cujas, 1998/1999 ; Droit civil, t. 6, Les obligations, 10^e éd., Cujas, 1999/2000 ; Droit civil, t. 6 vol. 2, Contrats et quasi-contrats, 11^e éd., Cujas, 2001/2002 ; Droit civil, t. 8, Contrats spéciaux, 14^e éd. par P.-Y. Gautier, Cujas, 2001/2002.

Marty et Raynaud, Droit civil, t. II, vol. 1, Paris, 1962 ; Droit civil, Les personnes, Sirey, 1976, 3^e éd.

Mazeaud H., L. et J. et Chabas F., Leçons de droit civil, La famille, 7^e éd., Montchrestien, 1995 ; Leçons de droit civil, t. II, vol. I., Les obligations, 9^e éd., Montchrestien, 1998.

Mestre J. et Pancrazi M.-E., Manuel de droit commercial, 25^e éd., LGDJ, 2001.

Mousseron J.-M., Guibal D., Mainguy D., L'avant-contrat, éd. Francis Lefebvre, 2001.

Mousseron, J.-M., Technique contractuelle, 2^e éd., éd. Francis Lefebvre, 1999.

Pelissier J., Supiot A., Jeammeaud A., Droit du travail, 20^e éd., Précis Dalloz, 2000.

Perrot R., Institutions judiciaires, 8^e éd., Domat droit privé, Montchrestien, 1998.

Ripert et Boulanger, Traité élémentaire de droit civil, t. II.

Ripert G. et Roblot R., Traité de droit commercial, t. 2, 16^e éd., par Ph. Delebecque et M. Germain, 2000, LGDJ ; Traité de droit commercial, t. 1, vol. 1, 18^e éd., 2001, par L. Vogel, LGDJ.

Robert J., L'arbitrage, 6^e éd., avec la collaboration de B. Moreau, Dalloz, 1993.

Solus H. et Perrot R., Droit judiciaire privé, t. 3, Procédure de première instance, Sirey, 1991.

Starck B., Roland H. et Boyer L., Introduction au droit, 5^e éd., Litec, 2000. ; Les obligations, Le contrat, t. 2, 6^e éd., Litec, 1998.

Terré F., Simler Ph., Lequette Y., Droit civil, Les obligations, 7^e éd., Précis Dalloz, 1999.

Vincent J. et Guinchard S., Procédure civile, 26^e éd., Précis Dalloz, 2001.

Vincent J. et Prévault J., Voies d'exécution et procédures de distribution, 19^e éd., Précis Dalloz, 1999.

Vincent J., Guinchard S., Montagnier G. et Varinard A., Institutions judiciaires, 6^e éd., Précis Dalloz, 2001.

II. OUVRAGES SPÉCIAUX ET THÈSES

Alipandris, La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes, LGDJ, 1980.

Aubert J.-L., Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat, LGDJ, 1970, préf. J. Flour.

Bergel J.-L., Méthodologie juridique, PUF, 2001.

Berlioz G., Le contrat d'adhésion, th. Paris, LGDJ, 1971, préf. B. Goldman.

Boillot Ch., La transaction et le juge, th. Paris I, 2001.

Bonnafe-Schmidt J.-P., La médiation, une justice douce, Syros Alternative, 1992.

Boulan F., La transaction en droit privé positif, th. Aix, 1971.

Boyer L., La notion de transaction. Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif, Th. Paris, Sirey, 1947, préf. J. Mauty.

Cayrol N ., Les actes ayant pour objet l'action en justice, th. Tours, Série Recherches et études, Economica, 2001, préf. F. Grua.

Chauchard J.-P., La conception française de la convention collective, th Paris I, 1985.

Coherier A., Des obligations naissant des pourparlers préalables à la formation des contrats, th. Paris, 1939.

Collart-Dutilleul M., Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble, thèse Lille, 1988, préf. J.-L. Aubert.

D'Ambra D., L'objet de la fonction juridictionnelle, dire le droit et trancher les litiges, LGDJ, 1994, préf. G. Wiederkehr.

Dalmaï M.-P., La notion d'instance, th. Paris II, 2000.

Delaunay B., Le médiateur de la République, Que sais-je ?, PUF, 1999, n° 3422

Desdevises Y., Le contrôle de l'intérêt légitime, Essai sur les limites du droit et de l'action, th. Nantes, 1973.

Desgorges R., La bonne foi dans le droit des contrats : rôle actuel et perspectives, th. Paris II, 1992.

Dollat, Les contrats d'adhésion, th. Paris, 1915.

Domergue, Les contrats d'adhésion, th. Toulouse, 1936.

Engel-Creach A., Les contrats judiciairement formés, th. Paris X, Nanterre, 2001.

Farjat G., L'ordre public économique, th. Dijon, 1963, préf. Goldman.

Faucher B., La conciliation, th. Paris II, 1980.

Fauvarque-Cosson B., Libre disponibilité des droits et conflits de lois, th. Paris, LGDJ, 1997, préf. Y. Lequette.

Favre-Magnan M., De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie, th. Paris, LGDJ, 1992, préf. J. Ghestin.

Frison-Roche M.-A., Généralités sur le principe du contradictoire, th. Paris II, 1988.

Geninet M., Théorie générale des avant-contrats en droit privé, th. Paris, 1985.

Gounot E., Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé ; contribution à l'étude critique de l'individualisme, th. Dijon, 1912.

Guillaume-Hoffnung M., La médiation, Que sais-je ?, PUF, 1995, n° 2930.

Jarrosson Ch., La notion d'arbitrage, LGDJ, 1987, préf. B. Oppetit.

Kullmann J., L'influence de la puissance publique sur le contrat de droit privé, th. Paris I, 1987.

Labarthe F., La notion de documents contractuels, th. Paris, LGDJ, 1994, préf. J. Ghestin.

Laude A., La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat, PUAM, 1992, préf. J. Mestre.

Le Fichant F., L'obligation de négociier en droit privé, th. Rennes, 1992.

Le Gallou A., Essai d'une théorie générale des règlements amiables en droit privé, th. Rennes I, 1998.

Le Ninivin, La juridiction gracieuse dans le nouveau code de procédure civile, Litec, 1983

Leduc, Des avant-contrats, th. Paris, 1909.

Loquin E., L'amiable composition en droit comparé et international, Litec, 1980, préf. Ph. Fouchard.

Malaurie Ph., L'ordre public et le contrat, th. Paris, 1953.

Martin-Eudier F., L'ordre public substantiel et l'office du juge, th. Rouen, 1994, dir. H. Croze.

Motulsky H., Ecrits, t. I., Etudes et notes sur la procédure civile, Dalloz, 1973 ; Ecrits, t. II, Etudes et notes sur l'arbitrage, Dalloz 1974.

Muller Y., Le contrat judiciaire en droit privé, th. Paris I, 1995.

Neau-Leduc Ph., La réglementation de droit privé, Bibl. dr. entr., Litec, 1998, préf. Th. Revet.

Normand J., Le juge et le litige, th. Paris, LGDJ, 1965, préf. R. Perrot.

Oppetit B., Théorie de l'arbitrage, Droit Ethique et Société, PUF, 1998.

Pichon, Les contrats d'adhésion, th. Lyon, 1913.

Picod Y., Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, LGDJ, 1989, préf. G. Couturier.

Roubier P., Essai sur la responsabilité précontractuelle, th. Lyon, 1911.

Roujou de boubée G., Essai sur l'acte juridique collectif, th. Toulouse, LGDJ, 1961, préf. G. Marty.

Saieilles R., De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil Allemand, Paris, 1901.

Schmidt J., Négociation et conclusion des contrats, Dalloz, 1982.

Serverin E., Lascoumes P., Lambert T., Transactions et pratiques transactionnelles, Economica, 1987.

Topor L., La médiation familiale, Que sais-je ?, PUF, 1992, n° 2663.

Vollaud P., Les contrats judiciaires, th. Bordeaux, 1913.

Yadini-Naudot Y., Le contrat non-négocié, th. Nantes, 2000.

III. ARTICLES ET CHRONIQUES

Amiel-Cosme L., La fonction d'homologation judiciaire, *Justices*, 1997, n° 5, janv./mars, p. 135 et s.

Amson D., L'institution du médiateur, un coup d'épée dans l'eau, *JCP. G.* 1973. I. 2547.

Ancel P., L'encadrement de la juridiction par le contrat, *in* Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends, dir. P. Ancel et M.-Cl. Rivier, *Economica*, 2001, p. 6 et s.

Aquarone D., Les évolutions récentes de la négociation en droit du travail, *in* Changement social et droit négocié, A. Pirovano (dir.), *Economica*, 1988, p. 261.

Armand-Prevost M., L'avocat, le juge et le médiateur, Les petites affiches, 8 juillet 1998, p. 19.

Balensi I., L'homologation judiciaire des actes juridiques, *RTDCiv.* 1978. 42 et s., 233 et s.

Bandrac M., De l'acte juridictionnel et de ceux des actes du juge qui ne le sont pas, *in* Le juge entre deux millénaires, Mélanges en l'honneur de Pierre Drai, Dalloz, 2000, p. 171 et s.

Barbet, De l'ombudsman au médiateur, Mélanges Ancel, 1975, t. 1^e, p. 231 et s.

Barrère J., J.-Cl. Procédure civile, V^e Tribunal d'instance, fasc. 330.

Barrière Cl.-Ph., Nouvelles pratiques des conciliateurs de justice dans les tribunaux d'instance, *Gaz. Pal.* 2001, doct. 270. Le juge de proximité et le conciliateur de justice, Partenaires ou concurrents ?, *Gaz. Pal.* 24-26 novembre 2002, p. 3

Barthélémy J., La négociation collective, *JCP. E.* 1987. 16837.

Beauchard J., La justice judiciaire de proximité, *Justices*, 1995, n° 2, p. 35 et s.

Beigner B., La conduite des négociations, *RTDCom.* 1998. 463 et s.

Bellet P., Les conciliateurs en France, *in* Les conciliateurs, la conciliation, Etude comparative, dir. H. Kotz et R. Ottenhof, *Economica*, 1983, p. 37 et s.

Benamara-Bouaziz, La caducité des demandes en matière prud'homale, *Dr. Ouvrier.* 1985. 1 et s.

Bergel J.-L., La juridiction gracieuse en droit français, *D.* 1983. 154 et s.

Bernheim L., Conséquences de l'inexécution d'une clause de conciliation : la fin des incertitudes, *LPA*, 12 mars 2003, p. 13 et suiv.

Bertin Ph., Le rôle du juge dans l'exécution de la sentence arbitrale, *Rev. arb.* 1983. 281 et s.

Beytout S., Médiation judiciaire et conflits individuels du travail, *LPA* 13 mai 1998, p. 9.

Blanc G., La médiation pénale, *JCP. G.* 1994. I. 3760.

Bléry C., La compétence civile du nouveau juge de proximité. De quelques questions qu'elle suscite, *D.* 2003, doct. 566 et s.

Blohorn-Brenneur B., La médiation judiciaire dans les conflits individuels du travail, une initiative et une expérience grenobloise, *Gaz. Pal.* 1998, doct. 166 ; La médiation judiciaire,

vers un nouvel esprit des lois ?, Gaz. Pal. 1998. doct. 821 et s. ; Une année de médiation judiciaire devant la chambre sociale de Grenoble, bilan et perspectives, Gaz. Pal. 1999, doct. 150 ; La médiation judiciaire en matière prud'homale, le protocole d'accord et la décision d'homologation, D. 2001. 251 et s. ; Exemple d'une médiation prud'homale réussie : un accord gagnant-gagnant, Gaz. Pal. 2002, 16-17 janvier, p. 3.

Bolard G., De la déception à l'espoir, la conciliation, Mélanges P. Hébraud, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 47.

Bonnet P., Du suppléant du juge de paix au conciliateur, JCP. G. 1979. I. 2949.

Bore J., Les limites du devoir de conseil du rédacteur d'actes, Etudes offertes à J. Ghestin, Le contrat au début du 21^e siècle, LGDJ, 2001, p. 139 et s.

Boubli B., Conseils de prud'hommes, J.-Cl. Proc., fasc. 426, 1996.

Boulanger F., Modernisation ou utopie ?, La réforme de l'autorité parentale par la loi du 4 mars 2002, D. 2002, doct. 1571 et s.

Boyer L., Rép. dr. civ., Dalloz, V° Transaction.

Braudo S., Propos sur la médiation en matière civile, Gaz. Pal. 1995, doct. 467.

Brechon-Moulènes Ch., La réforme des comités consultatifs de règlement amiable des marchés, AJDA. 1981. 304.

Bredin J.-D., Rapport *in* Les renonciations au bénéfice de la loi en droit privé, Travaux de l'Association H. Capitant, t. XIII, 1963, p. 355 et s.

Brouillaud J.-P., Plaidoyer pour une renaissance de l'amiable composition judiciaire, D. 1997. 234.

Brulliard G., L'évolution de la notion de juridiction dite « gracieuse » ou « volontaire » et de celle de juridiction d'après les récents travaux de la doctrine italienne, RTDCiv. 1957. 5 et s.

Brunet, B., Les MARC, quelques propos sur la réforme de la justice et la régulation par le droit, Gaz. Pal. 1997, doct. 1674.

Cadiet, L., Les clauses relatives aux litiges, J.-Cl. Contrats-distribution, fasc. 190 ; Les clauses contractuelles relatives à l'action en justice, *in* Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels, PUAM, 1990, p. 193 et s. ; Le spectre de la société contentieuse, *in* Ecrits en hommage à G. Cornu, 1994, PUF, p. 29 et s. ; Du conciliateur (tout court) au conciliateur de justice, JCP. G. 1997. I. 4064 ; Solution judiciaire et règlement amiable des litiges : de la contradiction à la conciliation, *in* Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du xxe siècle, Mélanges Cl. Champaud, 1997, Dalloz, p. 123 et s. ; L'équité dans l'office du juge, Justices, 1998. 124 ; Premières vues sur le décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 modifiant le Code de l'organisation judiciaire et le nouveau code de procédure civile, JCP. G. 1999, Actualités, Aperçu rapide, p. 297 et s. ; Les jeux du contrat et

du procès : esquisse, *in* Philosophie du droit et droit économique, Mélanges offerts à G. Farjat, éd. Frison-Roche, 1999, p. 23 et s. ; Liberté des conventions et clauses relatives au règlement des litiges, *in* Le contrat : question d'actualité, Actes du colloque du 1^{er} février 2000, LPA, 5 mai 2000, n° spéc., p. 30 et s. ; Une justice contractuelle l'autre, *in* Le contrat au début du xx^e siècle, Mélanges offerts à J. Ghestin, 2001, LGDJ, p. 177 et s. ; Les accords sur la juridiction dans le procès, *in* Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends, Economica, 2001, p. 34 et s.

Caratini, M., Le contrat de procédure : une illusion ?, *Gaz. Pal.* 1985, doct. 639 ; A propos du contrat de procédure, *Gaz. Pal.* 1986, doct. 61.

Carbonnier J., Rapport *in* Les renonciations au bénéfice de la loi en droit privé, Travaux de l'Association H. Capitant, t. XIII, 1963, p. 283 et s. ; Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille, *in* Les notions à contenu variable en droit, dir. Ch. Perelman et R. Vander Elst, Travaux du Centre National de Recherche de logique, Bruylant, 1984, p. 99 et s.

Cartier, M.-E., Les modes alternatifs de règlement des conflits en matière pénale, *RGDP.* 1998, n° 1, p. 1.

Catry, Le surendettement des particuliers et la réforme intervenue en 1995, *Rapp. Cour cass.*, La documentation française, 1997, p. 79 et s.

Cedras J., L'obligation de négociier, *RTDCom.* 1985, 265 et s.

Cevaer-Jourdain M., Remarques à propos de la médiation familiale au regard de la loi du 8 février 1995 et du décret d'application du 22 juillet 1996 relatifs à la conciliation et à la médiation judiciaires, *Gaz. Pal.* 1997, doct. 1587 et s.

Chadelat C., Le cadre juridique de la conciliation, *in* Les conciliateurs de justice, la conciliation, mode pratique de résolution des conflits, Colloque du 18 juin 1998, n° spécial de la *Gaz. Pal.* 4-6 oct. 1998.

Chapelle A., Les pactes de famille en matière extrapatrimoniale, *RTDCiv.* 1984, 411.

Chapus Y., L'office du juge dans le traitement précoce des difficultés, *in* Le nouveau droit des défaillances d'entreprises, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 1995, p. 93 et s.

Chatain P.-L. et Ferrière F., Le nouveau régime de traitement des situations de surendettement des particuliers issu de la loi n° 95-125 du 8 février 1995, *D.* 1996. Chron. 39 et s.

Chauchard J.-P., *Encyl. Dalloz*, V° Conventions et accords collectifs.

Chauvel P., Rupture des pourparlers et responsabilité délictuelle, *Dr. et patrim.*, nov. 1996, 36 et s.

Clément Ph., Jeammaud J., Serverin E. et Vennin F., Les règlements non juridictionnels des litiges prud'homaux, *Dr. soc.* 1987, 55.

Cohen Cl., A propos de la conciliation et de la médiation, les textes et leur (libre application), *Gaz. Pal.* 1998. 1199.

Corde M.-L., Trochon J.-Y., La phase de pourparlers dans les contrats internationaux, *Rev. de droit des affaires internationales*, 1997. 3 et s.

Cornevaux A., Les modes alternatifs de règlement des litiges, *LPA*, 26 juin 1998, n° 76, p. 51 et suiv.

Cornu G., Les modes alternatifs de règlement des conflits, rapport de synthèse *in* Actes du Colloque de Damas, RIDC. 1997. 313 ; L'élaboration du code de procédure civile, *in* La codification, dir. B. Beigner, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 1996, p. 79 et s. (article initialement publié dans la Revue d'histoire des facultés et de la science juridique, n° 16, 1995. 241 et s).

Coulon J.-M., Quel intérêt pour quelle justice civile, *in* La médiation comme mode de règlement des conflits de la vie des affaires, Colloque 15 avril 1999, Maison du Barreau de Paris, *LPA*, 13 Juillet 1999, n° spéc., p. 3 et s. ; L'évolution des modes de règlement sous l'égide du juge, *in* Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends, *Economica*, 2001, p. 133 et s. ; L'effectivité de l'accès à la justice et la durée des procédures, *in* L'honnête homme et le droit, Mélanges J.-Cl. Soyer, LGDJ, 2000, p. 71 et s.

Courrouy J., *Rep. Proc. civ.*, V° Conciliateur.

Courtier J.-L., La saisie des rémunérations, *Rev. Huiss.*, 1995. 897.

Couturier G., L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion, *Etudes offertes à J. Flour*, Rép. Defresnois, 1979, p. 95 et s.

Couvrat P. et Giudicelli-Delage G., *J.-Cl. proc. civ.*, V° Conciliation et médiation, fasc. 160.

Creff G., Les contrats de la famille, *in* Le droit contemporain des contrats, L. Cadet (dir.), *Economica*, 1987, p. 245 et s.

Crepreaux P.-A., Contrat d'adhésion et contrat type, Mélanges L. Baudoin, 1974, p. 67 et s.

Crocq P., Le droit à un tribunal impartial, *in* Droits et libertés fondamentaux, 1997, Dalloz, p. 287.

Croze H., *Vade mecum* à l'usage des commissions, *Rev. Procédure*, février 1996, chron. p. 2. ; Cinq questions à propos du décret, *Rev. Procédure.*, juin 1995, chron., p. 2.

Cumunel Y et Toussaint P., Le juge, l'avocat et le médiateur, à chacun son rôle en médiation judiciaire, *Gaz. Pal.* 1999, doct. 1003 et s.

Dagot M., l'homologation des partages intéressant un incapable, *JCP. G.* 1974. I. 2612.

Daille-Duclos B., Le décret du 28 décembre 1998 : la véritable réforme de la procédure civile, *Gaz. Pal.* 1999, doct., p. 822 et s.

Danglebert G., Les dettes professionnelles et la loi sur le surendettement des particuliers, *Contr. Conc. Cons.*, Juill. 1997, chron. p. 7.

Darmon M., La médiation conventionnelle, un mode alternatif de règlement des litiges, JCP. G. 1996. I. 3976.

De Monredon E., 25 ans de changement de régime matrimonial par requête conjointe, JCP. G. 1991. I. 3527.

Degre C., Une procédure de règlement amiable des litiges, les comités consultatifs de règlement amiable des marchés, Marchés publics, janv.-févr. 1981, n° 175, p. 209 ; Les comités consultatifs de règlement amiable des marchés, th. Paris II, 1982.

Dell'Asino O., Pour un renouveau de la conciliation prud'homale, la conciliation de procédure, Gaz. Pal. 1987, doct. 523 et s.

Dereux G., De la nature des contrats d'adhésion, RTDCiv. 1910. 503.

Desdevises M.-Cl., Les fondements de la médiation pénale, Mélanges en l'honneur de H. Blaise, p. 175 et s.

Desdevises Y., Remarques sur la place de la conciliation dans les textes récents de procédure civile, D. 1981. 241 et s. ; Comparution en personne et représentation des parties en matière prud'homale, Dr. soc., 1985. 504 ; Dispositions communes à toutes les juridictions et procédure prud'homale : deux illustrations, Dr. soc. 1986. 143 ; Modes alternatifs de règlement des litiges, chronique à la revue Justice, 1996, n° 4, p. 339 et s. ; Situation litigieuse et modes alternatifs de justice, Justices, juil./déc. 1996. 432 ; Les transactions homologuées : vers des contrats juridictionnalisables ? D. 2000. Chron. 284 et s. Justice et juridiction de proximité dans la loi du 9 septembre 2002, Rev. Droit et procédure, 2003, p. 68 et s.

Diesse F., L'exigence de la coopération contractuelle dans le commerce international, RDAI. 1999. 737.

Douchy M., Le décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 modifiant le Code de l'organisation judiciaire et le nouveau code de procédure civile : l'adoption partielle du rapport de J.-M. Coulon, Gaz. Pal. 1999, doct. 831 et suiv.

Drai P., Libres propos sur la médiation judiciaire, Etudes offertes à P. Bellet, Litec, 1991, p. 123 et s.

Dreiffus-Netter F., Rép. dr. civ., V° Renonciation, Dalloz.

Dufour O., Une bien aimable justice...amiable, LPA. 24 juin 1998, p. 3 et s.

Durand P., Le dualisme de la convention collective, RTDCiv. 1939. 353 ; La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel, RTDCiv. 1944. 73 et s. ; Le rôle des agents de l'autorité publique dans la formation des contrats, RTDCiv. 1948. 155 et s.

El Hakim J., L'exécution des sentences arbitrales, Etudes dédiées à A. Weil, Dalloz-Litec, 1983, p. 227 et s.

Elvinger A., Les MARC en matière d'endettement, RIDC. 1997. 359 et s.

Estoup P., Le contrat de procédure en appel, D. 1985. 195 ; Une institution oubliée : l'arbitrage judiciaire, Gaz. Pal. 1986. 620 ; Conciliation judiciaire et extrajudiciaire dans les tribunaux d'instance, Gaz. Pal. 1986, doct. 288 ; L'amiable composition, D. 1986, chron. 221 ; Etude et pratique de la conciliation, D. 1986. 161 ; L'offre judiciaire d'amiable composition après la clôture des débats, D. 1987. 269 ; La relance des conciliateurs, Gaz. Pal. 1987. 504 ; La conciliation judiciaire : avantages, obstacles et perspectives, Gaz. Pal. 1989, doct. 299 ; Le projet de réforme de la procédure civile, Gaz. Pal. 1989, doct. 176.

Eudier F., Le juge civil impartial, in Etudes offertes à B. Mercadal, éd. Francis Lefebvre, 2002, p. 31 et suiv.

Fardet Ch., La notion d'homologation, Revue Droits, n° 28, PUF, 1999, p. 181 et s.

Faucher B., Réflexions sur les conciliateurs, A propos du décret du 20 mars 1978, Gaz. Pal. 1978, doct. 631 et s.

Ferrier D., Les dispositions d'ordre public destinées à préserver la réflexion des contractants, D. 1980. 177.

Flecheux G., Renaissance de la notion de bonne foi et de loyauté dans le droit des contrats in Le contrat au début du 21^e siècle, Mélanges offerts à J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 341 et s.

Flour J., Quelques remarques sur l'évolution du formalisme, Etudes Ripert, LGDJ, 1950, t. 1, p. 93 et suiv.

Fontaine, Les lettres d'intention dans la négociation des contrats internationaux, Droit et pratique du commerce international, 1977, t. 3, p. 105 et s.

Fouchard Ph., L'arbitrage judiciaire, Mélanges P. Bellet, Litec, 1991, p. 167.

Frémeaux S., L'avenir de l'homologation judiciaire du changement de régime matrimonial, Defrénois, 2000. 529.

Fricero N., Rép. proc. civ., V° Tribunal paritaire de baux ruraux, Dalloz, mars 1996.

Frison-Roche M.-A., Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats, RTDCiv. 1995. 573 et s. La progression de l'efficacité des contrats ou l'obligation de se concilier, *Les Echos*, 28-29 mars 2003, p. 54.

Gaget M., Le contrat de procédure au tribunal d'instance de Lyon : un moyen d'améliorer le fonctionnement de la justice, Gaz. Pal. 1987, doct. 498.

Gain, Un contrat très spécial, JCP. N. 1999. 885.

Ganancia D., Justice et médiation familiale : un partenariat au service de la coparentalité, Gaz. Pal. 1999, doct. 992 et s.

Garapon A., Sociologie, enjeux et avenir de la conciliation et des conciliateurs de justice, in Colloque du 18 juin 1998 consacré aux conciliateurs de justice, Gaz. Pal. 4-6 octobre 1998, n° spécial, p. 43 et suiv.

Gaudemet Y., Le médiateur est-il une autorité administrative ?, A propos des rapports du médiateur et du juge administratif, *Mélanges Charlier*, 1981, p. 117 et s. ; Le précontentieux : le règlement non-juridictionnel des conflits dans les marchés publics, *AJDA*. 1994, n° spéc. juill./août, p. 84 et s.

Gaudin L., Le contrat de procédure ? Un troisième voie, *Gaz. Pal.* 1986, doct. 61.

Gegout, Le projet de loi instituant la médiation judiciaire devant les juridictions de l'ordre judiciaire, *LPA*, 19 juin 1998, p. 16.

Genin-Méric R., J.-Cl. proc. civ., V° Tribunal paritaire de baux ruraux, fasc. 453.

Ghestin J., La notion de contrat, *D.* 1990. 147.

Giverdon, J.-Cl. droit. Civ., V° Bail à loyer, fasc. 442.

Grandjean Ph., L'expérience d'un médiateur, *Gaz. Pal.* 1996, doct. 961.

Gridel J.-P., A propos d'un éventuel retour des juges de paix : réminiscences et prospectives, *D.* 1994. 29.

Grignon Ph., L'obligation de ne pas agir en justice, *Mélanges Ch. Mouly*, Litec, 1998, p. 115 et s.

Gros B., J.-Cl. Contrats distribution, V° Pourparlers, fasc. 20.

Groslière J.-Cl., Rép. proc. civ., V° Divorce, *Dalloz*, 1984.

Guihal A., La conciliation et la médiation administratives, *Gaz. Pal.*, 1996, doct. 954 et s.

Guillaume-Hofnung M., Le rôle de la volonté dans la médiation, *in* Le rôle de la volonté dans les actes juridiques, *Etudes offertes à la mémoire du professeur A. Rieg*, éd. Bruylant-Bruxelles, 2001, p. 427 et s.

Guinchard S., L'ambition d'une justice civile renouvelée : commentaire du décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 et de quelques aspects de la loi n° 98-1163 du 18 décembre 1998, *D.* 1999, chron. 65 et s. ; Le procès équitable, garantie formelle ou droit substantiel ?, *in* Philosophie du droit et droit économique, Quel dialogue ?, *Mélanges en l'honneur de G. Farjat*, éd. Frison-Roche, 1999, p. 139 et s. ; Vers une démocratie procédurale, *in* Ce qui a changé dans la justice depuis 20 ans, *Justice*, 1999, n° 1, p. 91 et s. ; Les métamorphoses de la procédure à l'aube du troisième millénaire, *in* Clés pour le siècle, Université Panthéon-Assas Paris 2, *Dalloz*, 2000, p. 1135 et s.

Haudebourg J.-F., Bonne foi et surendettement des ménages, *Rev. Proc. coll.* 1997, p. 1.

Hauser J. et Lemouland J.-J., Rép. dr. civ., V° Ordre public et bonnes mœurs.

Hauser J., Le juge homologateur en droit de la famille, *in* Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends, *Col. Etudes juridiques, Economica*, 2001, p. 114 et s.

Hébraud J., Commentaire de la loi du 15 juillet 1944 relative à l'organisation et à la compétence de la chambre du conseil, *D.* 1949. 333.

Heers M., La conciliation par le juge administratif et ses déboires, *Gaz. Pal.* 1996. 478.

Helfre H., Grandeur et servitude de la conciliation, *Gaz. Pal.* 2001, *doctr.* 274.

Henaff G., Les difficultés d'application de la procédure de surendettement des particuliers : quelques questions restant en suspens, *D. aff.* 1997. 461.

Henry M., L'intérêt de la famille réduit à l'intérêt des époux, *D.* 1979. 179.

Héron J., Réflexions sur l'acte juridique et le contrat à partir du droit judiciaire privé, *in* *Rev. Droits*, 1988, L'acte juridique, p. 85 ; Réflexions sur le décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 modifiant le Code de l'organisation judiciaire et le nouveau code de procédure civile, *RGDP.* 1999, n° 1, p. 65 et suiv.

Herzog P., Tendances actuelles concernant les méthodes alternatives de résolution des controverses aux Etats-Unis, *RGDP.* 1999, n° 4, p. 774 et s.

Honorat J., Rôle effectif et rôle concevable des quasi-contrats en droit actuel, *RTDCiv.* 1969. 653 et s.

Huet-Weiller D., Réflexions sur l'indisponibilité des actions relatives à la filiation, *D.* 1978. 233.

Idot L., L'arbitrabilité des litiges, l'exemple français, *Rev. jur. Com.* 1996. 6 et s.

Jacomet T. et Chernerza F., La médiation, mode de règlement conventionnel des litiges, son essor, ses avantages, sa pratique, *Bull. Joly*, 1997. 1037.

Jamin Ch., Un brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil, *D.* 2002. 901.

Jarrosso Ch., Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation, *in* *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, PUAM, 1990, p. 141 et s. ; Réflexions sur l'imperium, *Etudes offertes à P. Bellet*, Litec, 1991, p. 245 et s. ; Les dispositions sur la conciliation et la médiation judiciaires de la loi du 8 février 1995, *Rev. Arb.* 1995. 219 et s. ; Remarques sur la circulaire du 6 février 1995 relative au développement de la transaction administrative, *Rev. arb.* 1995. 435 ; Médiation et conciliation, Définition et statut juridique, *Gaz. Pal.* 1996, *doctr.* 951 et s. ; L'arbitrabilité, présentation méthodologique, *Rev. jur. Com.* 1996. 1 et s. ; Les MARC, Présentation générale, *RIDC.* 1997. 325. ; Les concessions réciproques dans la transaction, *D.* 1997. 267 ; Les MARC, revue *Justice* 1997, avril/juin, p. 274 ; puis chronique à la *RGDP.* 1998., n° 1, p. 161 et s. ; Le nouvel article 1441-4 NCPC, la transaction revêtue de la formule exécutoire, *RGDP.* 1999, n° 1, janv./mars, p. 133 et s. ; Le principe de la contradiction s'applique-t-il à la médiation ?, *RGDP.* 1999, n° 4, p. 764 et s. ; La compétence d'attribution du conciliateur de justice est-elle calquée sur celle du juge d'instance ?, *RGDP.* 1999, n° 4, p. 767 et s. ; La médiation et la conciliation : essai de présentation, *Revue droit et patrimoine*, déc. 1999, p. 36 et suiv. ; Les frontières de l'arbitrage, *Rev. Arb.* 2001. 5 et s. ; La transaction comme modèle, *in* *Le*

conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends, *Economica*, 2001, p. 58 et s.

Jeandidier W., L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire, *RTDCiv.* 1976. 700.

Jolivet E., Chronique de jurisprudence arbitrale de la CCI : arbitrage et procédure ADR, *Gaz. Pal.* 2001, 16-17 novembre, p. 3.

Joly-Hurard J., Rép. proc. civ., V° Médiation et conciliation, *Dalloz*, 1999 ; Le nouveau pouvoir d'injonction du juge en matière de conciliation judiciaire, *D.* 2003, doct. 928 et s. ; L'efficacité des clauses de conciliation préalable enfin assurée, *Les Cahiers de l'actualité, Répertoire procédure civile*, *Dalloz*, 2003-3, p. 2 et s.

Josserand L., Le contrat dirigé, *D. H.* 1933, chron. 89 et s. ; L'essor moderne du concept contractuel, *Mélanges Geny*, t. II, *Sirey*, 1935, p. 333 ; Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats, *RTDCiv.* 1937. ; La publicisation du contrat, *Mélanges Lambert*, t. III, 1938, p. 143 ; Le contrat forcé et le contrat légal (contrat dit de salaire différé), *D. H.* 1940. 5 et s.

Jourdain P., La bonne foi dans la formation du contrat, *Travaux de l'Association Capitant*, t. XLIII, 1992, p. 121 et s. ; J.-Cl. Contrats distribution, V° Responsabilité précontractuelle, fasc. 35.

Julien P. et Renucci J.-F., J.-Cl. proc., fasc. 910-2, V. Divorce, Procédure jusqu'au prononcé définitif du divorce ou de la séparation de corps, 1995.

Kayser P., La recherche en France de la diminution des contentieux judiciaire et administratif par le développement des règlements amiables, *Justice*, 1995, n° 3, p. 203 et s.

Kelsen, La théorie juridique de la convention, *Archives de Philosophie du droit*, 1940. 33.

Kernaleguen F., La solution conventionnelle des litiges civils, *in* *Le droit contemporain des contrats*, dir. L. Cadet, préf. G. Cornu, *Economica*, 1987, p. 65 et s.

Keromnes G., Les modes alternatifs de règlement amiable des litiges en matière administrative, *Gaz. Pal.* 1997, doct. 346.

Kriegk J.-F., Le juge de proximité en quête de légitimité ?, *Les annonces de la Seine*, 24 mars 2003, p. 7 et suiv.

Lacabarats A., Le juge des référés et la médiation, *in* *Bulletin du bâtonnier*, n° spécial Médiation, octobre 1998, p. 7.

Lagarde X., L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation, *Rev. Arb.* 2000. 377 s. ; Transaction et ordre public, *D.* 2000. 217 et s. ; Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges, *Rev. Arb.* 2001. n° 3, p. 423 s. ; Office du juge et ordre public de protection, *JCP. G.* 2001. I. 312.

Lapoyade-deschamp A., Les renonciations en droit de la famille, *D.* 1993. 259. **Larribau-Terneyre V.**, Faut-il réglementer la médiation familiale ?, *JCP. G.* 1993. I. 3649.

Larroumet Ch., Procédure de règlement amiable et droits communs, *in* Le nouveau droit des défaillances d'entreprises, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 1995, p. 103 et s.

Lassale B., Les pourparlers, *Rev. de la recherche juridique*, 1994. 825 et s.

Le Bayon, Observations sur la nouvelle saisie des rémunérations, *Mélanges en l'honneur de H. Blaise*, Economica, 1995, p. 287 et s.

Le Gunehec F., Commentaire des dispositions pénales de la loi du 8 février 1995 : réformettes, réformes d'ampleur et occasions manquées, *JCP. 1995. G. I.* 3862 et 3864.

Le Moal R., Rép. proc. civ., Dalloz, V° Tribunaux paritaires de baux ruraux, 1996.

Leaute J., Les contrats-types, *RTDCiv.* 1953. 430 et s. ; Les contrats types de baux ruraux, *Rev. de législation agricole*, juin 1953.

Leblois-Happe J., De la transaction pénale à la composition pénale, à propos de la loi n° 99-515 du 23 juin 1999, *JCP. G.* 1999. I. 198.

Leborgne A., L'impact de la loyauté sur la manifestation de la volonté ou le double visage d'un grand principe, *RTDCiv.* 1996. 535.

Legate P., L'intervention du médiateur de la République dans le domaine de l'équité, *in* Justice, Médiation et équité, La documentation française, 1995, p. 8 et s.

Legrand A., Rép. cont. adm., Dalloz, V° Médiateur ; Médiateur ou ombudsman ?, *AJDA.* 1973. 229.

Lemaire Ph., Le statut des conciliateurs de justice, *in* Colloque du 18 juin 1998 consacré aux conciliateurs de justice, *Gaz. Pal.* 4-6 octobre 1998, n° spécial, p. 16.

Level P., L'arbitrabilité, *Rev. arb.* 1992. 213 et s. ; L'avocat ou le juriste d'entreprise et les procédures dites alternatives, *JCP. G.* 1999. I. 136.

Lindon R., L'ombudsman à la française, le médiateur, *JCP.* 1974. I. 2634.

Lorieux A., Place de la médiation dans le procès civil, *Gaz. Pal.* 1991, doct. 66 ; Les conciliateurs de justice à la croisée des chemins, *Gaz. Pal.* 1993, chron. 238 et s. ; De la recherche préalable de l'accord à l'efficacité du procès civil, *Gaz. Pal.* 1996, doct. 1268 et s.

Lucet F., Consensualisme et formalisme, *in* L'échange des consentements, Colloque Deauville, *Revue de jurisprudence commerciale*, n° spéc., nov. 1995, p. 42.

Lyonnet B., Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, *Gaz. Pal.* 2000, doct. 2119 s.

Magendie J.-C., L'amiable composition, *RJDA.* 1996. 727.

Mainguy D., Conditions générales de vente et contrats types, *J.-Cl. Contrats-distribution*, fasc. 60, février 2002.

Malaurie Ph., Changement conventionnel de régime matrimonial et suppression de l'homologation judiciaire, *Defrénois*, 1998. 913.

Maréchal, Saisie des rémunérations, Voies de recours ou contestations, Rev. Huiss., 1996. 785.

Martel J.-P., Quelles conditions pour une médiation réussie ? *in* La médiation comme mode de règlement des conflits de la vie des affaires, Coll. Maison du Barreau, 15 avril 1999, LPA, 13 juillet 1999, p. 17 et s.

Martin R., Quand le grain ne meurt... de conciliation en médiation, JCP. 1996. I. 3977 ; L. n° 98-1163 du 18 décembre 1998 relative à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits, JCP. G. 1999, Actualités, p. 121 et s. ; Le projet de réforme relatif à l'accès au droit et à la justice, JCP. G. 2002. Actualité, 161.

Martzloff, L'équité devant le juge civil français, *in* Justice, médiation et équité, La documentation française, 1991, p. 160.

Massip J., Le divorce par consentement mutuel et la pratique des tribunaux, D. 1979. 117.

Mayer P., La sentence contraire à l'ordre public au fond, Rev. arb. 1994. 615.

Mazeaud D., La genèse des contrats, un régime de liberté surveillée, Rev. dr. et patrim., juill. 1996, p. 44 et s. ; Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? *in* L'avenir du droit, Mélanges en hommage à F. Terré, Dalloz, 1999, p. 603 et s. ; Mystères et paradoxes de la période précontractuelle, *in* Le contrat au début du 21^e siècle, Mélanges offerts à J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 637 et s.

Merlin, Rép. proc. civ., V° Juridiction gracieuse.

Mestre J., L'évolution du contrat en droit privé français, *in* L'évolution contemporaine du droit des contrats, PUAM, 1986, p. 41 et suiv. ; Le juge face aux difficultés d'exécution du contrat, *in* Le juge et l'exécution du contrat, PUAM, 1993, p. 91 et s. ; Les procédures préalables institutionnalisées, *in* L'échange des consentements, Colloque Deauville, Revue de jurisprudence commerciale, n° spéc., nov. 1995, p. 32.

Meulders-Klein M.-T., Les modes alternatifs de règlement des conflits en matière familiale, analyse comparative, RIDC. 1997. 383 et s.

Miellet D., L'avocat rédacteur, Gaz. Pal. 2000, doct. 2115.

Miguet J., Réflexions sur le pouvoir des parties de lier le juge par les qualifications et points de droit, Mélanges P. Hébraud, 1981, Presses de l'Université de Toulouse, p. 567.

Montéran T., Le respect des clauses contractuelles de médiation, Gaz. Pal., 30 mars-1^{er} avril 2003, doct. p. 8 et suiv.

Morel R., Le contrat imposé, *in* Le droit français privé au milieu du vingtième siècle, Etudes offertes à G. Ripert, t. II, 1950, LGDJ, p. 116 et s.

Morin G., La révolte des faits contre le Code, Paris, 1920 ; La loi et le contrat, 1921, p. 112.

Motulsky H., Prolégomènes pour un futur code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971, D. 1972. 91.

Mouly Ch., L'avis des enfants sur le changement de régime matrimonial de leurs parents, JCP. G. 1989. I. 3379.

Mousseron J.-M., La durée dans la formation des contrats, Etudes offertes à A. Jauffret, Faculté de droit et sciences politiques d'Aix Marseille, 1974, p. 509 et s.

Mousseron P., Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle, RTDCom. 1998. 243 et s.

Moutouh H., La juridiction de proximité, une tentative attendue de déconcentration judiciaire, D. 2002, doct. 3218 et s.

Muller Y., Rép. proc. civ., V° Contrat judiciaire.

Najjar I., L'accord de principe, D. 1991. 57 et s.

Nerson R., Du divorce par consentement mutuel, RTDCiv. 1980. 554.

Neuville S., Le traitement planifié du surendettement, RTDCom. 2001. 31 et s.

Neveu Y., Le devoir de loyauté pendant la période précontractuelle, Gaz. Pal. 2000, doct. 2212 s.

Normand J., Conclusions *in* Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends, dir. P. Ancel et M.-Cl. Rivier, Economica, Coll. Etudes juridiques, 2001, p. 144 et suiv.

Nouveau E., Voies de recours et saisie des rémunérations, D. 1994.1, Actualité juridique.

Olivier M., La conciliation et la médiation judiciaires en matière civile (Aspects anciens et actuels), Gaz. Pal. 1996, doct. 1257 et s.

Oppetit B., Arbitrage, médiation et conciliation, Rev. Arb. 1984. 307 ; Modes alternatifs de règlement des différends de la vie économique, Justice, 1995, n° 1, p. 53 et s.

Paisant G., Les activités de règlement sans le juge : le cas du surendettement des particuliers, *in* Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends, Economica, Coll. Etudes juridiques, 2001, p. 70 et s.

Pansier F.-J., De la contractualisation du droit de la famille en général et du droit du mariage en particulier, Gaz. Pal., 1999, doct. 287 et s.

Paulin Ch., Promesses et préférences, RTDCom. 1998. 511 et s.

Pautrat R., Rép. proc. civ., V° Conseils de prud'hommes (procédure), Dalloz.

Perreau E.-H., Une évolution vers un statut légal des contrats, Mélanges Gény, t. II, Sirey, 1935, p. 354 et s.

Perrot R., Justice de proximité : conciliation et médiation, Justices, 1995, n° 2, p. 35 et suiv. ; Le décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 modifiant le Code de l'organisation judiciaire et le nouveau code de procédure civile, Rev. Procédures, mars 1999, p. 3 et s. ; L'homologation des transactions, Procédures, 1999, n° août/sept., chron. n° 10, p. 4.

- Petel-Teyssier I.**, Saisie et cession des rémunérations, *Rev. Huiss.*, 1996. 12.
- Peyrat D.**, La loi du 18 décembre 1998 et le décret du 29 octobre 2001, Des normes pour la justice de proximité, *Gaz. Pal.* 2002, 3-5 mars, p. 3.
- Picot Y.**, L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat, *JCP. G.* 1988. I. 3318 ; L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat, *in* Le juge et l'exécution du contrat, PUAM, 1993, p. 57 et s.
- Pierot R.**, Le médiateur : rival ou allié du juge administratif ? *Mélanges Waline*, 1974, t. 2, p. 683 et s.
- Pluyette G.**, La médiation judiciaire en matière civile, *Gaz. Pal.* 1994, doct. 1098 ; Principes et applications récentes des décrets des 22 juillet et 13 décembre 1996, *Rev. Arb.* 1997. 505 et s. ; La médiation judiciaire, *Gaz. Pal.* 1998. 702 ; La formation des conciliateurs de justice, *in* Colloque consacré aux conciliateurs du 18 juin 1998, n° spécial de la *Gaz. Pal.* 1998, 4-6 octobre, p. 34.
- Pollet D.**, Principe de contradiction et médiation, *Gaz. Pal.* 1999, doct. 683 et s.
- Pontier J.-M.**, Le médiateur du cinéma, *Revue Administrative*, janv.-fév. 1992, p. 9 et suiv.
- Popovici A.**, Les contrats d'adhésion, un problème dépassé ?, *Mélanges L. Baudoin*, 1974, p. 161 et s.
- Pradel J.**, Une consécration du *plea bargaining* à la française : la composition pénale instituée par la loi n° 99-515 du 23 juin 1999, *D.* 1999. 379.
- Raynaud P.**, La renonciation à un droit, sa nature et son domaine en droit civil, *RTDCiv.* 1936. 763 et s. ; Le désistement d'instance, Contribution à l'étude de la renonciation à un droit, *RTDCiv.* 1942. 1 s.
- Revel J.**, Les conventions entre époux désunis (contribution à l'étude de la notion d'ordre public matrimonial), *JCP.* 1982. I. 3055.
- Reymond de Gentil M.-J.**, Volonté des époux et rôle du juge dans la modification du régime matrimonial, *JCP. G.* 1973. I. 2558.
- Rials S.**, Rép. cont. Adm., Dalloz, V° Arbitrage et règlement amiable.
- Rieg A.**, Contrat type et contrat d'adhésion, Travaux de recherche de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris, 1970, t. 33, p. 105 et s. ; La punctuation, Contribution à l'étude de la formation successive des contrats, Etudes offertes à A. Jauffret, Faculté de droit et sciences politiques d'Aix Marseille, 1974, p. 593 et s.
- Ripert G.**, L'ordre économique et la liberté contractuelle, *Mélanges Geny*, t. II, Sirey, 1935, p. 347 et s. ; La règle morale dans les obligations civiles, 4^e éd., 1949, p. 97 et s.
- Rivier M.-Cl.**, Les modes alternatifs de règlement des conflits en droit du travail, *Justices*, n° 8, oct./déc. 1997, p. 33 et s. ; L'éviction de la juridiction étatique par le contrat, *in* Le

conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends, *Economica*, 2001, p. 23 s.

Robineau Y., Le médiateur du cinéma (un exemple de procédure de conciliation au service du droit), *Mélanges en l'honneur de G. Brabant*, Dalloz, 1996, p. 615 et s.

Rousseau M., Le juge d'instance et le conciliateur de justice dans le décret du 28 décembre 1998, *Rev. dr. et patrim.*, déc. 1999, p. 46.

Rozes L., Projets et accords de principe, *RTDCom.* 1998. 501 et s.

Ruellan F., Le conciliateur civil : entre utopie et réalités, *JCP. G.* 1990. I. 3431 ; Les MARC : pour une justice plurielle dans le respect du droit, *JCP. G.* 1999. I. 135.

Rusquec (du) E., A propos du contrat de procédure, *JCP. G.* 1994. I. 3774.

Salleilles R., De la responsabilité précontractuelle, *RTDCiv.* 1907. 697 et s.

Schmidt J., La sanction de la faute précontractuelle, *RTDCiv.* 1974. 46 et s.

Schmidt-Szalewski J., La période précontractuelle en droit français, *RIDC.* 1990. 545 et s. ; Les accords précontractuels en droit français, *in* Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels, PUAM, 1990, p. 9 et s. ; La force obligatoire des avant-contrats, *RTDCiv.* 2000. 25.

Sellier, La fonction de négociateur dans la codécision simple en Allemagne Fédérale, *Rev. dr. social*, 1974. 229 et s.

Serverin E., Quels lieux pour la médiation civile en Europe ?, *Revue nationale des barreaux*, n° 66/67, janv.-juin 2002, p. 9 et s.

Seube A., Les conditions générales des contrats, *Mélanges A. Jauffret*, PUAM, 1974, p. 621 et s.

Sohm-Bourgeois A.-M., Rép. proc. civ., V° Procédure devant le tribunal d'instance, Dalloz, 1999.

Solus H., Le problème de l'unification de la procédure civile, *D.* 1975. 45 et s.

Supiot A., Déclin de la conciliation prud'homale, *Dr. soc.* 1985. 225 ; Codicille sur la caducité, *Dr. soc.* 1986. 240.

Tallon D., Considérations sur la notion d'ordre public dans les contrats en droit français et anglais, *Mélanges offerts à R. Savatier*, 1965, Dalloz, p. 883 et s.

Tarabeux, La pratique de la médiation judiciaire devant la cour d'appel de Paris, *Revue Droit et Patrimoine*, déc. 1999, p. 42 et suiv.

Testu X., Le juge et le contrat d'adhésion, *JCP. G.* 1993. I. 3673.

Teyssie B., La négociation collective (L.n° 82-957 du 13 nov. 1982), *JCP. G.* 1983. II. 14065.

Théry R., L'intérêt de la famille, *JCP. G.* 1972. I. 2485.

Thierry J., Faut-il supprimer le contrôle judiciaire du changement de régime matrimonial ?, D. 2000. 68 et s.

Toubert R., La médiation judiciaire, une procédure qui va renaître, Vie judiciaire, 15 déc. 1996, p. 7.

Touzard H., Propositions visant à améliorer l'efficacité de la médiation dans les conflits du travail, Dr. social, 1977, p. 87 et s.

Tudela R., Pour un déplacement du lieu de règlement des conflits en amont de l'institution judiciaire : la conciliation préalable, Gaz. Pal. 1996, doct. 996.

Van Compernelle V., Le juge et la conciliation en droit judiciaire Belge, Mélanges R. Perrot, Dalloz, 1996, p. 523 et s.

Vasseur M., Un nouvel essor du concept contractuel, RTDCiv. 1964. 5 et s.

Veaux D., J.-Cl. civil, art. 2044 à 2058.

Véricel M., Pour une véritable justice de proximité en matière civile, JCP. G. 2003. I. 114.

Viatte, Magistrat chargé de suivre la procédure et magistrat de la mise en état, Gaz. Pal. 1973. 155.

Viennois J.-P., L'amiable, RGDP. 1999, n° 4, p. 471 et s.

Vincent J., La procédure civile et l'ordre public, Mélanges en l'honneur de P. Roubier, t. II, Dalloz-Sirey, 1961, p. 305 et s.

Vivant M., Les clauses de secret, in Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels, PUAM, 1990, p. 101 et s.

Vivier J.-L., Le renforcement du rôle du conciliateur de justice, LPA, 28 février 1997, p. 13.

West A., Remarques sur la conciliation judiciaire en France vue par un juriste Britannique, in Conciliateurs et conciliation, Rapport dir. Y. Desdevises, Mission de Recherche Droit et Justice, 2001.

Wiederkehr G., Qu'est-ce qu'un juge ?, in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?, Mélanges en l'honneur de R. Perrot, Dalloz, 1996, p. 575 et s. ; L'évolution de la juridiction gracieuse, in Mélanges Draï, Dalloz, 2000, p. 483 et s. ; Le rôle de la volonté dans la qualification des actes judiciaires, in Le rôle de la volonté dans les actes juridiques, Etudes offertes à la mémoire du professeur A. Rieg, éd. Bruylant-Bruxelles, 2001, p. 883 et suiv.

Zarkalam S., Les avantages et les inconvénients du « med-arb » comme MARC, RGDP. 1998, n° 4, p. 589 et s.

IV. ACTES DE COLLOQUES ET RAPPORTS

Accès au droit et médiation, Mission de recherche Droit et Justice, 2000, dir. J. Faget.

Conciliateurs et conciliation, Rapport de recherche pour le GIP Mission de recherche droit et justice, dir. Y. Desdevises et Ch. Suaud, mai 2001.

Expertise, arbitrage et médiation, quelles solutions pour des difficultés qui subsistent à l'aube du ^{xxi}e siècle ? Colloque du 6 juin 2000, organisé et publié par l'Institut d'Expertise, d'arbitrage et de Médiation de Paris.

L'avocat, le juge, le médiateur, Colloque du 15 juin 1998, organisé et publié par l'Institut d'Expertise et d'arbitrage de Paris (IEA).

L'échange des consentements, Colloque Deauville, Revue de jurisprudence commerciale, n° spéc., nov. 1995

La bonne foi, Travaux de l'Association Capitant, Litec, 1992.

La codification, Beigner B. (dir.) ; Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 1996.

La formation du contrat, l'avant-contrat, 62^e congrès des notaires de France, 1964, Perpignan.

La médiation comme mode de règlement des conflits de la vie des affaires, Colloque 15 avril 1999, Maison du Barreau de Paris, LPA, 13 Juillet 1999, n° spéc.

La médiation judiciaire en droit du travail, Colloque du 5 février 1999, Grenoble, n° spéc. Gaz. Pal. 2000.

La médiation, Colloque du 17 octobre 1995, organisé et publié par l'IEA de Paris.

La médiation en débat, n° spécial des Petites Affiches, 26 août 2002, n° 170, dir. F. Monéger. Ces travaux ont fait l'objet d'une publication par l'Institut de droit économique et des affaires de l'Université d'Orléans, coll. Les recherches Pothier F. Monéger (dir.), 2002.

La réforme de l'accès au droit et à la justice, Rapport de la Commission de réforme de l'accès au droit et à la justice, P Bouchet (dir.), La documentation française, mai 2001.

Le contrat, Congrès des notaires de France, 94^e, 1999.

Le juridictionnel et le conventionnel dans le règlement des différends, Ancel P. et M.-Cl. Rivier (dir.), Coll. Etudes juridiques, Economica, 2001.

Les conciliateurs de justice, Colloque du 18 juin 1998, n° spécial de la Gaz. Pal., 4-6 octobre 1998.

Les conciliateurs, la conciliation, une étude comparative, Kotz H, Ottenhof R. (dir.) : Economica, Coll. Etudes juridiques comparatives, 1983.

Les médiations : logiques et pratiques sociales, Rapport de recherche pour le GIP Mission de recherche droit et justice, dir. J.-P. Bonafé-Schmitt, avril 2001.

Les modes alternatifs de règlement des conflits, M.-Cl. Rivier (dir.), Un objet nouveau dans le discours des juristes français ?, Rapport de recherche du CERCRIID effectué avec le soutien du GIP, Mission de Recherche Droit et justice, mai 2001.

Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice, P. Chevalier, Y. Desdevises, Ph. Milburn (dir.), La documentation française, coll. Perspectives sur la justice, 2003.

Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels, PUAM, Avant-propos de J. Mestre, Coll. des 17 et 18 mai 1990.

Médiation et conciliation de proximité, M. Lindeperg, (dir.) : Avis et Rapports du Conseil Economique et social, Les éditions des Journaux Officiels, Juillet 2001.

Médiations judiciaires, témoignages de praticiens avertis, Rapport de recherche pour le CEMARC, Université Paris II Panthéon-Assas, 1999.

Quels moyens pour quelle justice ?, Jolibois C. et Fauchon P, Mission d'information de la Commission des lois, Les Rapports du Sénat, 1996-1997, n° 49.

Réflexions et propositions sur la procédure civile, Coulon J.-M., Rapport au garde des Sceaux, ministre de la Justice, La documentation française, 1997.

Index alphabétique

NOTE DE L'ÉDITEUR

Les numéros renvoient aux paragraphes.

- A -

Abstention : 48

Accès au droit : 295 Accord de conciliation : 553, 631 s., 643 s.

– autorité : 636

– contestation : 638

– contrôle judiciaire : 605, V. constat judiciaire

– effets : 637

– et transaction : 635

– formalisme : 480, 553

Accord de principe : 129, 131 s.

Accord de volonté : 13, 150, 153

Actes de disposition : 386

Actes de perfection : 674

Actes judiciaires non juridictionnels : 615, 619, 641, 684

Actes processuels : 211, 618

– directifs : 212

– dispositifs : 211

Actes réceptifs du juge : 604, 619, 641, 685

Action en justice : 204

Adhésion : 150, 152 s., 168

ADR : 1, 34, 294,

Amiable composition : 5, 507

Analogie juridique, technique : 183

Arbitrabilité : V. Conciliabilité

Arbitrage : 5, 34, 234

Avant-contrat : 129, 132

Avocat : 494, 537 s., 595

– formation à la médiation : 545 s.

– rôle pendant les pourparlers : 544 s., 547

- B -

Bonne foi : 123, 125, 530 s.

- C -

Catalyseur : 26

Célérité : (V. Justice, Célérité)

Circuits de dérivation du contentieux : 295

Clauses de conciliation ou de médiation : 35 s., 113

– définition : 35

– effets : 39 s.

– inexécution : 43

– nature juridique : 37

- requalification : 35
- sanctions contractuelles : 44 s.
- sanctions procédurales : 49
- sanctions : 43 s.

Clauses pathologiques : 38

Comités consultatifs de règlement des différends en matière de marchés publics : 322 s.

Commissions de surendettement des particuliers : 103, 341 s.

Commissions départementales de conciliation en matière de baux : 316 s.

Conciliabilité : 522 s.

- critères : 522 s., 550
- notion : 522

Conciliateur de justice : 95, 102, 331 s., 337, 442, 561 s.

- champ d'action : 562
- compétence : 566
- déontologie : 561 s., 569, 579, 593
- désignation : 570
- expérience juridique : 336 s., 566, 571, 573 s.
- formation : 493, 564, 572 s.,
- mission : 333, 465
- recrutement : 564, 565 s.

Conciliation : 8, 22

- *ad hoc* : 29 s.
- champ matériel d'application : 368 s.
- collective : 35
- consensuelle : 29 s.

- de droit commun : 262
- définition : 23, 26
- déléguée : 82, 284
- durée : 468, 476, 534 s.
- extrajudiciaire : 26, 28 s., 109, 301
- familles : 27 s.
- grande conciliation : 240, 242 s.
- institutionnelle : 32 s.
- intégration à l'instance : 255 s.
- intégration à l'office du juge : 261 s.
- judiciaire déléguée : 230
- judiciaire : 9s., 26, 59 s., 74, 97 (définition), 110
- mode idéal de règlement des conflits : 227
- nature juridique : 113
- non-judiciaire : 301, 358
- notion générique : 8, 23 s., 108
- parajudiciaire : 26, 95, 99 s., 105 (définition), 111
- petite conciliation : 241
- proposition par le juge : 524 s.

Conciliation et médiation judiciaires : 9 s., 13

Conciliation préalable : 190, 228

- champ matériel d'application : 369, 380
- conseils de prud'hommes : 85, 190, 247, 370
- divorce : 85, 190, 249, 379 – obligatoire : 190, 228
- saisie des rémunération : 250, 369
- tribunal d'instance : 85, 190, 246
- tribunal paritaire de baux ruraux : 85, 190, 248, 370

Conditions générales : 166

Confidentialité : 133, 471, 512 s., 557

- contenu : 513

- effectivité : 516

- portée : 515

Conseils, V. Avocat

Consentement : 186, 200

- et pourparlers facultatifs : 187

- et pourparlers impératifs : 190, 200

- procédures : 154, 185

Constat d'accord : 88 s., 603 s.

- acte : 608

- effets : 92, 623 s., 629

- activité : 88 s., 599, 602 s., 604 s.

- contestation : 638

- contrôle judiciaire : 605 s.

- formes : 609, 622

- nature juridique : 615 s.

- pouvoir d'appréciation du juge : 606, 639

Contractualisation de la justice : 217

- du droit de la famille : 393, 666

Contrat : 12, 150, 214

- contrôlés : 20, 486 s.

- critères

- de négociation : 129 s., 131 (effets), 133 (contenu)

- de procédure : 212

- dirigé : 18

- exécution : 125
- forcé : 177
- formation : 125
- imposé : 177, 180
- judiciaire : 92, 626
- légal : 177
- négocié : 152, 155
- partiel : 129
- préliminaire
- préparatoire : 129
- provisoire
- temporaire : 129

Contrat d'adhésion : 120, 152, 167

- critères distinctifs : 168, 170

Contrats de pourparlers judiciaires : 203, 215, 216

- contenu : 402 s.
- délégués : 205
- effets : 206
- objet : 204

Contrat-type : 17, 158 s.

- administratif : 158, 171
- facultatif : 159
- obligatoire / impératif : 164, 166, 169, 170, 173
- obligatoire de médiation judiciaire : (origine prétorienne) 274, 277, 280, 287 s., 290
- privé : 158, 173
- réglementaire 158, 172

- réglementaire facultatif : 229, 252, 265
- réglementaire obligatoire : 230, 273 s., 290, 293, 361

Convention : 150

- de disposition processuelle : 211
- d'administration processuelle : 212

Convention, changement de régime matrimonial : 662

Convention collective de travail : 174

Convention définitive de divorce : 662

Conventionnel : 11

- D -

Décision de dessaisissement : 92, 612, 620

Défenseur des enfants : 35

Déjudiciarisation : 294, 301

Délais de prescription : 68 s.

Délégation de la mission de conciliation : 82 s.

Demande en justice, critères : 62

- effets : 64

Déontologie

- conciliateur : 558, 593
- des parties : 496, 555
- des pourparlers : 133, 492 s., 496, 531, 557
- médiateur : 581, 593
- médiation : 558

Désengorgement : 296

V. Justice, encombrement

Dessaisissement : 92, 605

– étendue : 92, 605

Devoir de coopération : 126

– de confidentialité : V. Confidentialité

– de renseignement : 126

– de sincérité : 126

Dialogue : 7, 557

– V. Principe de dialogue

Dirigisme contractuel : 17, 115, 156, 218, 219, 702, 696 s.

– au palais : 224, 227 s.

– des MARC : 221, 223 s.

– des pourparlers judiciaires : 220, 222

– étatique : 145

– hors les murs : 225, 294 s.

Disponibilité : V. Libre disponibilité des droits

Droit à la conciliation : 263 s.

Droit au juge : 521

Droit processuel : 400

Droits acquis : 398

- E -

Ecoute : 7

Egide du juge : 75 s., 486 s., 595, 598, 690

Equité :

– de l'accord : 655, 689

– des pourparlers : 496, 536, 594 s., 689

Etat d'offre permanente : 180

Exequatur : 679

Expertise : 409

- F -

Fiction juridique : 183

Fin de non-recevoir : 424, 430

– conventionnelle : 52 s., 56

Force authentique : 92, 627

Force exécutoire : 92, 627 s., 672

Formalisme précontractuel : 122, 127, 128, 436 s., 438

– protecteur : 436

Formules types : 159

- H -

Homologation : 600s., 659 s.

– activité juridictionnelle : 665

– administrative 675 s.

– contestation : 669

– effets : 667 s.

– facultative : 672 s., 680

– finalité : 666

– formes : 661 s.

– impérative : 395, 664 s.

– judiciaire : 395, 659 s.

– nature juridique : 681 s.

- portée du contrôle judiciaire : 665, 675, 677 s.

- I -

Impartialité : 48, 515, 601, 643 s., 656

- fonctionnelle : 646, 647

- garanties : 648 s., 656

- objective : 644

- personnelle : 645

- subjective : 644

Imperium : 299

Indisponibilité des droits : 388

Instance : 60

- conciliatoire : 69

- extinction : 629

- introduction : 63

- notion : 61

- suspension : 71 s., 73

Irrecevabilité de la demande en justice : 50, 52

- J -

Judiciarisation : 104, 300, 332

Juge, aux affaires familiales : 457

- chargé de suivre la procédure : 256 s.

- contrôleur : 77, 83

- de l'exécution : 103, 343 s.

- de la conciliation : 48

- de paix : 236, 241
- des mises en état : 259
- du litige : 48
- homologateur : 19, 502, 698
- maître d’œuvre de la conciliation : 77
- pouvoir d’appréciation : 76, 489, 606, 639, 680
- pouvoir discrétionnaire : 475, 478, 606, 640 s.,
- promoteur : 19, 485, 698
- superviseur : 19, 77, 81, 84, 87, 596 s., 605, 698
- Juge-conciliateur : 19, 77, 80, 457 s., 460, 85, 653
- formalisme procédural : 457
- impartialité : 48
- règle de droit substantielle : 461, 507 s.

Jugement convenu : 626

Jugement d’homologation : 614 s.,

- V. Homologation

Jugement de donné acte : 611

Juridiction gracieuse : 664 s.

Juridiction volontaire : 664

Juridictionnalisation : 299, 301 s.

Justice

- alternative : 1
- amiable : 1
- célérité : 534 s.
- consensuelle : 1
- convenue : 1
- coût : 1

- crise : 1, 2
- de paix : 236
- de proximité : 4
- encombrement : 2, 253, 296
- lenteur : 1
- négociée : 1
- plurielle : 297
- qualité : 6

- L -

Liberté contractuelle : 17, 123, 136, 364, 530

- limitation : 145, 530

Libre disponibilité des droits : 201, 384

Lien juridique d'instance : 64

Loi interprétative : 157

Loi supplétive : 157, 159

Loyauté (devoir de) : 527 s., 528, 554, 557

- contractuelle : 527
- précontractuelle : 530, 532
- processuelle : 527

- M -

Maisons de justice et du droit : 453

MARC : 1, 3 et s.

Matière gracieuse : 660, 664, 682

Médiateur : 442, 581 s.

- choix : 584 s.
- compétence : 581
- de l'édition publique : 35
- de l'Education nationale : 35
- de la République : 35, 304 s.
- déontologie : 581 s., 586, 593
- des assurance : 35
- désignation : 584 s.
- du cinéma : 35, 311 s.
- du service universel postal : 35
- en droit communautaire : 35
- et conciliateurs : 31
- formation : 493, 589 s., 592
- listes de médiateurs : 587
- pouvoirs : 31, 33
- rémunération : 410

Médiation

- extrajudiciaire : 31
- familiale : 393 s., 589
- institutionnalisation : 589 s.
- institutionnelle : 35

Médiation judiciaire : 9 s., 273, 281, 230

- définition : 98
- lieu : 452
- loi n° 95-125 du 8 février 1995 : 283, 290, 293
- moment : 446
- nature juridique : 113

- origine prétorienne : 274 s.
- projet de loi : 282
- proposition de loi : 281
- proposition par le juge : 448 s., 524 s.

Mesure d'administration judiciaire : 616 s., 621

Mode alternatif de règlement des conflits, V. MARC

Mode conventionnel de règlement des conflits : 98

Modes processuels de règlement des litiges : 98, 254

- métissage : 291, 360, 362

- N -

Navette (technique de la) : 530

Négociation : 120, 125

Norme impérative : 163

Norme supplétive : 157 s., 161

- O -

Obligation de comparaître en personne : 195 s., 417 s.

- conseil de prud'hommes : 196, 419 s.

- divorce : 196 s., 424 s.

- tribunal paritaire de baux ruraux : 196, 198, 428 s.

Obligation de faire : 5

Obligation de moyens : 42, 47, 131, 209

Obligation de ne pas agir en justice : 41 s.

Obligation de ne pas faire : 45

Obligation de négocier : 131, 133

– de bonne foi : 42

Obligation de résultat : 45, 131, 208

Obligation légale de contracter : 178 s., 192, 201, 228, 231 s., 245 s., 193, 415

Obligation légale de négocier : 191, 415

– sanctions : 195 s., 420, 433 s.

Office du juge : 19, 80, 204 s., 261 s., 270, 599, 601, 699

– aménagement : 80, 204 s., 507

– délégation : 82, 657

Ordre public : 384 s., 389

– de direction : 190

– de protection : 295, 397 s.

– économique de direction : 390, 392

– politique : 390 s.

– procédural : 17, 141 s.

- P -

Pactes familiaux : 393

Paix sociale : 6, 8, 190

Période précontractuelle : 120, 123

Pourparlers : 114, 118, 137

– champ d’application : 366 s., 383 s., 400

– contenu prédéterminé : 401 s.

– contractuels : 129

– définition : 120 s., 134

– déontologie : 133, 533

- déroulement : 193
- durée : 468, 476, 534 s.
- entrée : 123, 403 s.
- formalité préalable : 406
- formes : 122, 127
- issue : 473
- judiciaires : 117, 139, 143, 148
- lieu : 443 s., 452
- moment : 443 s., 446 s.
- obligatoires : 195, 413, 415
- procédure : 456 s.
- régime juridique : 136
- règlement des difficultés : 467
- rupture abusive: 531 s.
- rupture: 123, 531 s.
- solennels : 407
- structure : 193, 440 s.
- tenue : 194

Pouvoir réglementaire de fait : 161, 176

Préliminaire obligatoire de conciliation : 190, 228, 233, 235 s.

Prétention : 66

Principe accusatoire : 140 s., 188

- d'immutabilité du litige : 517
- d'indisponibilité du litige : 517
- d'initiative : 141
- de célérité : 534, 557
- de confidentialité : V. Confidentialité

- de dialogue : 557
- de publicité de la justice : 512
- de transparence : 506, 531
- du consensualisme : 405 s.
- du contradictoire : 504 s.

Principes de droit processuels : 497, 500 s., 536

Principes directeurs du procès : 16, 261, 364, 401

- de la médiation judiciaire : 278, 286
- des pourparlers judiciaires : 487, 497, 499 s., 536, 557
- du droit des obligations : 16

Principes fondamentaux d'une bonne justice : 80, 536, 595

Procéduralisation du droit : 217, 690

- des MARC : 217, 690

Procédure civile :

- caractère impératif : 140 s.
- formalisme : 140 s.

Procès équitable : 482 s., 536

- droit substantiel : 536
- modèle universel : 536, 557

Procès-verbal de conciliation : 610

Promesse de contrat : 129

Provision, consignation : 406, 410

Punctuation : 129

- Q -

Quasi-contrat : 182

- R -

Radiation : 72

– conventionnelle : 72

– sanction : 72

Récusation : 652

Règlement amiable, entreprises en difficulté : 351 s.

Réglementation de fait : 176

Règles d'ordre public : V. Ordre public

– protégeant l'intérêt public : 390 s.

– protégeant les intérêts privés : 397 s.

Rapport processuel : 67

Renonciation : 41, 387 s.

– à l'action en justice : 41

– aux règles de droit substantiel : 507

Représentation des parties : 542 s.

Responsabilité contractuelle : 133

Responsabilité précontractuelle : 124, 531 s.

Retrait du rôle : 61, 72

- S -

Sanction

– contractuelle : 44 s.

– procédurale : 49 s.

Secret : V. Confidentialité

Situation contractuelle d'origine légale : 182, 192

- nature juridique : 183
- Situation de médiation : 207
- Situation juridique : 67, 207
- Standardisation des contrats : 160
- de la conciliation : 255, 265, 269, 293
- de la médiation : 279
- Stipulation : 168
- Supervision judiciaire : 146, 486, 596 s., 617
- Sursis à statuer : 50, 57

- T -

- Tentative préalable de conciliation : 61, 65,
- champ d'application : 371 s.,
- Tiers : 26, 558 s., 593
- conciliateur : 561 s., V. Conciliateur
- déontologie : 559
- médiateur : 581 s., V. Médiateur
- Transaction : 631 s.
- autorité : 632
- concessions réciproques : 631
- effet extinctif : 633
- et conciliation : 635
- homologation : 633, 662, 672
- Tutelle du juge : 19, 76 s., 146, 486