

AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur : ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite de ce travail expose à des poursuites pénales.

Contact : portail-publi@ut-capitole.fr

LIENS

Code la Propriété Intellectuelle – Articles L. 122-4 et L. 335-1 à L. 335-10

Loi n° 92-597 du 1^{er} juillet 1992, publiée au *Journal Officiel* du 2 juillet 1992

<http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg-droi.php>

<http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm>



THÈSE



En vue de l'obtention du
DOCTORAT DE L'UNIVERSITÉ DE TOULOUSE

Délivré par l'Université Toulouse Capitole

École doctorale : **Droit et Science Politique**

Présentée et soutenue par

CALMETTES Chloé

le 5 décembre 2022

**Les règlements amiables des différends à l'épreuve des principes
directeurs du procès**

Étude de droit processuel

Discipline : Droit

Spécialité : Droit privé et Sciences criminelles

Unité de recherche : IDP (EA 1920)

Directeur de thèse : Madame Catherine GINESTET, Professeur, Université Toulouse 1
Capitole

JURY

Rapporteurs Madame Cécile CHAINAIS, Professeur, Université Paris II – Panthéon-Assas
Monsieur Nicolas CAYROL, Professeur, Université de Tours

Suffragants Madame Mélina DOUCHY-OUDOT, Professeur, Université de Toulon
Monsieur Lionel MINIATO, Maître de conférences HDR, INU Champollion

Directeur de thèse Madame Catherine GINESTET, Professeur, Université Toulouse 1 Capitole

*« L'université n'entend ni approuver ni désapprouver les
opinions particulières de l'auteur. »*

À la mémoire de Pia et Lucien,

À ma mère,

REMERCIEMENTS

Mes premiers remerciements vont à ma directrice de thèse, Madame le professeur Catherine Ginestet, pour son accompagnement tout au long de ce travail de recherche. Je tiens à lui exprimer ma profonde gratitude pour la confiance qu'elle m'a témoignée, ses précieux conseils ainsi que sa disponibilité.

Je tiens ensuite à remercier Mesdames les professeurs Cécile Chainais et Mélina Douchy-Oudot, Monsieur le professeur Nicolas Cayrol ainsi que Monsieur Lionel Miniato d'avoir accepté de siéger dans mon jury de soutenance.

Je remercie Monsieur le Président de l'Université Toulouse Capitole, Hugues Kenfack, et son équipe. Leurs mots attentionnés ont été d'un soutien et d'une motivation sans pareils.

Je trouve également ici l'occasion de remercier l'ensemble des professeurs dont j'ai eu la chance d'être l'étudiante. Ils m'ont fait découvrir le droit, cette matière que j'affectionne tant.

Je remercie ensuite Monsieur le professeur Christian Mestre pour ses avis utiles au développement de mes recherches et l'honneur qu'il m'a fait de pouvoir découvrir les institutions européennes. Je remercie également Monsieur Pascal Dourneau-Josette. Son accompagnement et ses conseils avisés ainsi que la rigueur prodiguée durant mon stage à la Cour européenne m'ont encouragée à me surpasser à chaque étape de cette aventure. Je lui en suis infiniment reconnaissante.

Mes remerciements vont également à l'ensemble du personnel de la Bibliothèque de l'Université Toulouse Capitole qui, par sa prévenance, a largement contribué à la réalisation de ce travail.

Je remercie ensuite mon grand-père Gérard Calmettes pour sa précieuse assistance linguistique et ses relectures.

Je remercie enfin mon entourage, famille et amis, qui m'ont soutenue avec patience et enthousiasme tout au long de ces années de thèse. Puissent-ils trouver ici l'expression de ma reconnaissance ineffable pour leur soutien.

SOMMAIRE

Liste des abréviations

INTRODUCTION

PREMIERE PARTIE : ENRICHISSEMENT DE L'OFFRE DE JUSTICE PAR LA PROCESSUALISATION DES REGLEMENTS AMIABLES

TITRE 1 : DU PLURALISME DE LA JUSTICE

Chapitre 1 : Attraction des règlements amiables par le droit processuel

Chapitre 2 : Recours au modèle universel du procès équitable par les règlements amiables

TITRE 2 : DU DROIT D'ACCEDER A LA JUSTICE

Chapitre 1 : Droit d'accès au juge et droit à un règlement amiable

Chapitre 2 : Droit à l'exécution d'une décision de justice et droit à l'exécution d'un accord amiable

DEUXIEME PARTIE : ADAPTABILITE DES PRINCIPES DU PROCES EQUITABLE AUX REGLEMENTS AMIABLES

TITRE 1 : LES GARANTIES TENANT A LA QUALITE DU PROCESSUS

Chapitre 1 : Pour une efficacité du processus

Chapitre 2 : Pour une coopération dans le processus

TITRE 2 : LES GARANTIES TENANT A LA QUALITE DU TIERS-INTERVENANT

Chapitre 1 : L'exigence d'un tiers indépendant

Chapitre 2 : L'exigence d'un tiers impartial

CONCLUSION GENERALE

Annexes

Bibliographie

Index alphabétique

Table des matières

LISTE DES ABREVIATIONS

Abréviation	Terme développé
(dir.)	sous la direction de
ADR	Alternative Dispute Resolution
AJ contrat	Actualité juridique contrat
AJ pénal	Actualité juridique de droit pénal
AJDA	Actualité juridique de droit administratif
al.	Alinéa(s)
ant./anc.	Antérieur / Ancien
Arch. phil. dr.	Archives de philosophie du droit
art.	Article(s)
ass.	assemblée
Ass. plén.	Assemblée plénière (de la Cour de cassation)
Avr.	Avril
BICC	Bulletin d'information de la Cour de cassation
Bull. (ass. Plén., civ., crim.)	Bulletin de la Cour de cassation (Assemblée plénière, chambre civile, chambre criminelle)
c.	contre
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. consom.	Code de la consommation
C. pén.	Code pénal
C. trav.	Code du travail
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
Cah. Conseil const.	Cahiers du Conseil constitutionnel
Cah. Dr. eur.	Cahiers de droit européen
Cass.	Cour de cassation
CCC	Contrats concurrence consommation

CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
Cep.	Cependant
CEPEJ	Commission européenne pour l'efficacité de la justice
CESDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales
Ch.	Chambre
Ch. mixte	Chambre mixte (de la Cour de cassation)
Chap.	Chapitre
Chron.	Chronique
Circ.	Circulaire
Civ. (1^{re}, 2^e ou 3^e)	Chambre civile de la Cour de cassation (première, deuxième ou troisième)
CJA	Code de justice administrative
CJCE/UE	Cour de justice des communautés européennes / de l'Union européenne
CNB	Conseil national des barreaux
COJ	Code de l'organisation judiciaire
Coll.	Collection
Com.	Chambre commerciale (de la Cour de cassation)
Comm.	commentaire
Comp.	comparer (avec)
Concl.	conclusions
Cons.	considérant
Cons. Const.	Conseil constitutionnel
<i>Contra</i>	dans un sens contraire
CPC	Code de procédure civile
CPCE	Code des procédures civiles d'exécution
CPP	Code de procédure pénale
Crim.	Chambre criminelle (de la Cour de cassation)
D.	Recueil Dalloz
Déc.	Décision (ou décembre selon le contexte)
Décr.	Décret

Dir.	Directive
Doct.	Doctrine
Dr. et proc.	Droit et procédures
Dr. soc.	Revue de droit social
éd.	Edition
Égal.	Également
Et a.	Et autres
ex.	exemple
Fasc.	Fascicule
Févr.	février
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Ibid.	<i>Ibidem</i> – Même endroit
in	dans
Infra	ci-dessous
janv.	janvier
JCP E.	JurisClasseur Périodique (Semaine juridique), édition entreprise et affaires
JCP G.	JurisClasseur Périodique (Semaine juridique), édition générale
JCP S.	JurisClasseur Périodique (Semaine juridique), édition sociale
JORF	Journal officiel de la République française
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
Juill.	Juillet
Jur.-Cl.	Encyclopédie JurisClasseur
Justices	Revue générale de droit processuel
L.	Loi
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les Petites affiches
Mél.	mélanges
n°	numéro(s)
nbp	note de bas de page
not.	notamment
Nov.	novembre
obs.	observation ou note

Oct.	octobre
<i>op. cit.</i>	<i>opus citadum</i> - œuvre déjà citée
Ord.	ordonnance
p./pp.	page(s)
paragraphe	§
plén.	plénière
Préc.	précité
Préf.	préface
<i>Procédures</i>	Revue Procédures
PUAM	Presses Universitaires Aix-Marseille
PUF	Presses Universitaires de France
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
Rapp.	Rapport
<i>RD publ.</i>	Revue de droit public
<i>RDC</i>	Revue des contrats
<i>RDI</i>	Revue de droit international et de droit comparé
Rec. CE	Recueil des arrêts du Conseil d'État (Lebon)
Rééd.	réédition
Règl.	Règlement
<i>Rép. Contentieux adm.</i>	Répertoire Dalloz de contentieux administratif
<i>Rép. dr. civ.</i>	Répertoire Dalloz de droit civil
<i>Rép. dr. eur.</i>	Répertoire Dalloz de droit européen
<i>Rép. dr. inter.</i>	Répertoire Dalloz de droit international
<i>Rép. pén. et proc. pén.</i>	Répertoire Dalloz de droit pénal et de procédure pénale
<i>Rép. proc. civ.</i>	Répertoire Dalloz de procédure civile
Req.	Requête
Rev.	Revue
<i>Rev. adm.</i>	Revue administrative
<i>Rev. arb.</i>	Revue de l'arbitrage
<i>RDA</i>	Revue de droit d'ASSAS
<i>RDP</i>	Revue de droit public
<i>RFDA</i>	Revue française de droit administratif
<i>RGDP</i>	Revue générale des procédures

<i>RIDC</i>	Revue internationale (et) de droit comparé
RIN	Règlement intérieur national de la profession d'avocat
<i>RSC</i>	Revue de science criminelle
<i>RTD civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTD eur.</i>	Revue trimestrielle de droit européen
s.	Et suivants
Sect.	Section
Sept.	Septembre
Soc.	Chambre sociale (de la Cour de cassation)
Spéc.	Spécialement
ss-section	Sous-section
<i>supra</i>	ci-dessus
t.	tome
T. confl.	Tribunal des conflits
TA	Tribunal administratif
TC	Tribunal de commerce
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TGI	Tribunal de grande instance
TLFi	Trésor de la langue française informatisé
TUE	Traité sur l'Union européenne
Trad.	traduction
v.	voir
v°	<i>verbo</i>
vol.	volume

INTRODUCTION

« Dès lors, la vocation du droit est toute tracée, entre l'espoir et la crainte. Une voix claire nous crie : comment le droit pourrait-il ne pas encourager pareille tentative ? Vive la paix ! Faveur aux ouvriers de paix ! Mais une voix sourde répond : le droit est-il capable d'instituer la paix ? Est-il en son pouvoir, comme le roi dérisoire qui parlait au soleil, d'ordonner à la sagesse de se lever ? ».

G. CORNU¹

1. La tendance à la résolution amiable des différends. Dans la société post-moderne, la tendance est aux règlements amiables des différends. « Face à une justice enfermée dans ses temples, ligotée par ses rituels et ses procédures, rendue opaque sinon aveugle par la technicité du droit et submergée par la marée contentieuse »², la solution est d'encourager le développement d'une autre offre de justice. Les règlements amiables sont promus comme une justice sans coûts ni lenteurs, excluant tout formalisme et suscitant la participation active des parties à la résolution de leur propre différend. Il s'agit alors d'apporter une réponse aux maux de la justice traditionnelle, qui satisferait le public dans son ensemble. La justice étatique est intervenue afin de purger la société des actes de vengeance privée. Elle applique le droit qui définit l'interdit et prévient les abus. Or, la promesse d'une justice source de paix n'a conduit qu'à l'enfermement de la vengeance dans le rituel. Les allégories de la justice traditionnelle en sont le symbole. La justice est régulièrement représentée par des gueules de lions impressionnantes, des objets tranchants, et notamment par le glaive tenu par une femme aux yeux bandés. Les représentations de la justice, souvent cruelles³, inspirent le respect et libèrent les individus de leur agressivité. Elles permettent à la société de ne pas l'être à son tour. Bien que la justice ait encore pour objectif d'empêcher la vengeance privée, son idéologie s'est modernisée. L'époque contemporaine présente désormais une justice plus sociale qui a pour

¹ G. CORNU, « Les modes alternatifs de règlement des conflits. Rapport de synthèse », *RDIC*, vol. 49, n° 2, avr.-juin 1997, pp. 313-323, spéc. p. 323.

² J. POUMAREDE, « La Conciliation, la mal-aimée des juges », *Les Cahiers de la Justice*, 2013/1, p. 125.

³ À l'instar du mythe de Cambyse, raconté par HERODOTE, qui oblige le fils de Sisamnès à juger sur le trône recouvert de la peau de son père, pour que jamais il n'oublie le sort du juge corrompu ; V. F. TOULOUSE, *Le jugement de Cambyse*, Horay, Coll. « Littérature buissonnière », 1995, 78 p.

objectif de rétablir la paix entre les individus tout en préservant les droits fondamentaux de chacun. Ce constat se perçoit notamment dans la matière pénale dont la procédure, à l'origine inquisitoire, tente aujourd'hui de concilier la répression et le respect des libertés individuelles. Pour autant, la justice étatique fait l'objet de moult critiques. Elle est présentée tour à tour comme « trop sévère », « trop laxiste », « irresponsable », « trop lente »⁴. Cette vision de la justice contemporaine est dès lors bien éloignée de l'assimilation de la justice au bonheur réalisée par PLATON⁵. Or, au-delà des critiques actuelles, force est de constater que la justice traditionnelle coïncide rarement avec le bonheur de tous. En effet, à l'issue d'un procès, le bonheur de l'un entre régulièrement en conflit avec le bonheur de l'autre. Alors que le litige juridique prend fin, le conflit perdure. La paix sociale peut-elle alors être réellement rétablie par le droit ?

2. L'engouement porté aux règlements amiables des différends incite à l'admettre. Les règlements amiables – également appelés modes amiables de résolution des différends – sont entendus comme des « processus de pacification et de régulation sans recours au juge »⁶. Ces modes de règlement des différends permettent aux justiciables de se réapproprier le procès et d'en devenir les acteurs. Ils évitent ainsi l'aléa judiciaire. Plus encore, par le dialogue et la communication, qui sont les outils essentiels pour un règlement amiable réussi, ils abordent l'entièreté du conflit. Les règlements amiables font ainsi montre d'un intérêt pour l'avenir. En ce sens, ils tendent à satisfaire « le sentiment d'accès à la justice »⁷ ressenti par les usagers. L'accès à la justice est un défi essentiel représenté à l'échelle mondiale. L'Organisation des Nations Unies (ONU) en a d'ailleurs fait l'un des dix-sept objectifs de développement durable à atteindre dans son *Programme de développement durable à l'horizon 2030*⁸. Or, qu'entend-on par « accès à la justice » ? Cette expression conduit elle-même à plusieurs interrogations : comment ? Pour qui ? Accès à quoi ? Qu'entend-on par justice ? Est-ce que le juge est

⁴ Tribune de la conférence nationale des premiers présidents des cours d'appel de France, *Confiance dans l'institution judiciaire, Appel à refonder le pacte républicain pour la justice*, 21 mai 2021.

⁵ La justice serait un bonheur social dans le sens où seul le juste est heureux, tandis que l'injuste, lui, est malheureux.

⁶ N. FRICERO et a., *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, 3^e éd., Dalloz, Coll. « Guides Dalloz », 2017/2018, n° 0.11.

⁷ J.-F. ROBERGE, « Le sentiment d'accès à la justice et la conférence de règlement à l'amiable », rapp. de recherche sur l'expérience des justiciables et avocats à la Cour supérieure du Québec et à la Cour du Québec, déc. 2014. Disponible sur https://coursuperieureduquebec.ca/fileadmin/cour-superieure/Pdf_Word_par_district/rech_exp_justiciables_cs_cq.pdf.

⁸ ONU, résolution adoptée par l'Ass. Générale le 25 sept. 2015, A/RES/70/1, « Transformer notre mode : le Programme de développement durable à l'horizon 2030 », objectif 16 : « Promouvoir l'avènement de sociétés pacifiques et inclusives aux fins du développement durable, assurer l'accès de tous à la justice et mettre en place, à tous les niveaux, des institutions efficaces, responsables et ouvertes à tous ». Disponible sur : <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N15/291/90/PDF/N1529190.pdf?OpenElement>.

nécessairement présent ? Si ces questions seront ultérieurement abordées, force est de reconnaître dès à présent que l'accès à la justice ne se conçoit plus comme l'unique accès au juge⁹. Une évolution des politiques législatives et judiciaires promeut en effet une offre de justice diversifiée. La justice française démontre depuis lors une approche plurielle de justice, dont les enjeux sont de répondre aux attentes des citoyens.

À ce titre, les règlements amiables des différends ont investi l'ensemble des domaines du droit, qu'il s'agisse de la matière civile¹⁰ et des matières du droit des affaires¹¹ dans lesquelles ils trouvent une place conforme à leur idéologie ou encore de la matière administrative¹² et de la matière pénale¹³ qui sont pourtant présentées comme des procédures nécessairement juridictionnelles. En raison d'une sensibilisation croissante du public à ces modes amiables, la tentative amiable tend également à se généraliser à tous les stades de la procédure. La résolution du différend à l'amiable peut en effet être tentée à tout moment : avant toute saisine du juge, dès l'introduction de l'instance jusqu'au prononcé du jugement, en appel et, depuis le récent décret n° 2022-245 du 25 février 2022, devant la Cour de cassation¹⁴. Ainsi, les parties auront la possibilité de tenter un règlement amiable à toutes les étapes de la vie d'un différend.

Au-delà de la sphère nationale, le règlement pacifique des différends est largement considéré au niveau supranational. L'article 33 de la Charte des Nations Unies impose aux parties à tout différend « dont la prolongation est susceptible de menacer le maintien de la paix et de la sécurité internationales » de « rechercher la solution, avant tout, par voie de négociation, d'enquête, de médiation, de conciliation, d'arbitrage, de règlement judiciaire, de recours aux organismes ou accords régionaux, ou par d'autres moyens pacifiques de leur choix ». Les règlements amiables sont donc promus pour régler les conflits entre États. Les institutions

⁹ V. not. J.-F. ROBERGE, « L'accès à la justice du 21^e siècle : vers une approche empirique et plurielle », *Revue juridique Thémis*, 54, 2020, pp. 487-510 ; déjà à ce sujet, v. aussi le projet de loi n° 956 relatif à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 3 juin 1998.

¹⁰ V. not. L. n° 95-125 du 8 févr. 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative (JORF n° 0034 du 9 févr. 1995) et le décr. n° 96-652 du 22 juill. 1996 relatif à la conciliation et à la médiation judiciaires (JORF n° 170 du 23 juill. 1996) ; CPC, Livre I^{er}, Titre VI et Livre V. – Pour la médiation familiale, L. n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale (JORF du 5 mars 2002, texte n° 3) et C. civ., art. 373-2-10, ainsi que L. 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce (JORF n° 122 du 27 mai 2004, texte n° 1) et C. civ., art. 255.

¹¹ V. not. C. consom., Livre VI, Titre I^{er}.

¹² V. not. CE, Section du rapport et des études, « Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative », Paris, La documentation française, 1993 ; CJA, Livre II, Titre I^{er}, Chapitre III.

¹³ V. CPP, art. 41-1 pour la médiation pénale et art. 41-2 pour la composition pénale ; L. n° 99-515, 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale, JORF n° 0144.

¹⁴ V. CPC, art. 1012 issu du décr. n° 2022-245 du 25 févr. 2022 favorisant le recours à la médiation, portant application de la loi pour la confiance dans l'institution judiciaire et modifiant diverses dispositions, JORF n° 0048 du 26 févr. 2022, art. 1^{er}, 18° – V. aussi le rapp. *La médiation devant la Cour de cassation* : C. ARENS et F. MOLINIE, « La médiation devant la Cour de cassation, pourquoi pas ? », *Dalloz actualité*, 7 juill. 2021.

européennes prévoient également en leur sein la promotion de la résolution du différend à l'amiable. En vertu de l'article 39 de la Convention européenne, la Cour peut, à tout moment de la procédure, se mettre à la disposition des intéressés en vue de parvenir à un règlement amiable de l'affaire¹⁵.

3. Si les avantages des règlements amiables ont été expérimentés depuis bien longtemps¹⁶, la période postmoderne a connu un regain d'intérêt pour cette autre forme de justice¹⁷. Les pouvoirs publics ont identifié les effets bénéfiques de ces modes amiables. Ils ont finalement été institutionnalisés, ce qui a eu pour conséquence de les soumettre à des contraintes plus fortes. Toutefois, nonobstant cet engouement porté aux règlements amiables des différends, leurs contours restent flous. Les modifications textuelles successives dévoilent non seulement l'emploi d'une terminologie évolutive, récusant toute fidélité idéologique ou exactitude, mais aussi une diversification de l'offre de justice. En effet, quelle est la différence entre les modes alternatifs et les modes amiables ? Quel est l'intérêt de s'engager dans une médiation plutôt que dans une procédure participative ou dans de simples négociations ? *Quid* de la distinction entre médiation et conciliation ? Autant de questionnements qui perturbent le développement des règlements amiables et créent la confusion. Cette nébuleuse terminologique ainsi que cet entassement désordonné de processus disparates causent du tort à l'épanouissement des modes amiables. Le système français démontre ainsi, dans un premier temps, le besoin d'une clarification du contexte global de l'amiable.

4. L'incitation à la pleine efficacité des règlements amiables suppose également d'apprécier l'amiable dans la réalité de son contexte. Certes, le règlement amiable témoigne d'une justice idéale où les individus s'engagent dans la résolution d'un conflit par la discussion. La réflexion et le partenariat se substituent à la décision unilatérale subie par les personnes directement concernées. L'opportunité de se saisir de cette autre voie de résolution des différends est en effet perceptible à plusieurs égards. Au-delà des enjeux contemporains – qui seront abordés ultérieurement –, l'intérêt de la résolution des différends à l'amiable était déjà mis en lumière dans les tragédies de SOPHOCLE. Dans *Ajax*, Ulysse parvient à résoudre un

¹⁵ V. à ce sujet P. DOURNEAU-JOSETTE, « Les modes de règlement alternatifs des requêtes devant la Cour européenne des droits de l'homme : les règlements amiables et déclarations unilatérales », *Rev. Aff. Eur.*, 21^e année, n° 3, 2014, pp. 565-580.

¹⁶ V. G. CORNU, « Les modes alternatifs de règlement des conflits. Rapport de synthèse », art. préc., p. 314 : « La faveur aux modes amiables est millénaire. Elle est biblique » – V. aussi C. JALLAMION, « Tradition et modernité de l'arbitrage et de la médiation au regard de l'histoire », *Gaz. Pal.*, 17 janv. 2009, n° 17, p. 3.

¹⁷ L. CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlements des conflits*, Paris, 3^e éd., Dalloz, Coll. « Connaissance du droit », 2019, pp. 37 s. : « Le développement contemporain des modes alternatifs de règlement des conflits est une sorte de retour aux sources ».

conflit par le dialogue et la persuasion¹⁸. Pour ce faire, il prend distance par rapport à sa propre implication et se montre capable d'adopter le point de vue de l'autre ; ce qui dévoile des effets bénéfiques. Par le biais d'une attitude interactive, le conflit se résorbe et trouve une solution. Malgré les bienfaits de ce processus, cet auteur tragique met en garde contre toute forme « d'angélisme idéaliste »¹⁹. En effet, « le droit négocié peut déchoir de l'horizon d'« autorité-loyauté » »²⁰ dans lequel il semblait pourtant être inscrit dans cette tragédie grecque. L'accord amiable peut rapidement révéler des manœuvres et des mensonges. « Il donne alors l'image de la violence plus ou moins adroitement masquée derrière les apparences de légalité »²¹. À cet égard, après avoir vanté le processus de médiation réussie dans *Ajax*, SOPHOCLE présente les manigances d'Ulysse dans *Philoctète*²². Si la médiation apparaît comme une issue favorable à la cité dans la première œuvre, elle est dévoyée dans la seconde. Ces dangers supposent de s'intéresser précisément aux garanties des parties dans ces processus de résolution des différends.

Le besoin d'une clarification du contexte de l'amiable (I) s'accompagne dès lors de la question du respect des garanties fondamentales des parties au règlement amiable (II).

I – Le besoin d'une clarification du contexte de l'amiable

5. Complexité du cadre théorique de l'amiable. Le législateur français, influencé par le contexte international, a promu les règlements amiables au-devant de la scène juridique. Bien plus qu'un effet de mode, ils apparaissent comme nécessaires au bon fonctionnement de la justice. En effet, au regard d'une demande en justice exponentielle, il est apparu un besoin essentiel d'éviter, ou du moins, d'adapter le contentieux. À cet égard, il est urgent de préciser le contexte des règlements amiables, et ce, en corrélation avec leur progressive institutionnalisation (A). Pour autant, cette institutionnalisation révèle de véritables

¹⁸ Dans ce récit, SOPHOCLE reprend le thème des honneurs funéraires à rendre ou à ne pas rendre à un ennemi. Alors que le roi Atride, Agamemnon, refuse que sépulture soit donnée au chef des Salamiens Ajax, Teucros, au contraire, veut honorer son frère. Ulysse intervient alors et, surmontant son propre ressentiment, conseille à Agamemnon de laisser Teucros rendre les derniers hommages au défunt. L'objectif est d'arrêter un cycle de violence qui menace à nouveau.

¹⁹ F. OST, « Les lois conventionnellement formées tiennent lieu de conventions à ceux qui les ont faites », in P. GERARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Droit négocié, droit imposé ?*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1996, pp. 17-107, spéc. p. 71.

²⁰ *Ibid.*

²¹ *Ibid.*

²² Dans cette autre tragédie, Ulysse intervient également en tant que « médiateur ». Or, il est motivé ici par l'objectif précis de rapporter aux chefs des Atrides, par n'importe quel moyen, l'arc détenu par Philoctète. Commandé par cet intérêt supérieur, il use de subterfuges qui bafouent les intérêts de l'autre.

imprécisions. Si la reconnaissance des règlements amiables au sein du système de justice est depuis lors certaine, le manque de clarté du contexte de l'amiable est un véritable frein à leur développement. Des précisions terminologiques et épistémologiques relativement aux différents processus proposés sont alors attendues (B). Enfin, les propriétés inhérentes à tout processus de résolution des différends conduisent à la reconnaissance d'une caractérisation rigoureuse, utile à leur considération dans le système de justice. Il est alors essentiel d'apprécier la réalité des règlements amiables et d'identifier leur nature (C).

A) Contexte et institutionnalisation des règlements amiables

6. Étude du domaine de l'amiable. Afin d'appréhender les contours du contexte de l'amiable, encore faut-il en cerner le domaine. L'actualité du sujet se manifeste par une prolifération de l'offre amiable : la médiation, la conciliation, la transaction, la procédure participative, le processus collaboratif, les négociations directes et informelles. Cette diversité des modes de résolution des différends à l'amiable pourrait créer des confusions. Certains sont reconnus à l'échelle internationale, d'autres à l'échelle nationale. Certains sont inscrits dans les textes législatifs ou réglementaires, d'autres sont seulement envisagés dans la pratique. Ce foisonnement des règlements amiables requiert une structuration, laquelle ne doit pas être appréhendée comme un enfermement, mais au contraire comme une clarification en vue d'un plus grand rayonnement.

Dès lors, *quid* des règlements amiables des différends ? Quelles sont les processus qui peuvent être considérés comme des modes amiables de résolution des différends ? Cette question conduit à circonscrire la sphère de la présente étude (1.), eu égard à l'institutionnalisation des règlements amiables (2.).

1. La sphère de l'étude : les règlements amiables des différends

7. Exclusion de l'arbitrage, une procédure juridictionnelle. Une question essentielle au domaine de l'amiable consiste à s'interroger sur l'assimilation de l'arbitrage aux règlements amiables. L'arbitrage peut-il être considéré comme un règlement amiable des différends ? L'arbitrage est défini par le *Vocabulaire juridique* de l'Association Henri Capitant comme un « mode dit parfois amiable ou pacifique mais toujours juridictionnel de règlement

d'un litige par une autorité (le ou les arbitres) qui tient son pouvoir de juger, non d'une délégation permanente de l'État ou d'une institution internationale, mais de la convention des parties »²³. La définition exprime immédiatement une confusion tangible. Certains considèrent l'arbitrage comme un mode « amiable », d'autres non. Or, la clarté du contexte de l'amiable suppose une réponse précise à ce sujet.

8. Alors que l'activité juridictionnelle est généralement assurée par les juridictions étatiques, la justice peut également être rendue au moyen de procédures alternatives. Messieurs les professeurs Loïc CADIET et Emmanuel JEULAND opèrent cependant une distinction. Il peut s'agir de procédures « de nature conventionnelle, amiable, comme la transaction, la conciliation, la médiation, la procédure participative, ou de nature juridictionnelle, comme l'arbitrage »²⁴. Le contraste entre ces différents procédés est aisément perceptible : la nature de l'arbitrage diffère de celle de l'amiable. Les règlements amiables sont de nature conventionnelle alors que l'arbitrage est de nature juridictionnelle.

Dans le cadre de l'arbitrage, la décision est rendue par une autorité (le ou les arbitres) et elle s'impose aux parties. En ce sens, la procédure d'arbitrage ne peut investir le domaine de l'amiable, qui réfute la décision unilatérale. Les règlements amiables impliquent une participation active des parties à la résolution de leur propre différend. Ils aboutissent à une solution réfléchie collectivement et consentie. L'idéologie de ces deux modes de règlement des différends varie alors. Eu égard à sa nature juridictionnelle, l'arbitrage témoigne d'un affrontement sans concessions. Le professeur OPPETIT soulignait à ce titre que l'arbitrage apparaît souvent « moins comme un facteur d'apaisement que comme la continuation de la guerre par d'autres moyens, davantage comme un inévitable pis-aller que comme l'instrument de réalisation d'un idéal d'harmonie entre les hommes... »²⁵. L'arbitre revêt un rôle de juge en ce sens qu'il tranche une contestation et rend une décision. *A contrario*, dans les règlements amiables, ce sont les parties, elles-mêmes, qui sont considérées comme les juges de leur propre cause. L'arbitrage s'inscrit ainsi dans une démarche contentieuse²⁶, là où les règlements amiables favorisent le dialogue et la communication. Ils n'aboutissent pas à une décision contraignante, qui serait imposée aux parties. L'esprit des règlements amiables suppose en effet

²³ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire Juridique*, 14^e éd., PUF, Coll. « Quadrige », 2022, v° « Arbitrage ».

²⁴ L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 11^e éd., LexisNexis, Coll. « Manuels », 2020, n° 1062, p. 981.

²⁵ B. OPPETIT, *Théorie de l'arbitrage*, Paris, PUF, Coll. « Droit éthique société », 1998, p. 15.

²⁶ H. MOTULSKI, *Écrits, t. II : Études et notes sur l'arbitrage*, préf. B. GOLDMAN et Ph. FOUCHARD, Dalloz, 1974, pp. 41-43 : « Le caractère juridictionnel de l'arbitrage postule la nécessité de ne le mettre en œuvre qu'à la condition qu'il s'agisse véritablement de faire trancher une contestation ; la recherche de la solution pacifique doit se cantonner dans la transaction, dont les chances sont accrues par la médiation ».

une réflexion commune en vue de la conclusion d'un accord qui satisfasse l'ensemble des parties. Force est alors de constater que la démarche engagée dans l'une des procédures est opposée à l'autre.

9. Ce constat suppose d'agréger à l'arbitrage un cadre plus rigide. Compte tenu de sa nature juridictionnelle, la procédure arbitrale se caractérise par un régime où la technique et la réglementation trouvent une place plus importante. Malgré les nombreux atouts de cette procédure, elle doit être distinguée des règlements amiables qui privilégient l'autonomie et la souplesse. Cette nature juridictionnelle de l'arbitrage l'exclut de fait de la catégorie des règlements amiables des différends. Bien que ces deux modes de règlement des différends soient des alternatives à la justice traditionnelle étatique, l'arbitrage n'est pas pour autant une procédure amiable²⁷. Cette précision conduit à exclure l'arbitrage du domaine de la présente étude, consacrée aux règlements amiables.

10. Répertoire de l'amiable et délimitation du champ de l'étude. Les règlements amiables des différends se sont développés avant et après la saisine du juge. À cet égard, le critère temporel de l'intervention de la procédure amiable est régulièrement au service de l'étude de ces procédures de résolution des différends. Avant la saisine du juge, ces dernières revêtent une distance avec le système judiciaire.

Dans ce contexte, les *négociations informelles* pourraient retenir l'attention. Ces dernières impliquent de discuter, de négocier pour faire du commerce avec autrui, de rechercher un accord mutuel par le dialogue. Il s'agit précisément de convaincre l'autre d'aller dans son sens. Les négociations dévoilent alors un rapport de force. Chacun tente de gagner le plus possible et de perdre le moins possible. Néanmoins, ces négociations directes restent informelles. Dès lors, elles n'ont aucun effet sur les délais de prescription et ne sont pas prises en charge par l'aide juridique. Eu égard à leur éloignement certain du système de justice, les négociations informelles ne seront pas envisagées dans le cadre de la présente étude.

11. Avant la saisine du juge, il est également possible pour les justiciables de recourir au *droit collaboratif*. Le droit collaboratif est déterminé comme « un processus défini par les parties et qui évolue avec l'aide des avocats pour répondre au mieux à leurs besoins »²⁸. Aucun texte ne s'intéresse à ce processus. Il est issu de la pratique. Alors qu'il n'est pas normé, il n'a pas, lui non plus, d'effet sur les délais de prescription et n'est pas pris en charge par l'aide

²⁷ Il sera notamment question de préciser ultérieurement la distinction entre « alternatif » et « amiable », v. *infra* n° 30.

²⁸ N. FRICERO et a., *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, op. cit., n° 421.12, p. 624.

juridictionnelle. L'accord obtenu peut prendre la forme d'une transaction, d'un acte authentique ou donner lieu à la rédaction d'un acte de divorce par consentement mutuel sous signature privée contresigné par avocats et déposé au rang des minutes d'un notaire. Il pourra ensuite faire l'objet d'une homologation par le juge. Il s'agit ainsi d'un processus organisé avec des étapes particulières. En ce sens, il suppose une formation spécifique de ceux qui le conduisent. Il est alors encadré par la pratique de la profession d'avocats. Le processus met en exergue un travail en équipe des parties et de leurs avocats. Concernant ce processus de droit collaboratif, il est également essentiel de préciser l'une de ses particularités, à savoir la clause de désistement. La charte collaborative²⁹, matérialisant l'engagement des parties dans le droit collaboratif, prévoit que les deux avocats ainsi que les experts éventuels se déchargent irrévocablement du dossier à l'issue du processus. Ils ne pourront alors intervenir d'aucune manière dans le règlement judiciaire du différend ultérieur. Cette obligation de désistement commande une forte dynamique puisque l'ensemble des participants est impliqué dans le processus. Bien que ce processus ne soit considéré que par la pratique et non par le droit positif, il sera utile d'apprécier certaines de ses caractéristiques au cours de l'étude afin de créer des parallèles avec les modes amiables institutionnalisés.

12. Un autre mode amiable régulièrement mis en avant est la *transaction*. Le préalable nécessaire est de distinguer la procédure amiable et l'accord qui en est issu. À cet égard, le Code de procédure civile précise les deux caractéristiques de la transaction lorsqu'elle est envisagée comme un mode amiable de résolution des différends. La transaction peut correspondre à « l'accord auquel sont parvenues les parties à une médiation, une conciliation ou une procédure participative »³⁰. Dans cette hypothèse, elle est liée à un autre mode de résolution amiable des différends³¹. Néanmoins, la transaction peut également être conclue « sans qu'il ait été recouru à une médiation, une conciliation ou une procédure participative »³². Dans cette hypothèse, elle est autonome. Dans les deux cas, la transaction revêt la nature d'un contrat. Elle est définie à l'article 2044 du Code civil comme « un contrat par lequel les parties, par des concessions réciproques, terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître ». La transaction permet de prévoir l'engagement dans un règlement amiable ultérieur ou d'en être l'aboutissement. En tant que contrat régi par le Code civil, la transaction sera dès lors appréhendée au sein de la présente étude comme l'une des formes

²⁹ Parfois appelée « accord de participation ».

³⁰ CPC, art. 1565.

³¹ Modes amiables présentés ci-après.

³² CPC, art. 1567.

pouvant être choisie par les parties à l'issue du processus amiable. Dans un tel cas, l'accord dévoilera des conditions de validité soumises aux exigences des articles 2044 et suivants du Code civil, et notamment l'existence de concessions réciproques équilibrées. Toutefois, il sera également question d'apprécier ses effets processuels.

13. Créée par la loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010, dite loi Bételle³³, et le décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends³⁴, la *procédure participative par avocat* a investi le champ des règlements amiables³⁵. Comme sa dénomination l'indique il s'agit d'une procédure qui met l'avocat au cœur du règlement amiable³⁶. Elle se concrétise non pas par une transaction mais par une convention : la convention de procédure participative, signée par les parties et leurs avocats. Elle peut être utilisée antérieurement à la saisine du juge pour encadrer les négociations précontractuelles et parvenir à un accord sur le fond, mais également comme un instrument de mise en état conventionnelle. En cas d'accord total, les parties ont la possibilité de soumettre la convention signée à l'homologation du juge, afin d'en garantir la bonne exécution. L'intérêt de cette procédure amiable est d'autant plus perceptible en cas d'accord partiel, ou d'échec, puisqu'elle s'articule avec la procédure judiciaire. Les parties peuvent demander au juge d'homologuer un accord partiel et de les départager sur le désaccord résiduel persistant, ou bien de juger purement et simplement le dossier si aucun accord n'a pu être trouvé. Or, la procédure jusque-là engagée fera office de mise en état de l'affaire. La procédure judiciaire est dès lors accélérée et aucune perte de temps ne peut être constatée. La convention de procédure participative peut également intervenir en cours d'instance. Au regard de son approche procédurale, elle sera envisagée dans la présente étude.

14. Enfin, il est deux autres règlements amiables largement appréhendés par les textes et par la pratique : la *médiation* et la *conciliation*. Ces deux processus tendent à rétablir d'une part le dialogue entre des parties en conflit et d'autre part la relation pour le présent et pour l'avenir. Un tiers intervient notamment afin de faciliter la communication. Ces deux processus de résolution des différends peuvent être extrajudiciaires – engagés avant toute saisine du juge

³³ L. n° 2010-1609 du 22 déc. 2010 relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires, JORF n° 0297 du 23 déc. 2010, texte n° 1, art. 37.

³⁴ Décr. n° 2012-66 du 20 janv. 2012 relatif à la résolution amiable des différends, JORF n° 0019 du 22 janv. 2012, texte n° 9.

³⁵ Mode amiable dont les dispositions sont codifiées aux art. 2062 à 2068 du Code civil et 1542 à 1567 du Code de procédure civile. – La procédure participative constituait l'une des propositions de la Commission Guinchard (S. GUINCHARD, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, 30 juin 2008, Paris, La documentation française, Coll. « Rapports officiels », 2008, proposition n° 47).

³⁶ En effet, la procédure participative est un mode amiable qui est du monopole des avocats.

– ou judiciaires. En tant que modes amiables les plus utilisés, la médiation et la conciliation sont largement considérées par les acteurs de la justice. Elles sont au cœur du mouvement de déjudiciarisation et participent à la reconstruction du lien social entre les parties en conflit. L’engorgement des tribunaux tend cependant à promouvoir vivement ces modes amiables par le biais du juge. Qu’elles soient judiciaires ou extrajudiciaires, la médiation et la conciliation sont règlementées.

2. L’institutionnalisation des règlements amiables des différends

15. Le développement de l’offre amiable. Le développement de l’offre amiable en France coïncide avec l’apparition des conciliateurs de justice depuis le décret n° 78-381 du 20 mars 1978³⁷. La médiation a quant à elle été mise en œuvre par la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l’organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative³⁸. Six articles lui étaient alors consacrés³⁹. Si cette loi comprenait un chapitre intitulé « La conciliation et la médiation judiciaires »⁴⁰, aucun encadrement législatif ou réglementaire ne régissait la médiation extrajudiciaire. La loi du 8 février 1995 a fait l’objet de modifications successives tendant à assurer le développement de la médiation, sa reconnaissance au sein du système de justice et à faciliter sa mise en œuvre. Influencée par la promotion de l’amiable au niveau européen⁴¹, la France s’est investie afin de faciliter le recours aux règlements amiables des différends. L’ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 a alors transposé la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale⁴². Communément appelée « directive médiation », cette directive européenne visait à faciliter l’accès des procédures alternatives de résolution des

³⁷ Décr. n° 78-381 du 20 mars 1978 relatif aux conciliateurs de justice, JORF n° 0070 du 23 mars 1978 – La terminologie initialement employée de « conciliateurs » a été remplacée par les mots « conciliateurs de justice » par le décr. n° 96-1091 du 13 déc. 1996 modifiant le décr. n° 78-381 du 20 mars 1978 relatif aux conciliateurs, JORF n° 0292 du 15 déc. 1996, art. 1^{er}.

³⁸ L. n° 95-125 du 8 févr. 1995, relative à l’organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, préc.

³⁹ L. n° 95-125, préc., art. 21 à 26.

⁴⁰ Mis en place par le décr. n° 96-652 du 22 juill. 1996 relatif à la conciliation et à la médiation judiciaires, préc.

⁴¹ V. le Conseil européen de Vienne en déc. 1998 et celui de Tampere les 15 et 16 oct. 1999 au cours desquels les États membres se sont accordés pour créer des « procédures de substitution extrajudiciaires » (Conclusions la Présidence du Conseil de Tampere, pt. 30) ; Livre vert de la Commission européenne du 19 mars 2002 sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial, COM(2002) 196 final ; proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale {SEC(2004) 1314}, COM/2004/0718 final.

⁴² Dir. 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, JOUE du 24 mai 2008, L 136/3.

litiges et à favoriser le règlement amiable⁴³. Elle avait en effet pour objet de promouvoir et d'encourager le recours à la médiation, tout en assurant une relation équilibrée entre la médiation et les procédures judiciaires. Bien que cette directive s'applique aux seuls litiges transfrontaliers en matière civiles et commerciales⁴⁴, le Gouvernement français a tiré bénéfice de cette transposition pour améliorer le régime de la médiation⁴⁵. Il s'agissait en effet d'une directive d'harmonisation minimale ; les États membres ayant la possibilité d'étendre le champ d'application du texte européen⁴⁶.

Pour assurer un meilleur accès à la justice, la directive 2008/52 proposait un espace de liberté, de sécurité et de justice, comprenant l'accès aux méthodes judiciaires et extrajudiciaires de résolution des litiges. L'ambition était notamment d'inciter à une harmonisation de base entre les États membres afin d'assurer un cadre favorable au développement de la médiation.

16. L'ordonnance du 16 novembre 2011⁴⁷, complétée par un décret du 20 janvier 2012⁴⁸, avait dès lors un double objectif : transposer la directive 2008/52, mais également améliorer le régime général de la médiation instauré par la loi du 8 février 1995. Ce texte insère alors dans la loi de 1995 un chapitre premier intitulé « La médiation », régissant l'ensemble des procédures de médiation, et, plus généralement, l'ensemble des procédures de règlement des différends existant en droit français⁴⁹. L'ordonnance procède également à la transposition de la directive en matière administrative en insérant un nouveau chapitre dans le titre VII du Livre VII du Code de justice administrative⁵⁰. Les parties à un différend relevant de la compétence du juge administratif ont la possibilité de recourir à la médiation. Or, l'article L. 771-3 du CJA renvoie aux articles 21, 21-2 et 21-4 de la loi de 1995. Dès lors, le nouveau chapitre créé par la transposition de 2011 consacre un statut fondamental applicable à l'ensemble des médiations,

⁴³ Dir. 2008/52/CE, préc., art. 1, § 1.

⁴⁴ Dir. 2008/52/CE, préc., art. 1.

⁴⁵ V. not. S. TANDEAU DE MARSAC, « La transposition de la Directive européenne sur la médiation en France », *Les Cahiers de l'arbitrage*, 1^{er} avr. 2012, n° 2, p. 341.

⁴⁶ Alors que la directive européenne imposait ses propres conceptions relativement aux règlements amiables, certains auteurs relèvent « la maîtrise de l'Union européenne dans l'art de diffuser subrepticement ses conceptions dans les droits nationaux sans que les États s'en rendent véritablement compte » (J.-P. TRICOIT, « La transposition de la directive Médiation en droit français », *LPA*, 2 avr. 2012, n° 66, p. 6).

⁴⁷ Ord. n° 2011-1540 du 16 nov. 2011 portant transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, JORF n° 0266 du 17 nov. 2011, texte n° 10.

⁴⁸ Décr. n° 2012-66 du 20 janv. 2012 relatif à la résolution amiable des différends, JORF n° 0019 du 22 janv. 2012, texte n° 9.

⁴⁹ V. Ord. n° 2011-1540 préc., art. 1^{er}. La section 1 de ce chapitre est alors consacrée aux dispositions générales applicables à toutes formes de médiations (au sens de la directive), qu'elles soient conventionnelles ou judiciaires et quelle qu'en soit la dénomination. La section 2 est réservée à la médiation judiciaire et adapte les anciennes dispositions de la loi de 1995 (préc.).

⁵⁰ Ord. n° 2011-1540 préc., art. 2.

quelle que soit son origine contractuelle, judiciaire ou administrative⁵¹. Le décret d'application n° 2012-66 du 20 janvier 2012⁵² complète l'ordonnance de 2011 et crée dans le Code de procédure civile un livre consacré aux modes de résolution amiable des différends en dehors d'une procédure judiciaire. Il précise les contours de chacun de modes proposés que sont la médiation, la conciliation et la procédure participative. La transposition consacre ainsi un cadre homogénéisé pour l'ensemble des règlements amiables des différends associés aux règlements judiciaires.

17. Parallèlement, une autre directive européenne 2013/11/UE du 21 mai 2013 relative au Règlement Extrajudiciaire des Litiges de la Consommation intervient afin d'« assurer [aux consommateurs] un accès à des moyens simples, efficaces, rapides et peu onéreux de résoudre les litiges nationaux et transfrontaliers résultant de la vente de marchandises ou de la prestation de services »⁵³. Les règlements amiables de la consommation se développent à l'échelle européenne et la directive est transposée par l'ordonnance n° 2015-1033 du 20 août 2015⁵⁴. Les règlements amiables prennent de l'essor et investissent l'ensemble des domaines du droit.

18. De l'incitation à l'obligation de tenter un règlement amiable⁵⁵. En raison de multiples réticences⁵⁶, les règlements amiables peinent à se développer. Diverses tentatives sont alors engagées afin d'encourager les parties à se saisir des règlements amiables. Le Gouvernement a tout d'abord tenté de promouvoir l'utilisation des règlements amiables par des incitations légales. Ainsi, le décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile à la communication électronique et à la résolution amiable des différends

⁵¹ En s'appuyant sur le rapp. du Conseil d'État : « Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne », Paris, La Documentation française, Coll. « Les études du Conseil d'État », 2010, 127 p. – Pour une présentation générale, *Dr. adm.*, 2011, al. 4 ; *JCP A*, 2010, n° 49, act. 920.

⁵² Décr. n° 2012-66 du 20 janv. 2012, préc.

⁵³ Dir. 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE (dir. relative au RELC), JOUE L 165 du 18 juin 2013, cons. 4 ; ce qui permettrait de renforcer la confiance des consommateurs dans le marché (*ibid.*).

⁵⁴ Ord. n° 2015-1033 du 20 août 2015 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation, JORF n° 0192 du 21 août 2015.

⁵⁵ Point développé en *infra*, n° 351 et s.

⁵⁶ La médiation et la conciliation sont notamment considérées comme « dévoreuses de temps » (F. DUCAROUGE, « Le juge administratif et les modes alternatifs de règlement des conflits : transaction, médiation, conciliation et arbitrage en droit public français », *RFDA*, 1996, p. 86) ; comme « un gros point d'interrogation » (Intervention de Maître Manuel GROS, Avocat au barreau de Lille, Quelle perspectives pour la médiation en droit public ?, 27 janvier 2017, Lille, journée d'études. Vidéo disponible sur : <https://m.youtube.com/watch?list=PL2sfBS-dupshfc-hJcE-PtKnWTx137M0M&v=iqTgx2nGADk>) ; ou encore, au titre de réticences plus ou moins avouables, comme « une balle dans le pied de la profession » d'avocat (E. BOCCARA, « Médiation : solution choisie ou solution subie ? », *Gaz. Pal.*, 2013, n° 022). Elles sont mal perçues « par les magistrats et les avocats qui y voient une déconsidération de leur statut » (Rapp. Institut des hautes études sur la justice, *La prudence et l'autorité : L'office du juge au XXIe siècle*, mai 2013).

visait à obliger les parties et les professionnels du droit à envisager une solution amiable avant toute saisine du tribunal⁵⁷. L'incitation est encore promue à la lecture de l'article 127 du Code de procédure civile⁵⁸. La désapprobation au défaut de réalisation ou de justification de diligences amiables se mesure à la proposition par le juge de réaliser une médiation (ou une conciliation) aux parties ou au fait de les enjoindre à rencontrer un médiateur pour s'informer sur l'objet et le déroulement de la médiation. Là encore, il ne s'agit pas d'une sanction proprement dite, mais le juge est force de proposition pour tenter de résoudre le différend en cause à l'amiable⁵⁹. Cette évolution avait pour objectif de promouvoir « un changement de paradigme et l'idée que le recours au juge doit être subsidiaire »⁶⁰. Il est en effet question d'initier la culture de l'amiable au sein de la société contemporaine. Pour ainsi dire, n'affirment-on pas qu'un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès⁶¹ ?

19. À cet égard, la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle a offert aux règlements amiables une véritable reconnaissance⁶², allant jusqu'à les rendre obligatoires dans certains contentieux⁶³. Pour la première fois, en France, la tentative de conciliation est rendue obligatoire avant la saisine du juge et elle est sanctionnée d'une irrecevabilité de la demande. Se pose toutefois, pour le justiciable, la question du choix

⁵⁷ Décr. n° 2015-282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile à la communication électronique et à la résolution amiable des différends, JORF n° 0062. Il est alors prévu que les convocations et les demandes précisent « les diligences entreprises en vue de parvenir à un règlement amiable du litige » (art. 18) ; CPC, art. 56 anc^t ; CPC, art. 54, 5° (modifié par décr. n° 2019-1333 du 11 déc. 2019 réformant la procédure civile, JORF n° 0288 du 12 déc. 2019, texte n° 3, art. 1^{er}).

⁵⁸ Modifié par décr. n° 2015-282 du 11 mars 2015, préc., art. 21, dont la dernière version date du 1^{er} janv. 2021 : modifié par décr. n° 2020-1452 du 27 nov. 2020 portant diverses dispositions relatives notamment à la procédure civile et à la procédure d'indemnisation des victimes d'actes de terrorisme et d'autres infractions, JORF n° 0288 du 28 nov. 2020, art. 1.

⁵⁹ Dans ce cadre, « le juge *peut* (et non *doit*), et non pas *impose* mais *propose*, une démarche amiable aux parties » (Y. STRICKLER, « Les modes alternatifs de règlement des différends dans la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle », *Procédures*, n° 2, fév. 2017, étude 7, spéc. n° 7).

⁶⁰ S. AMRANI-MEKKI, « Les chantiers de la justice Numérique, Procédure civile et Réseau des juridictions : le rationnel est-il toujours raisonnable ? », *Gaz. Pal.*, n° 05, 6 févr. 2018, n° 312x8, p. 67.

⁶¹ H. DE BALZAC, *Illusions perdues*, 1837-1843, éd. de J. NOIRAY, Gallimard, Coll. « Folio Classique », 2013, p. 809.

⁶² V. not. Y. STRICKLER, « Les modes alternatifs de règlement des différends dans la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle », art. préc. – T. CLAY, « L'arbitrage, les modes alternatifs de règlement des différends et la transaction dans la loi "Justice du XXI^e siècle". – Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 », *JCP G.*, n° 48, 28 nov. 2016, doctr. 1295 – N. FRICERO, « Les modes alternatifs de règlement des différends dans la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle », *Droit de la famille*, n° 1, janv. 2017, dossier 10 – B. MALLET-BRICOUT, « Les modes alternatifs de règlement des différends dans la loi "Justice du XXI^e siècle" : un nouveau souffle », *RTD civ.* 2017, p. 221.

⁶³ Lorsque le montant de la demande n'excédait pas 4 000 euros : CPC, art. 843 anc^t.

de la voie légale amiable obligatoire à engager préalablement à la saisine du juge⁶⁴ ainsi que du mode de règlement amiable⁶⁵. L'accès à la justice est alors complexifié de manière générale.

Cependant, la loi « Justice du XXI^e siècle » contient de nombreuses réformes structurelles afin de simplifier le quotidien des citoyens. Elle encourage une justice plus accessible, plus efficace et plus simple⁶⁶. Pour ce faire, elle favorise l'utilisation des modes amiables et notamment de la médiation en matière administrative⁶⁷. La simplification passe alors par un développement de l'offre amiable. Pour autant, eu égard à l'accroissement de la contrainte dont elle fait preuve, il s'agirait davantage d'un phénomène de déresponsabilisation des citoyens à choisir la voie procédurale la plus adaptée à leurs besoins⁶⁸. Malgré la volonté exprimée lors du Chantier de la justice « Améliorer et simplifier la procédure civile » de ne pas imposer le recours à l'amiable⁶⁹, le législateur a consacré le caractère obligatoire de l'amiable.

20. L'obligation de recours à un règlement amiable des différends avant toute saisine du juge s'est renforcée avec la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice⁷⁰, précisée par le décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019 réformant la procédure civile⁷¹, et, plus récemment, par la loi n° 2021-1729 du 22 décembre

⁶⁴ La tentative de conciliation préalable obligatoire conduite par un conciliateur de justice instituée par l'art. 4 de la loi « Justice du XXI^e siècle », la tentative de conciliation judiciaire prévue à l'ancien art. 830 du CPC (modif. par décr. n° 2019-1333 du 11 déc. 2019, art. 4) ou l'obligation de justifier de ses diligences entreprises en vue du règlement amiable de son différend prévue aux art. 56 et 58 du même code.

⁶⁵ Conciliation, médiation, négociation.

⁶⁶ L'ancien garde des Sceaux, Monsieur Jean-Jacques URVOAS, déclarait notamment que « la justice du 21^e siècle doit être une justice faite pour l'homme. C'est toute l'ambition de cette loi : améliorer la justice du quotidien, le service public rendu au justiciable (...) Cette loi répond aux inquiétudes, aux préoccupations, aux attentes et aux besoins des citoyens, des justiciables, des juridictions », Dossier de présentation #J21, « Justice 21. Réforme de modernisation de la justice du 21^e siècle », édito, p. 2. Disponible sur : http://www.justice.gouv.fr/publication/j21_dossier_de_presentation.pdf.

⁶⁷ L. n° 2016-1547, préc., art. 5. Un nouveau chapitre entièrement consacré à la médiation administrative est créé dans le Code de justice administrative (CJA, L. 213-1 et s.). La loi a ainsi défini un régime unique de médiation en distinguant deux procédures : l'une à l'initiative des parties et l'autre à l'initiative du juge. À côté des attributions traditionnelles contentieuses et administratives figure depuis lors « la médiation » pour les tribunaux administratifs, les cours administratives d'appel et le Conseil d'État (CJA, art. 114-1). – À ce sujet, v. not. N. CHIFFLOT, « Les principaux apports de la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle au contentieux administratif. – À propos de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 », *JCP G.*, n° 51, 19 déc. 2016, p. 1377.

⁶⁸ Le justiciable ne serait en effet pas capable d'opérer le choix utile à la résolution de son différend. Ce mouvement de contrainte apparaît comme contraire à l'intérêt des modes amiables de résolution des différends. En effet, ces derniers tendent à responsabiliser les individus et à les rendre autonomes dans la résolution de leur propre conflit.

⁶⁹ F. AGOSTINI et N. MOLFESSIS, *Chantiers de la justice. Amélioration et simplification de la procédure civile*, ministère de la Justice, 2018, p. 25.

⁷⁰ L. n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, JORF n° 0071 du 24 mars 2019, texte n° 2. – v. J. THERON, « Réforme de la justice – “Less is more”, Esquisse d'une nouvelle procédure civile minimaliste Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 », *JCP G.*, n° 18, 6 mai 2019, doctr. 495, spéc. n° 14 et s.

⁷¹ Décr. n° 2019-1333 du 11 déc. 2019 réformant la procédure civile, JORF n° 0288 du 12 déc. 2019, texte n° 3. – Pour l'intérêt du sujet, v. aussi décr. n° 2019-1089 du 25 oct. 2019 relatif à la certification des services en ligne de conciliation, de médiation et d'arbitrage, JORF n° 0251 du 17 oct. 2019, texte n° 4.

2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire⁷². Le législateur décide ainsi de s'affranchir encore davantage du caractère volontaire du recours à un mode de règlement amiable et l'impose dans une pluralité de domaines⁷³. L'article 750-1 du Code procédure civile⁷⁴ consacre le principe de l'obligation du recours à l'amiable avant toute saisine du juge et sa sanction. Il établit en effet le domaine de cette tentative préalable obligatoire de règlement amiable⁷⁵. Il fixe le montant de l'obligation à 5 000 euros, renvoie aux articles R. 211-3-4 et R. 211-3-8 du Code de l'organisation judiciaire pour les conflits de voisinage et précise également s'appliquer, depuis le décret du 27 février 2022⁷⁶, aux troubles anormaux de voisinage. Enfin, hors les cas prévus par cette disposition, l'article 127 du même Code intervient afin de donner la possibilité au juge de « proposer aux parties qui ne justifieraient pas de diligences entreprises pour parvenir à une résolution amiable du litige une mesure de conciliation ou de médiation »⁷⁷. Aucune action en justice ne semble alors échapper à l'obligation préalable d'avoir recours à un règlement amiable.

⁷² Loi n° 2021-1729 du 22 déc. 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire, JORF n° 0298 du 23 déc. 2021, Texte n° 2.

⁷³ L'art. 4 de la loi « Justice du XXI^e siècle », modifié par la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, préc., dite « loi Belloubet » (art. 3), par l'ord. n° 2019-964 du 18 sept. 2019 prise en application de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice (JORF n° 0071 du 24 mars 2019, texte n° 2) (art. 35) et par la loi n° 2120-1729 du 22 déc. 2021, préc. (art. 46), dispose que : « Lorsque la demande tend au paiement d'une somme n'excédant pas un certain montant ou est relative à un conflit de voisinage ou à un trouble anormal de voisinage, la saisine du tribunal judiciaire doit, à peine d'irrecevabilité que le juge peut prononcer d'office, être précédée, au choix des parties, d'une tentative de conciliation menée par un conciliateur de justice, d'une tentative de médiation, telle que définie à l'article 21 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, ou d'une tentative de procédure participative, sauf : 1° Si l'une des parties au moins sollicite l'homologation d'un accord ; 2° Lorsque l'exercice d'un recours préalable est imposé auprès de l'auteur de la décision ; 3° Si l'absence de recours à l'un des modes de résolution amiable mentionnés au premier alinéa est justifiée par un motif légitime, notamment l'indisponibilité de conciliateurs de justice dans un délai raisonnable ; 4° Si le juge ou l'autorité administrative doit, en application d'une disposition particulière, procéder à une tentative préalable de conciliation ; 5° Si le créancier a vainement engagé une procédure simplifiée de recouvrement des petites créances ». L'art. 4 ajoute encore qu'« un décret en Conseil d'État définit les modalités d'application du présent article, notamment les matières entrant dans le champ des conflits de voisinage ainsi que le montant en-deçà duquel les litiges sont soumis à l'obligation mentionnée au premier alinéa. Toutefois, cette obligation ne s'applique pas aux litiges relatifs à l'application des dispositions mentionnées à l'article L. 314-26 du code de la consommation ».

⁷⁴ Issu du décr. n° 2019-1333 du 11 déc. 2019 réformant la procédure civile (JORF n° 0288 du 12 déc. 2019, texte n° 3, art. 4) et modifié par le décr. n° 2022-245 du 25 févr. 2022, préc., art. 1.

⁷⁵ Ce afin d'être conforme aux prescriptions réalisées par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2019-778 DC du 21 mars 2019. – Pour précision, v. *infra* n° 351.

⁷⁶ Décr. n° 2022-245 du 25 février 2022 favorisant le recours à la médiation, portant application de la loi pour la confiance dans l'institution judiciaire et modifiant diverses dispositions, préc., art. 1^{er}.

⁷⁷ Tout juge, quelle que soit la juridiction, et même en référé, peut enjoindre les parties de rencontrer un médiateur. Bien qu'il ne s'agisse pas d'une injonction de tenter une médiation mais d'une injonction de rencontrer un médiateur afin qu'il explique son rôle (*Cf.* n° 18), la promotion de l'amiable passe nécessairement par l'autorité du juge.

21. Nonobstant ces diverses évolutions, certains relèvent la complexité du contexte⁷⁸ ; tant au titre de la paradoxale association entre l'amiable et l'obligatoire⁷⁹ que des exceptions au principe de l'obligation établies au premier alinéa de l'article 750-1⁸⁰. C'est d'ailleurs à ce titre qu'est intervenue la récente décision du 22 septembre 2022 du Conseil d'État⁸¹. Saisi de la légalité du décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019 réformant la procédure civile, le Conseil d'État a en effet jugé que les dispositions du 3° de l'article 750-1, explicitant le fait que l'indisponibilité de conciliateurs de justice permet de déroger à l'obligation de tentative préalable de règlement amiable prévue à l'article 4 de la loi 18 novembre 2016 précitée⁸², « n'ont pas défini de façon suffisamment précise les modalités et le ou les délais selon lesquels cette indisponibilité pourra être regardée comme établie »⁸³. Il reconnaît alors l'atteinte pouvant être portée au droit d'exercer un recours effectif devant une juridiction et annule l'article 750-1 du Code de procédure civile, dans sa rédaction issue du décret attaqué.

Bien que cette décision dénonce plus une insuffisance de précision des exceptions qu'une remise en cause du principe lui-même⁸⁴, la question du devenir de l'obligation de tenter un règlement amiable avant toute saisine du juge pourrait se poser. La décision du Conseil d'État du 22 septembre dernier entraînera-t-elle seulement un travail de clarification de l'exception posée au 3° de l'article 750-1, qui retrouvera alors la place qui était la sienne au sein du Code de procédure civile, ou bien un revirement dans la politique de l'amiable obligatoire et, de ce fait, dans le déroulement de la procédure de résolution des litiges ? Elle pourrait en effet permettre de penser de nouvelles perspectives⁸⁵. Néanmoins, qu'en est-il en attendant ? Il faut bien reconnaître que cette annulation ne concerne pas l'article 4 de la loi du 18 novembre 2016 précitée ; ce qui implique que le préalable amiable obligatoire soit encore de vigueur. Alors que cet article 4 dans sa rédaction issue de l'article 3 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 se réfère exclusivement au décret pour « les matières entrant dans le champ des conflits de voisinage ainsi que le montant en-deçà duquel les litiges sont soumis à l'obligation », le domaine de l'obligation est incertain. Puisque le seuil de 5 000 euros n'est mentionné en aucun lieu, seule subsisterait la demande relative à un conflit de voisinage ou à un trouble

⁷⁸ V. not. C. BLERY, « Où l'amiable devient l'objet du contentieux... », *Dalloz actualité*, 10 mai 2021.

⁷⁹ Interrogation qui sera ultérieurement abordée (v. *infra* n° 356).

⁸⁰ Exceptions présentées *in* CPC, art. 750-1, al. 2 – étude *in* nos 353 et s.

⁸¹ CE, 6^e et 5^e ch. réunies, 22 sept. 2022, nos 436939 et 437002, comm. M. BARBA.

⁸² C'est-à-dire que les parties peuvent se dispenser du préalable amiable imposé lorsque la première date proposée en vue d'une réunion de conciliation est trop lointaine dans le temps au regard du litige à résoudre.

⁸³ CE, 6^e et 5^e ch. réunies, 22 sept. 2022, préc., § 42.

⁸⁴ V. *infra* pour précision (nos 353 s.).

⁸⁵ V. *infra* n° 358.

anormal de voisinage⁸⁶. Or, l'annulation du décret en Conseil d'État, auquel il est fait référence pour la première fois dans la loi du 23 mars 2019 précitée⁸⁷, pourrait conduire à retarder l'entrée en vigueur de celle-ci. Dès lors, dans l'attente d'un nouveau décret, il s'agirait de voir appliquer l'article 4 de la loi « Justice XXI » anciennement rédigé⁸⁸. Cependant, cette disposition législative ne peut désormais être mise en pratique. Le « tribunal d'instance » ainsi que la « déclaration au greffe » n'existent plus. Ce mode de saisine a été remplacé par la requête, présentée au deuxième alinéa de l'article 750 du Code de procédure civile. Dès lors, par assimilation, toute demande tendant au paiement d'une somme n'excédant pas 5 000 euros devrait être précédée d'une tentative de conciliation menée par un conciliateur de justice⁸⁹. Force est néanmoins de constater que la situation actuelle appelle une réponse rapide des pouvoirs publics, notamment au regard des réactions de nombreux professionnels du droit qui manifestent une grande satisfaction à l'annulation de cet article et l'assimilent à la fin de l'obligation de la tentative préalable de résolution amiable du litige. Le danger est grand puisque la sanction prévue par la loi « Justice du XXIe siècle » est bien l'irrecevabilité de la demande en justice. Dès lors, et à cet égard, la Chancellerie a admis, dans une dépêche du 7 octobre dernier, que cette disposition n'était pas suffisamment précise pour être autonome. Afin d'éviter de multiples décisions d'irrecevabilité et un grand contentieux à ce sujet, « il n'est plus possible, dans l'ensemble des instances en cours, de prononcer ou de confirmer l'irrecevabilité de la demande sur le fondement de l'article 750-1 du Code de procédure civile, même si au jour de la demande celle-ci n'avait pas été précédée d'une tentative de conciliation, de médiation ou de procédure participative »⁹⁰ ; ce, dans l'attente d'un décret qui sera publié prochainement.

22. L'ambition affichée jusque-là, tendant à imposer le recours au règlement amiable, pose un autre questionnement : s'agit-il de favoriser une nouvelle forme de justice qui encourage l'autonomie et la participation des justiciables à la résolution de leur propre différend ou bien de lutter contre l'engorgement des tribunaux ? Cette question permet en effet d'appréhender l'origine de l'engorgement porté aux règlements amiables des différends. La première hypothèse, certainement idéaliste, promeut une vision renouvelée de la justice

⁸⁶ Art. modifié par la loi n° 2021-1729 du 22 déc. 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire, art. 46.

⁸⁷ L. n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, préc.

⁸⁸ C'est-à-dire la version en vigueur du 20 nov. 2016 au 1^{er} janv. 2020 : « À peine d'irrecevabilité que le juge peut prononcer d'office, la saisine du tribunal d'instance par déclaration au greffe doit être précédée d'une tentative de conciliation menée par un conciliateur de justice, sauf (...) ».

⁸⁹ La médiation n'étant pas considérée dans l'ancien art. 4 de la loi du 18 nov. 2016.

⁹⁰ Dépêche de la Chancellerie, 7 oct. 2022. – Le manque d'autonomie de l'art. 4 de la loi du 18 nov. 2016 justifie ainsi l'impossibilité de prononcer l'irrecevabilité des instances engagées en l'absence d'une tentative amiable préalable. Pour autant, le principe n'est pas remis en cause, il est simplement permis d'y déroger dans l'attente d'un nouveau décret.

moderne. La justice du XXI^e siècle apparaît comme plurielle. Elle propose aux citoyens une offre de justice diversifiée, en leur permettant de trouver la réponse adaptée à leurs maux. La deuxième hypothèse fait davantage preuve de réalisme. La justice étatique est mise à mal en raison du nombre important de contentieux. Bien que ce mouvement de la promotion de l'amiable ne date pas d'hier, il est appelé à se développer en raison de l'accroissement des stocks toujours plus importants dans les tribunaux. Le développement de l'offre amiable permet ainsi de résorber ce nombre conséquent d'affaires pendantes⁹¹. Si la première hypothèse met en exergue un aveuglement des défenseurs des règlements amiables causé par un idéalisme exacerbé, la seconde tend à instrumentaliser les règlements amiables et les détournent de leur objectif initial, de leur essence. En conscience, les règlements amiables doivent être envisagés et développés à plusieurs titres. Leurs enjeux sont multiples. Ils répondent aux difficultés auxquelles fait face la justice étatique mais, en outre, ils font preuve d'un grand intérêt pour la communauté.

23. Penser le développement des règlements amiables autrement. Le développement des règlements amiables passera nécessairement par la confiance des justiciables. Or, comment séduire et assurer la confiance des citoyens en cette autre justice ?

L'institutionnalisation des règlements amiables a commandé une organisation plus précise. La récente loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire a notamment institué un Conseil national de la médiation placé auprès du ministre de la Justice⁹². Elle intervient également afin de faciliter le mode de saisine du médiateur en substituant au processus de consignation un versement direct, par les parties, de la provision à valoir sur sa rémunération⁹³. En outre, son décret d'application apporte des modifications au titre IV « La conciliation et la médiation » du Code de procédure civile applicable à toutes les juridictions⁹⁴. Un cadre général des règlements amiables unifié est alors consacré. Pourtant, ce cadre met en exergue des terminologies variables ainsi qu'un panel de procédures amiables diversifiées, qu'il serait nécessaire de distinguer. La confiance suppose la clarté et la précision.

⁹¹ Dont le chiffre s'est accru ces dernières années en raison de la crise sanitaire.

⁹² Chargé de « rendre des avis dans le domaine de la médiation définie à l'article 21 et proposer aux pouvoirs publics toutes mesures propres à l'améliorer », de « proposer un recueil de déontologie applicable à la pratique de la médiation » ainsi que « des référentiels nationaux de formation des médiateurs et faire toute recommandation sur la formation » et d'« émettre des propositions sur les conditions d'inscription des médiateurs sur la liste prévue à l'article 22-1 A ». Enfin, « pour l'exercice de ses missions, le Conseil national de la médiation recueille toutes informations quantitatives et qualitatives sur la médiation » (L. n° 2021-1729, préc., art. 45).

⁹³ L. n° 2021-1729, préc., art. 45.

⁹⁴ V. not. F.-X. BERGER, « Décret d'application de la loi pour la confiance dans l'institution judiciaire : répercussions sur la procédure civile », *Dalloz actualité*, 3 mars 2022.

B) Des précisions terminologiques et épistémologiques attendues

24. Pour la simplification du contexte de l'amiable. Les dispositions précitées présentent différentes terminologies pour mettre en exergue ces processus dont la résolution du différend est opérée autrement que par un règlement juridictionnel dans lequel le juge tranche le litige⁹⁵. La confusion des contours de l'amiable conduit ainsi à un manque d'engouement et de confiance de la part des justiciables. Il est essentiel de remédier à ce défaut. Les citoyens aspirent à la simplicité, ainsi que le relèvent les dernières réformes procédurales⁹⁶. Empreints de doutes à l'égard de ce foisonnement d'offres de justice amiable, ils préféreront saisir immédiatement le juge qui rendra une décision « clé en main ». Dès lors, le rapport « célérité et qualité de la justice, la médiation une autre voie » issu du groupe de travail sur la médiation, institué le 11 février 2008 à l'initiative de Monsieur Jean-Claude MAGENDIE, appuie la préconisation de « bien nommer pour bien faire »⁹⁷. À cet égard, le développement des règlements amiables suppose un éclaircissement des notions de médiation et de conciliation. D'aucuns s'accordent pour admettre que ces deux processus présentent plus de ressemblances que de différences, à tel point que l'obsolescence de la célèbre distinction médiation-conciliation doit être reconnue (1.). Au-delà, la clarification du contexte de l'amiable requiert de se réapproprier l'essence de la médiation eu égard à la multiplication des processus ouverts à cette dénomination. En effet, il est une urgence de rompre avec le syncrétisme qui menace ce processus (2.).

1. L'obsolescence de la distinction médiation-conciliation

25. La nébuleuse médiation-conciliation⁹⁸. Ces deux modes amiables participent d'un idéal que Madame Chantal ARENS, première présidente de la Cour de cassation de 2019 à

⁹⁵ Pour illustration, si le Livre V du CPC est aujourd'hui dénommé « La résolution amiable des différends », les règlements européens évoquent le *règlement* extrajudiciaire des litiges de la consommation.

⁹⁶ La simplification est en effet incarnée dans les dernières réformes telles que la loi n° 2015-177 du 16 févr. 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures (JORF n° 0040 du 17 févr. 2015) ainsi que la loi n° 2019-222 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice du 23 mars 2019, préc.

⁹⁷ Rapport MAGENDIE « Célérité et qualité de la justice. La médiation : une autre voie », 2008, p. 11 : « Chacun a en effet désormais conscience de l'importance d'une rigueur terminologique, de la nécessité d'une définition claire et précise de la médiation : "bien nommer, c'est bien faire" ».

⁹⁸ Terminologie employée par Madame le professeur Michèle GUILLAUME-HOFNUNG (*La médiation*, PUF, Coll. « Que sais-je ? », 2009, p. 47) pour illustrer cette confusion traditionnelle entre les deux notions.

2022, n'hésitait pas à définir comme celui « d'une justice consensuelle, acceptée, apaisée »⁹⁹. Pour autant, *quid* de la distinction entre ces deux processus ? Qui plus est, existe-t-il encore une différence entre ces deux processus ? Cette question relative à la distinction entre la médiation et la conciliation fait, depuis de nombreuses années, l'objet de débats en France¹⁰⁰. Les définitions entre les deux processus étant quelque peu confuses¹⁰¹, les auteurs ont tenté, à bien des égards, de cerner les deux notions à l'aide de critères relatifs au processus amiable ou au rôle du tiers. La doctrine a ainsi démontré une volonté de poser des critères de distinction, qui n'ont pourtant pas eu le succès escompté¹⁰². Désormais, le critère régulièrement mis en lumière pour parvenir à distinguer les deux notions est celui du coût. En effet, si la rémunération du médiateur a été prévue par la loi du 8 février 1995, tel n'est pas le cas de la conciliation. Cela s'explique par le fait que le conciliateur est un collaborateur du service public de la justice bénévole alors que le médiateur exerce des prestations de service purement privées. Cependant, deux arguments s'opposent également à cette vision distinctive. D'une part, cette caractérisation n'est recevable que pour les conciliations et médiations judiciaires. Il est bien évidemment possible de rémunérer le tiers dans la matière conventionnelle. D'autre part, cette distinction en référence à la gratuité ne semble plus valoir depuis le 1^{er} janvier 2016. En effet,

⁹⁹ C. ARENS, Propos tenus en ouverture du colloque « Conciliation judiciaire et conciliation de Justice », Cour d'appel de Paris, 15 mars 2016.

¹⁰⁰ F. VERT, « La confusion terminologique entre médiation et conciliation : un frein à leur développement », *Gaz. Pal.*, 2015, n° 031, p. 8 ; M. BOITELLE-COUSSAU, « Comment choisir entre la conciliation et la médiation ? », *Gaz. Pal.*, 2015, n° 164, p. 9 ; C. PEULVE, « Médiation et conciliation – Des jumeaux... vrais ou faux ? », *Gaz. Pal.*, 2011, n° 179, p. 17.

¹⁰¹ La médiation est définie comme une « entremise, intervention destinée à amener à un accord » (*Dictionnaire Larousse*), mais encore comme une « entremise destinée à mettre d'accord, à concilier ou à réconcilier des personnes, des partis » (*Le Petit Robert*). Les deux notions sont alors représentées comme des synonymes dans le langage courant.

¹⁰² Tout d'abord, certains auteurs ont tenté de distinguer les deux processus selon le type de litige en cause. Ils ont associé la médiation au caractère collectif du litige (v. R. GUILLIEN, « Saint-Nicolas de Chardonnet, Bons offices, conciliation, médiation », *in Mélanges Robert Pelloux*, éd. L'Hermès, 1980, p. 177). La médiation répondait selon eux aux conflits collectifs et la conciliation veillait à la résolution des litiges individuels. Or, ce critère de distinction ne pouvait être admis. En effet, des médiations peuvent être engagées pour des litiges consacrant des intérêts privés, et des conciliations peuvent être consacrées à l'étude de litiges collectifs. D'autres auteurs ont pensé distinguer les deux notions selon la présence ou l'absence des parties lors du processus. Selon ces derniers, la conciliation se caractériserait par la recherche d'une mise en présence des protagonistes, alors que la médiation tenterait de surmonter cette rencontre (P. PEDROT et F. KERNALEGUEN, « Consommation. – Procédures amiables de règlement des litiges », *J.-Cl. Concurrence - Consommation*, fasc. 1230, 1988, n° 35). Cependant, cette distinction est là encore artificielle puisque le médiateur peut tout à fait organiser la réunion des parties s'il l'estime nécessaire pour résoudre le conflit (Critique not. émise *in* M.-D. PERRIN, « Conciliation-Médiation », *LPA*, n° 170, 2002, p. 4). Également, le critère du moment de la mise en œuvre de la procédure amiable était mis en avant. Aux termes de l'art. 21 de la loi du 8 févr. 1995 dans sa version initiale et du décr. du 20 mars 1978, il apparaît en effet que la conciliation ne serait admise qu'avant le procès, tandis que la médiation serait permise durant toute la durée de la procédure. Pour autant, déjà à cette époque ce critère n'était valable que pour les conciliations et médiations judiciaires puisqu'en matière conventionnelle aucune exigence chronologique n'est prévue. Ce critère est d'autant plus obsolète aujourd'hui du fait que la conciliation et la médiation peuvent être mises en œuvre à tout moment de la procédure, avant ou après la saisine du juge (CPC, art. 128 : « Les parties peuvent se concilier, d'elles-mêmes ou à l'initiative du juge, tout au long de l'instance » ; art. 131-1).

désormais, tout consommateur a le droit de faire appel gratuitement à un médiateur de la consommation en vue de la résolution amiable d'un litige l'opposant à un professionnel¹⁰³.

Si les différentes tentatives de caractérisations des deux notions se sont soldées par des échecs, un autre critère a été posé de manière controversée : le rôle du tiers dans le processus amiable. Une partie de la doctrine considère que « le médiateur joue un rôle plus actif et plus directif »¹⁰⁴ que celui du conciliateur¹⁰⁵. Le médiateur va écouter les parties, analyser leurs attentes et proposer une solution pour résoudre le problème¹⁰⁶. Cette conception du rôle actif du médiateur a d'ailleurs probablement été inspirée par la recommandation adoptée par le Conseil de l'Europe le 5 septembre 2001¹⁰⁷. *A contrario*, une autre partie de la doctrine¹⁰⁸, et parfois cette même partie de la doctrine¹⁰⁹, parvient à une analyse dans laquelle le rôle du tiers est en totale contradiction. Pour ces derniers, le tiers actif qui va proposer une solution aux

¹⁰³ Principe énoncé par l'ord. du 20 août 2015 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation transposant la directive européenne du 21 mai 2013 (2013/11/UE) dans le Code de la consommation. – Pour autant, cet argument ne doit être envisagé qu'à titre secondaire puisqu'il sera question de remettre en cause la qualification de la médiation de la consommation (v. *infra* n° 30).

¹⁰⁴ B. OPPETIT, « Arbitrage ; médiation et conciliation », *rev. arb.*, 1984, p. 307.

¹⁰⁵ En ce sens, v. Ch. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, thèse, préf. O. OPPETIT (dir.), LGDJ, Coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 198, 1987, n° 348, p. 157 ; P. LEVEL, « A propos de la médiation dans la vie des affaires », *JCP* 1989. II. 15615 ; P. KAYSER, « La recherche en France de la diminution des contentieux judiciaire et administratif par le développement des règlements amiables », *Justices*, 1996, p. 203, spéc. p. 203. ; J. MARCHAND, « Le juge administratif et la médiation dans les relations d'affaires », *JCP A*, n° 17, avr. 2015, p. 2109 ; N. DION, « L'aventure de la médiation », *LPA*, 29 juill. 2003, n° 150, p. 4.

¹⁰⁶ V. not. G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° « Médiation » et « Médiateur », défini comme « celui auquel les parties à un conflit demandent de proposer la solution de leur différend (à la différence du conciliateur seulement chargé d'œuvrer au rapprochement des personnes en conflit) » – v. aussi P. DELVOLVE, Rapp. de synthèse du colloque sur « l'avenir des tribunaux administratifs », *JCP A*, 2005, n° 30, étude 1302 : « la conciliation a pour objet d'amener les parties à trouver entre elles un point d'accord commun, sans que le conciliateur prenne lui-même position [tandis que] dans la médiation, l'intermédiaire exerce un rôle plus actif comportant de sa part une proposition de solution ».

¹⁰⁷ Recommandation Rec(2001)9 adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe : « la conciliation a pour objet de rallier les parties entre elles, de les amener à rapprocher leurs positions, de les conduire à trouver entre elles un point d'accord commun. La médiation, quant à elle, donne à la personne qui la réalise un rôle d'intermédiaire entre les parties pour aboutir, à partir des positions des parties, à une proposition de solution » ; en ce sens, v. P. IDOUX, « La place actuelle de la médiation dans le règlement juridictionnel des différends », in A.-M. TOURNEPICHE et J.-P. MARGUENAUD (dir.), *La médiation : aspects transversaux*, Litec, 2010, p. 30.

¹⁰⁸ M. BOITELLE-COUSSAU, « Comment choisir entre la conciliation et la médiation ? », art. préc., p. 9 : « le conciliateur intervient comme force de proposition alors qu'il ne revient pas au médiateur de suggérer une solution, puisqu'il doit amener les médiés à la trouver par eux-mêmes » ; J.-L. VIVIER, « La réforme de la conciliation et l'introduction de la médiation dans la procédure civile », *LPA*, 25 nov. 1996, p. 12 : « la différence entre la médiation et la conciliation est aisée à définir en théorie : le conciliateur élabore une décision et recueille l'assentiment des plaideurs, le médiateur aide les parties à élaborer elles-mêmes un accord » ; T. JACOMET et F. CHEKARNA, « La médiation "mode de règlement conventionnel des litiges", son essor, ses avantages, sa pratique », *Bull. Joly Sociétés*, 1^{er} déc. 1997, n° 12, p. 1037 ; C. PEULVE, « Médiation et conciliation - Des jumeaux... vrais ou faux ? », *Gaz. Pal.*, n° 179, 2011, p. 17 : le médiateur serait plutôt un « pacificateur », un « facilitateur » de solution, alors que le conciliateur serait un « aviseur ». – v. aussi J.-M. AUBY et R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, LGDJ, 1984, t. 1, n° 8 : le conciliateur « propose un règlement que les parties sont libres d'accepter ou non ».

¹⁰⁹ Alors que le professeur OPPETIT évoquait le rôle actif du médiateur (note préc.), il indique dans son ouvrage *Théorie de l'arbitrage* que « par son action, le conciliateur joue sans doute un rôle plus actif et plus directif que le médiateur » (p. 35).

parties pour mettre fin au différend n'est autre que le conciliateur, tandis que le médiateur n'a qu'un rôle de guide dans le processus amiable. Au regard de la controverse, ce critère suscite davantage la discorde qu'il ne permet la clarification¹¹⁰.

26. Au-delà de la confusion et des inversions envisagées, la différence apparaît minime entre la conciliation et la médiation qui recherchent le même but : résoudre le conflit dans sa totalité. Par conséquent, cette distinction est souvent jugée inutile¹¹¹. Concrètement, existe-t-il réellement des différences entre ces deux processus ? À travers la directive 2008/52, l'Union européenne démontre une réelle volonté de fusionner les deux processus. Si à l'aune de son ancienneté et de sa traduction juridique, la conciliation est régulièrement apparue comme une notion-mère, génitrice de tous les autres modes amiables de résolution des différends, cette vision n'est pas celle de l'Union européenne qui ne prône les processus amiables que sous le label « médiation ». La directive 2008/52 définit en effet la médiation comme « un processus structuré, quelle que soit la manière dont il est nommé ou visé, dans lequel deux ou plusieurs parties à un litige tentent par elles-mêmes, volontairement, de parvenir à un accord sur la résolution de leur litige avec l'aide d'un médiateur. Ce processus peut être engagé par les parties, suggéré ou ordonné par une juridiction ou prescrit par le droit d'un État membre »¹¹². En attribuant une définition large à la médiation, l'Union européenne promeut la consécration d'une unité conceptuelle autour de la notion de médiation¹¹³.

27. Vers une unité conceptuelle autour de la notion de médiation. À partir de la transposition de la directive par l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011, primauté est donnée à la médiation¹¹⁴. L'ambition de fusionner les deux notions s'est confirmée en matière administrative. En effet, avec la loi Justice XXI, le législateur met fin à cette importante

¹¹⁰ La rapport Magendie soulignait notamment à cet égard que la teneur des textes autorisait elle-même les interprétations contraires : Rapp. J.-C. MAGENDIE (dir.), *Célérité et qualité de la justice. Les conciliateurs de justice*, avr. 2010, p. 37.

¹¹¹ V. not. F. VERT, « La confusion terminologique entre médiation et conciliation : un frein à leur développement », *Gaz. Pal.*, 2015, n° 031, p. 8. L'auteur dénonce en effet le peu d'intérêt que portent certains éminents professeurs tels que Monsieur Loïc CADIET, à « la différenciation subtile et byzantine entre ces deux modes » ; v. aussi Ch. JARROSSON, « La médiation et la conciliation : essai de présentation », *Droit et patrimoine*, 1999, p. 36 ; Ch. JARROSSON, « Définition de la médiation : Glossaire », in Rapport Magendie, *Célérité et qualité de la justice. La médiation : une autre voie*, 2008, p. 16 : « les notions de médiation et de conciliation n'ont, hormis le fait qu'une conciliation peut avoir lieu sans tiers, pas de raison d'être distinguées en droit, de manière générale ».

¹¹² Dir. 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, préc., art. 3, a).

¹¹³ En effet, la directive englobe sous un seul et même terme l'ensemble des processus de résolution des différends à l'amiable, quelle que soit la manière dont ils sont nommés en droit national.

¹¹⁴ Cette approche était déjà partagée par certains auteurs, tels que Monsieur le professeur Charles JARROSSON, selon lequel « la médiation est, au cœur des modes alternatifs, 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 », in « Les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale », *RIDC*. 1997, 2, spéc. n° 20, pp. 331-332.

confusion en regroupant les deux procédures amiables sous le vocable de « médiation »¹¹⁵. Depuis lors, il n'existe plus qu'un seul mode de résolution des différends en matière administrative : la médiation¹¹⁶. Or, la question n'est toujours pas résolue dans les autres domaines du droit. La matière administrative pourrait-elle susciter une harmonisation des notions dans la matière civile ? Force est de constater l'obsolescence de la distinction entre la médiation et la conciliation. Les évolutions évoquées conduisent en effet à une définition unique autour de la médiation. Cependant, si l'idéologie civiliste – et le courant de ses partisans – suppose de maintenir cette distinction malgré son inutilité, encore faudrait-il qu'elle ait un sens. Dès lors, à défaut de fusion, la distinction ne devrait plus s'attacher au rôle du tiers ou à sa rémunération, mais davantage aux mains qui portent cette mission de régler le différend à l'amiable¹¹⁷. En se rattachant à l'article 21 du Code de procédure civile, qui prévoit la conciliation comme principe directeur de la conduite du procès par le juge, la conciliation pourrait être assimilée à la procédure de résolution du différend à l'amiable réalisée par le juge. Les autres processus amiables, délégués par le juge à un tiers ou directement engagés par les parties, seraient des médiations.

La souplesse des règlements amiables suppose une liberté du tiers d'agir selon les besoins et les attentes des parties au processus. En ce sens, la présente étude recommande la fusion de ces deux notions, qui mettent en exergue un processus identique. La médiation tend à la conciliation des parties. Malgré cette vision d'une conception uniforme, les deux modes amiables seront envisagés selon l'état des textes en vigueur. Lorsqu'il sera question d'appréhender le rôle du tiers à la procédure amiable, tant le médiateur que le conciliateur de justice seront présentés. Néanmoins, l'intérêt porté à la médiation a entraîné une prolifération de processus considérés à tort comme des médiations. Il est alors utile d'opérer une caractérisation précise du contexte de la médiation et, plus encore, une réappropriation de son essence.

¹¹⁵ V. not. J.-M. LE GARS, « La juridiction administrative saisie par la médiation ? », *AJDA*, 2016, p. 2272 ; N. CHIFFLOT, « Les principaux apports de la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle au contentieux administratif. – À propos de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 », *JCP G.*, n° 51, 19 déc. 2016, 1377 ; S. HOURSON, « La justice administrative 2.1 », *Droit adm.* n° 1, janv. 2017, alerte 1 ; v. aussi J. SIRINELLI, « Le juge administratif et la nouvelle procédure de médiation. – À propos du décret n° 2017-566 du 18 avril 2017 », *JCP G.*, n° 19-20, 8 mai 2017, 520.

¹¹⁶ Par une volonté de moderniser le système juridique et l'administration en elle-même, la loi « Justice du XXI^e siècle » a mis fin à une confusion ancestrale qui n'était pas sans conséquence sur le développement des procédures amiables. Elle a supprimé purement et simplement la conciliation dans le droit administratif interne et réorganise ainsi le système d'un point de vue notionnel. Cette modification apparaît d'autant plus surprenante puisque jusqu'alors la conciliation était prédominante devant les juridictions administratives.

¹¹⁷ V. *infra* n°s 122 s.

2. Caractérisation du processus de médiation et réappropriation de son essence

28. Multiplication des domaines ouverts à la médiation. De nombreux processus de résolution des différends revêtent aujourd'hui des qualifications quelque peu ambiguës. Afin de favoriser le règlement des différends à l'amiable, encore faut-il procéder de manière analytique en vue d'aboutir à une définition du contexte et à une classification des éléments de cet ensemble. Les règlements amiables s'assimilent à un compromis négocié par des parties en désaccord. Ils permettent d'éviter un procès et trouvent une application dans multiples domaines du droit. Ces processus impliquent dès lors une participation active des parties et la conclusion d'un accord.

29. Bien que les règlements amiables aient investi les textes procéduraux français et qu'ils collaborent désormais directement avec les procédures traditionnelles de règlement des différends, la confusion demeure. La médiation est aujourd'hui assurément polymorphe, elle peut être judiciaire ou extrajudiciaire. Dans ce dernier cas, elle emprunte plusieurs formes : purement conventionnelle, organisée par des opérateurs privés ou encore par la loi¹¹⁸. À ce titre, la médiation de la consommation a largement ouvert la possibilité faite aux consommateurs de solliciter une médiation dans des domaines variés, tels que le domaine bancaire, des crédits ou de l'assurance. Parallèlement, les médiateurs institutionnels se sont développés de manière hétérogène, à l'instar du médiateur du cinéma, de l'énergie, du tourisme et des voyages. Il en va de même dans les contentieux publics avec le médiateur de la République devenu le Défenseur des droits¹¹⁹. Or, ces divers processus peuvent-ils être considérés comme des modes amiables de résolution des différends ?

30. Classification tripartite. Nonobstant quelques évolutions, le constat opéré par le Doyen CORNU concernant les modes alternatifs est toujours d'actualité¹²⁰. En effet, « sous le nom commode qui les abrite, coexistent [encore] trois choses très différentes et dont la valeur respective ne peut être appréciée que distinctement »¹²¹. L'auteur distinguait ainsi « le petit groupe pur des véritables modes alternatifs de règlements des conflits », qu'il considérait comme des « équivalents juridictionnels autonomes » : l'arbitrage, la transaction et l'abdication, « le couple inséparable et aujourd'hui très en vue de la conciliation et de la

¹¹⁸ L. CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlements des conflits*, op. cit., pp. 78 et s.

¹¹⁹ Cf. Constitution, art. 71-1. Il s'agit d'une autorité indépendante chargée de veiller à la protection des droits et des libertés et de promouvoir l'égalité.

¹²⁰ G. CORNU, « Les modes alternatifs de règlement des conflits. Rapport de synthèse », art. préc., pp. 313-323.

¹²¹ *Ibid.*, p. 322.

médiation par un tiers intercesseur »¹²² et enfin « le groupe assez étoffé et plus hétérogène des divers procédés qui tendent à faciliter, à simplifier, à améliorer le travail judiciaire, et à permettre à l'appareil judiciaire de faire face au défi de la masse des affaires, moyennant surtout un allègement des procédures et une participation des intéressés à la recherche de solutions moins ou non contentieuses : amende forfaitaire, procédure pénale simplifiée, négociation de plaidoyer, condamnation pénale par défaut avec application du minimum de la peine, etc. »¹²³. Pour ces derniers, le Doyen CORNU reconnaissait la place de la volonté des parties mais soulignait l'intervention véhémente des pouvoirs publics. Il différenciait ainsi trois catégories de règlements alternatifs : les véritables, ceux qui ont du potentiel et ceux qui participent à la bonne administration de la justice en régulant le contentieux.

La présente étude conduit à une analyse non pas des mesures alternatives mais des modes amiables. Pourtant, malgré l'exclusion de l'arbitrage du domaine de l'amiable, les modes amiables supposent un enchevêtrement de dispositifs qui n'en sont pas réellement ou qui appellent, du moins, un cadre plus précis pour se développer sereinement au sein du système de justice. À l'instar de la distinction opérée par le Doyen CORNU, il existe bien trois catégories différentes de modes alternatifs aux procédures traditionnelles étatiques. Tout d'abord, *les règlements alternatifs juridictionnels*, à savoir l'arbitrage. Ensuite, au sein des règlements amiables¹²⁴, une subdivision binaire doit être réalisée en considération des divers procédés qui se sont développés. Nombre d'entre eux prennent la nomination de médiation. Or, chacune des médiations institutionnalisées ne revêt pas la même conception. En dépit de l'homonymie, le médiateur revêt un rôle bien différent lorsqu'il est choisi par les parties dans le cadre d'une médiation conventionnelle civile ou lorsqu'il intervient dans le cadre d'une médiation de la consommation organisée par une entreprise. En outre, les conséquences du processus de médiation, en lui-même, diffèrent également s'il intervient en matière civile ou en matière pénale. Aussi est-il question de reconnaître les spécificités de ces processus et de mettre en valeur leur singularité.

Il est des médiations qui font œuvre de justice par la participation active des parties. Les parties dialoguent, communiquent et s'accordent. Ces médiations coexistent avec les procédures étatiques et répondent à la nécessité de développer la résolution des différends autrement que par le contentieux. Ce point s'oppose alors nécessairement à la vision du Doyen CORNU qui ne voyait pas en la médiation et la conciliation des substituts autonomes de la justice

¹²² *Ibid.*, p. 323. – Si tant est que ces processus soient réellement distincts.

¹²³ *Ibid.*, p. 322.

¹²⁴ Objet de la présente étude.

étatique. Les évolutions législatives et réglementaires permettent de faire évoluer cette analyse antérieure. Si la question d'une totale déjudiciarisation sera au cœur de l'étude, la justice moderne est empreinte de ce mouvement et donne une réelle puissance aux règlements amiables pour faire œuvre de justice. Il est cependant d'autres médiations qui témoignent d'un rôle passif des participants aux processus amiables. Bien que la volonté reste maîtresse du processus amiable, le tiers intervenant dispose d'un pouvoir plus directif. À ce titre, le médiateur de la consommation *propose* la solution, qui sera acceptée ou non par les parties. La réussite du processus dépend en ce sens de l'acceptation des parties mais ne fait en aucun cas preuve d'investissement et de créativité de leur part¹²⁵. Dans un autre contexte, la médiation pénale entraîne également des conséquences divergentes des autres règlements amiables. En effet, la médiation pénale, pourtant présentée comme une mesure alternative aux poursuites « susceptible d'assurer la réparation du dommage causé à la victime, de mettre fin au trouble résultant de l'infraction ou de contribuer au reclassement de l'auteur des faits »¹²⁶, n'éteint pas l'action publique. La réussite du processus n'empêche alors pas la saisine du juge par le procureur. Ces deux illustrations permettent de constater les différences considérables qu'il existe entre diverses médiations. Malgré leur terminologie identique, l'activité des parties, du tiers et les conséquences du processus ne seront pas les mêmes. Il s'agit alors de distinguer *les véritables règlements amiables des différends*, qui impliquent une participation active des parties à la résolution de leur propre différend, des procédures de règlements des différends assimilés à des *procédures régulatrices du contentieux*. Les premières correspondent à des modes autonomes de règlement des différends qui responsabilisent les parties. Les dernières permettent également de résoudre un litige autrement que par la procédure traditionnelle. Elles sont certes pacifiques, mais ne sont pas l'œuvre directe des parties. Cette classification se justifie tant au regard du processus en lui-même qu'à l'investissement de ses participants.

Afin de résoudre un différend, le système de justice révèle ainsi, à côté des procédures étatiques, des procédures alternatives juridictionnelles (l'arbitrage), des procédures régulatrices du contentieux – qui permettent de solutionner l'encombrement des tribunaux – et, enfin, des règlements amiables qui font l'objet de la présente étude¹²⁷.

¹²⁵ Il en est de même pour la composition pénale, dont la proposition est réalisée par le procureur de la République.

¹²⁶ CPP, art. 41-1.

¹²⁷ Malgré cette vision, la présente étude n'exclura pas ces modes considérés comme régulateurs ; ces derniers étant à ce jour classés parmi les modes amiables. Pour autant, l'entier développement s'efforcera de démontrer l'inexactitude de cette qualification.

Parce que les règlements amiables sont amenés à résoudre un différend, ils font œuvre de justice. Ce constat implique de s'intéresser à leur nature. En effet, alors qu'ils aboutissent à la conclusion d'un contrat, quelle est leur nature juridique ?

C) La détermination de la nature des règlements amiables

31. Les règlements amiables, une autre forme de justice. En tant qu'ils constituent des modes de résolution des différends, les règlements amiables peuvent nécessairement apparaître comme une forme de justice ; une autre forme de justice qui coexiste au sein du système avec la justice traditionnelle étatique. Elle se différencie notamment de la forme de justice traditionnelle en raison de sa nature contractuelle. En effet, l'issue du règlement amiable s'apprécie au regard de la conclusion d'un accord entre les parties. Pour autant, est-il de la nature du contrat de faire œuvre de justice¹²⁸ ?

L'aboutissement du processus amiable prend la forme d'un contrat, qui peut lui-même revêtir diverses formes. Il peut tout d'abord revêtir la qualification d'une transaction. Or, certains auteurs n'hésitent pas à relever la perplexité de sa nature, en affirmant que « la transaction n'est pas un contrat ordinaire »¹²⁹. La transaction, définie au sein du Code civil comme un contrat, présente une incontestable nature contractuelle. Elle produit en ce sens les effets du contrat. Cependant, eu égard à son objet – auquel elle emprunte certains de ces effets –, elle se rapproche du jugement. En outre, et au-delà de cette appréhension duale de sa nature, la transaction pourrait également être envisagée comme la « loi » des parties, en référence à l'article 1103 du Code civil. La transaction, issue de la rencontre des parties en vue de résoudre leur différend à l'amiable, aurait alors la nature d'un contrat, d'une loi et d'un jugement¹³⁰. Or, les règlements amiables doivent être appréciés plus largement. Les règlements amiables ne s'assimilent pas au seul accord des cocontractants. Ils font montre d'un cheminement au cours duquel les parties vont collaborer afin d'aboutir à la conclusion d'un accord ; qui peut alors prendre la forme d'une transaction¹³¹.

¹²⁸ Le contrat est défini par l'art. 1101 du Code civil comme « un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations ». Cette définition permet de distinguer le contrat des autres accords qui ne produisent pas d'effets de droit. À cet égard, l'accord amiable et le contrat seront ici assimilés.

¹²⁹ C. RADE, « Les effets de la transaction », in B. MALLET-BRICOUT ET C. NOURISSAT (dir.), *La transaction dans toutes ses dimensions*, Dalloz, Coll. « Thèmes & commentaires », 2006, pp. 87 s.

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ À ce sujet, v. *infra* n° 371.

32. Si dans le domaine du contentieux, la solution à la discorde suppose un cheminement vers une décision imposée, dans le domaine de l'amicable, elle suppose un cheminement vers une décision négociée. Le parcours est organisé pour la construction d'une œuvre commune. À ce titre, les règlements amiables sont définis comme « tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par le juge saisi du litige »¹³². Cette définition a été reprise pour la médiation et la conciliation conventionnelles à l'article 1530 du Code de procédure civile. Quelle que soit sa forme (médiation, conciliation, procédure participative), le règlement amiable est donc un processus structuré.

Le processus est défini comme la « suite ordonnée d'opérations aboutissant à un résultat »¹³³. Le processus représente alors un ensemble d'actions en vue de la réalisation d'un objectif. Il fait ainsi référence à une évolution vers quelque chose de concret. En ce sens, le processus pourrait être assimilé à la procédure. Ce mot, attesté dès 1344, dérive de « procéder » qui vient du latin de *procedere*, « aller en avant, s'avancer »¹³⁴. La procédure est définie comme la « méthode utilisée pour réaliser une opération complexe »¹³⁵, comme la « manière de conduire un raisonnement »¹³⁶. La procédure représente la marche à suivre pour réaliser cet objectif. Le prisme du calcul mathématique sera utile pour illustrer la distinction. En effet, la somme de nombres et son résultat constituent un processus. Le calcul lui-même est la procédure pour obtenir le résultat de la somme. À cet égard, le processus doit être perçu de manière générale tandis que la procédure revêt une coloration précise en référence à une méthodologie intelligible liée à l'essence du processus lui-même. La technicité particulière nécessaire à l'obtention d'un résultat escompté conduit à différencier la procédure du processus. Aussi, dès lors que le processus est structuré et converge vers une certaine finalité, il s'agit d'une procédure.

Bien que la procédure évoque d'emblée le procès, pareille représentation est bien réductrice. Certes, la procédure et le procès entretiennent des liens privilégiés. Pourtant, toute procédure n'aboutit pas à un jugement.

¹³² Loi n° 95-125 du 8 févr. 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, préc., art. 21 dans sa rédaction issue de l'ord. n° 2011-1540 du 16 nov. 2011.

¹³³ J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), *Le Petit Robert. Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris, éd. 2017, Le Robert, 2016, v° « Processus », sens 3.

¹³⁴ F. GAFFIOT, *Dictionnaire latin français*, Hachette, Coll. « Dictionnaires bilingues », 2001, v° « *procedo, is, ere, cessi, cessum* », sens 1.

¹³⁵ CNRTL, v° « Procédure », B. 2, a).

¹³⁶ *Ibid.*

33. Les règlements amiables, une procédure en vue d'aboutir à un accord. « La procédure est nécessaire à la solution des litiges, plus largement à la régulation des différends, dans un société humaine digne de ce nom »¹³⁷. À cet égard, nombre d'auteurs qualifient les règlements amiables de procédures et, plus précisément, de « procédures sans procès »¹³⁸. Même s'ils font preuve d'une véritable souplesse, les règlements amiables supposent la conduite d'étapes en vue de trouver un accord mutuellement satisfaisant. Bien plus qu'une simple succession d'actions, ils témoignent d'une idéologie partenariale et responsabilisante en accord avec les idéaux de la société post-moderne. Les parties acceptent de s'engager dans cette procédure, de s'y investir en s'efforçant d'être à l'écoute de l'autre, de participer à la discussion et à la réflexion pour aboutir à la meilleure issue possible. Pour ce faire, il peut être prévu un calendrier des rencontres, des échanges ou encore des apartés avec un tiers. Enfin, lorsque la communication démontre ses avantages, le règlement amiable se termine en principe par la conclusion de l'accord. Il est en effet des hypothèses où les parties soumettent leur accord au juge afin qu'il l'homologue. Si la nature de l'homologation est elle-même discutée¹³⁹, elle juridictionnalise l'accord¹⁴⁰. En outre, dès lors qu'un tiers intervient afin de guider les parties dans cette entreprise amiable, les règlements amiables dévoilent une formalisation d'autant plus prégnante. Ils sont établis de façon déterminée, claire et sans équivoque. Les enjeux et les intérêts sont connus par l'ensemble des participants.

Aussi, la procédure ne revêt pas uniquement une signification juridictionnelle. Assimilés à des procédures, les règlements amiables développent des relations particulières avec les procédures juridictionnelles. Ils supposent de la même manière une organisation en vue d'aboutir à un résultat. Alors que ce dernier fait référence au jugement dans le cadre du procès, il s'agit d'un contrat dans les règlements amiables.

¹³⁷ D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy/PUF, 2003, v° « Procédure », p. 1216.

¹³⁸ L. CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlements des conflits*, op. cit., p. 18.

¹³⁹ L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n° 105, pp. 117-118 ; v. aussi I. BALENSI, « L'homologation judiciaire des actes juridiques », *RTD civ.* 1978, p. 42 et p. 233 – Comp. L. AMIEL-COSME, « La fonction d'homologation judiciaire », *Justices*, 1997, n° 5, p. 135 – C. FARDET, « La notion d'homologation », *Droits*, 1999, p. 181 – Adde C. HUGON, « Existe-t-il un droit commun de l'homologation judiciaire ? », *LPA*, 11 déc. 2003, 4.

¹⁴⁰ En ce sens, v. not T. GOUJON-BETHAN, *L'homologation par le juge. Essai sur une fonction juridictionnelle*, LGDJ, Coll. « Thèse », ss-coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 611, 14 sept. 2021, 708 p., qui propose une théorie unitaire de l'homologation, conçue comme une fonction juridictionnelle, distincte de la fonction contentieuse et de la fonction gracieuse. Selon l'auteur, elle poursuivrait une finalité de protection (homologation-habilitation) ou une finalité de garantie (homologation-exécution), qui correspond à l'hypothèse des accords amiables.

34. Les règlements amiables, une nature hybride. En tant que procédure aboutissant à un contrat, les règlements amiables dévoilent une nature hybride, qui n'est pas sans poser des difficultés.

Eu égard à leur enjeu essentiel qui est de rétablir la paix sociale par la résolution d'un différend, ils sont nécessairement associés aux procédures contentieuses. Ce rapprochement se perçoit notamment au regard d'un phénomène majeur de ces dernières années : la contractualisation de la société¹⁴¹ et des procédures. Ce mouvement conduit à un recul des liens prescrits au profit des liens consentis. Le contrat permet de créer un contexte partenarial qui rejette la hiérarchie et développe une égalité des personnes. Il favorise la liberté et exclut en ce sens une décision imposée. Enfin, il motive la réflexivité, la création et la capacité à se lier à soi-même et à l'autre. Les liens créés par le contrat, qui émanent des parties elles-mêmes, sont alors appréhendés comme leur loi et le jugement émanant de leur propre personne. La tendance à la contractualisation conduit ainsi à contractualiser le procès¹⁴². La décision n'est plus imposée aux parties par le juge, mais elle est négociée par elles-mêmes. La résolution du différend fait montre d'inventivité par une participation active des parties. La justice semble alors être rendue par le contrat. Ce phénomène de contractualisation témoigne d'une réelle métamorphose des idéaux sociétaux. Or, un contrat est-il réellement apte à assurer la justice au sens de la solution donnée à un différend ? Cette vision va tout d'abord à l'encontre de la culture française selon laquelle tous les conflits doivent, en France, être résolus par l'État¹⁴³. De surcroît, la nature même du contrat semble exclure cette possibilité. L'effet relatif du contrat suppose que celui-ci oblige seulement les parties ayant exprimé leur consentement¹⁴⁴. Or, la résolution d'un différend n'a-t-elle pas l'ambition d'assurer la paix sociale ? La solution de justice intéresse la société tout entière ; cela se justifie d'autant plus dans la matière pénale à travers l'action publique. En outre, la justice n'est-elle pas rendue par et pour le peuple français ? La considération de la nature des règlements amiables ne peut alors faire abstraction de cet élément.

Le contexte des règlements amiables revêt une approche globale. Dès lors qu'ils font œuvre de justice, les règlements amiables ne sont pas seulement des contrats. Les enjeux de la

¹⁴¹ A. SUPIOT, « La contractualisation de la société », in Y. MICHAUD, *Qu'est-ce que l'humain ?*, O. Jacob, vol. 2, 2000, p. 157 et in *Courrier de l'environnement de l'INRA*, n° 43, Paris, Institut national de la recherche agronomique, Délégation permanente à l'environnement, 2001, pp. 51-58. Disponible sur : https://www.college-de-france.fr/media/alain-supiot/UPL7487404529511809532_La_contractualisation_de_la_socie__te__pdf.

¹⁴² À ce sujet, v. not. V. GARCIA, *La contractualisation du procès. Essai sur le contrat processuel*, thèse dactylographiée, Université Toulouse 1 Capitole, 541 p.

¹⁴³ E. JEULAND, *Droit processuel général*, 4^e éd., LGDJ, Coll. « Précis Domat », 2018, n° 11, p. 40.

¹⁴⁴ C. civ., art. 1199.

conclusion d'un tel accord dépassent largement les intérêts individuels des parties. Les règlements amiables sont ainsi des procédures aboutissant à un contrat qui aura des conséquences dans le système de justice. Aussi, ils revêtent l'hybridation de deux domaines : le contrat et la procédure. Et ainsi que le soulignait Monsieur le professeur Loïc CADIET, « avant que d'être saisi dans la substance du contrat conclu ou du jugement prononcé, la justice doit s'observer dans le déroulement des procédures qui y conduisent »¹⁴⁵.

35. Les règlements amiables au sein de la justice. Il n'est pas rare, en doctrine, de considérer « que les conflits sont aux relations humaines ce que les maladies sont au corps »¹⁴⁶. Certaines nécessitent de manière inévitable des traitements chirurgicaux ou médicaux¹⁴⁷. Pour autant, d'autres supposent des traitements moins forts, moins violents, et sans effets secondaires. Ces pratiques plus douces considèrent la personne dans son ensemble avant de s'intéresser précisément à un symptôme particulier. À l'instar de la médecine, tous les conflits ne se prêtent pas à une solution juridictionnelle, tout comme ils ne se prêtent pas unanimement à la seule solution extrajudiciaire. À chaque type de conflit correspond un mode de résolution qui lui convient. Ce constat conduit à l'assertion d'une certaine complémentarité des différents modes de résolution des conflits pour un besoin d'intérêt général.

36. La justice amiable a ainsi investi le système de justice au côté de la justice traditionnelle étatique. Au-delà d'une réponse aux maux de la justice étatique, elle offre aux justiciables une pluralité de procédures permettant de résoudre leurs différends. La justice s'adapte aux besoins modernes des individus. En ce sens, les règlements amiables ne peuvent être réduits à un simple remède à une justice défaillante. Ils sont une justice en eux-mêmes, une justice « douce » par opposition à la justice traditionnelle. Cette divergence, qui promeut la pluralité du système de justice moderne, se perçoit dès la mise en lumière des symboles de la justice. Contrairement à une justice traditionnelle aux yeux bandés qui porte un glaive, la justice amiable serait, comme l'a soulevé le Doyen SOURIOUX, une justice « aux yeux ouverts et tenant entre ses doigts le lien contributif au remailage du tissu social »¹⁴⁸. Aussi, nonobstant une nature contractuelle, les règlements amiables participent activement à l'œuvre de justice. Ils collaborent avec les autres modes de résolution des différends, et apparaissent dès lors comme

¹⁴⁵ L. CADIET, « Une justice contractuelle, l'autre », in *Études offertes à J. GHESTIN, Le contrat au début du XXI^e siècle*, Paris, LGDJ, 2001, pp. 177-199, spéc. n° 8, p. 195.

¹⁴⁶ E. JEULAND, *Droit processuel général*, op. cit., n° 1, p. 19.

¹⁴⁷ Telle est notamment la vision commune de se diriger vers la médecine conventionnelle, qui s'appuie sur des traitements ayant obtenu une validation scientifique et dont les praticiens sont diplômés et reconnus compétents.

¹⁴⁸ J.-L. SOURIOUX, « Avant-dire », in N. DION, *De la médiation*, 2^e éd., mare & martin, Coll. « Libre Droit », 2018, p. 16.

des procédures de résolution des différends. Leur nature si particulière implique cependant une adaptation. En effet, pour partie contractuelle, elle leur offre une souplesse et une liberté inégalable dans une procédure judiciaire, qui implique une technicité sans pareille. La liberté est alors maîtresse du processus amiable. Or, eu égard à son objectif – de résoudre un différend – se pose régulièrement la question du respect des droits fondamentaux processuels des parties.

II – La question du respect des garanties processuelles fondamentales des parties au règlement amiable

37. Les risques de déséquilibres possibles. Les parties au règlement amiable ne sont pas forcément égales. Elles ne disposent pas toujours des mêmes compétences techniques, ni des mêmes moyens financiers. De ce fait, l'une des parties peut exercer une certaine autorité, une puissance, ou même une domination sur l'autre. Le risque est d'aboutir à un résultat injuste, qui serait imposé à la partie faible. L'essence des règlements amiables serait alors mise à mal.

38. Bien qu'ils prônent, dans leur exercice, souplesse et liberté, les règlements amiables font œuvre de justice. Aussi est-il essentiel que les droits des participants soient garantis. À cet égard, se pose régulièrement la question de l'opportunité – ou de la nécessité – d'établir un corpus de principes directeurs des règlements amiables. Pour autant, ce questionnement oscille entre nécessité et réticences (A). Les mutations de la justice contemporaine – qui se veut contractuelle au XXI^e siècle¹⁴⁹ – conduisent à une vision renouvelée du système et impliquent de considérer l'opportunité de voir des principes directeurs appliqués dans le contexte de l'amiable (B).

¹⁴⁹ Dans la continuité de la formule de JOSSERAND, « nous vivons de plus en plus contractuellement » (L. JOSSERAND, « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », *RTD civ.*, 1937, p. 1) ; F. COLLARD-DUTILLEUIL et P. DELEBECQUE, *Droit des contrats civils et commerciaux*, 11^e éd., Dalloz, Coll. « Précis », 2019, p. 3 ; H. KENFACK et S. RINGLER, *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, Lextenso, 2017, spéc. Chap. IX, « Les contrats relatifs aux différends », n° 602 et s. ; H. KENFACK, « L'efficacité des clauses de médiation conventionnelle. Pour une justice contractuelle maîtrisée par les parties », in L. CASAUX-LABRUNEE et J.-F. ROBERGE (dir.), *Pour un droit du règlement amiable des différends. Des défis à relever pour une justice de qualité*, *op. cit.*, pp. 179-196, spéc. pp. 179-180.

A) L'établissement d'un corpus de principes directeurs de l'amiable, entre nécessité et réticences

39. Les craintes d'une remise en cause du contexte même de l'amiable. Les règlements amiables des différends illustrent une grande liberté des parties à résoudre leur différend par et pour elles-mêmes. Aussi, l'établissement d'un corpus de principes directeurs de ces procédures ne revient-il pas à les encadrer et, de ce fait, à réduire le champ des possibles ? Entourer d'un cadre implique une certaine limitation. Dès lors, l'établissement d'un corpus pourrait laisser penser à restreindre la force et le rayonnement de la liberté issue des règlements amiables.

40. Cette crainte légitime a déjà fait l'objet d'une réelle considération lors de la réforme du droit des contrats. L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations¹⁵⁰ avait pour objectif de « rénover sans bouleverser pour que le droit soit plus adapté aux besoins des pratiques des particuliers et des entreprises »¹⁵¹. Issue des longues discussions quant aux modifications d'un régime dont les dispositions dataient de 1804, l'ordonnance s'est notamment intéressée aux règles qui gouvernaient le droit des contrats pour en faire ressortir l'esprit qui est le sien. Le projet initialement présenté à la Chancellerie en juillet 2008 comportait un chapitre intitulé « Principes directeurs ». Ce dernier énonçait successivement le principe et les limites de la liberté contractuelle dans ses articles 15 et 16, le principe de la force obligatoire à l'article 17 et le principe de bonne foi au sein de l'article 18. Par la suite, l'exposé des motifs du projet de loi enregistré à la présidence du Sénat le 27 novembre 2013 précisait que la loi envisagée avait « pour objet d'aborder à titre liminaire les principes directeurs qui gouvernent le droit des contrats » et « de consacrer dans la loi le principe de liberté contractuelle, et ses limites, ainsi que celui de la bonne foi en droit des contrats »¹⁵². Dans le même sens, mais en remplaçant l'adjectif « directeurs » par « généraux », l'article 8 de la loi d'habilitation n° 2015-177 du 16 février 2015 énonçait que le Gouvernement était autorisé à prendre par voie d'ordonnance les mesures nécessaires pour « affirmer les principes généraux du droit des contrats tels que la

¹⁵⁰ Ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n° 0035 du 11 févr. 2016, texte n° 26.

¹⁵¹ Communiqué de presse du Conseil des ministres du 10 févr. 2016.

¹⁵² Projet de loi relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, n° 175, enregistré à la Présidence du Sénat le 27 nov. 2013, exposé des motifs.

bonne foi et la liberté contractuelle »¹⁵³. Pourtant, cette qualification n'est pas formellement reprise dans le projet de texte qui avait vocation à être codifié. Nonobstant l'absence de la terminologie « principes », les lignes directrices et les valeurs attendues du droit nouveau des contrats apparaissent en tête du Code civil.

Là encore, des modifications peuvent être constatées. Alors que dans le projet d'ordonnance, le premier titre s'ouvrait sur un chapitre intitulé « dispositions préliminaires »¹⁵⁴, la qualification définitive de ce dernier est « dispositions liminaires ». Le premier choix effectué traduisait une certaine neutralité dans le sens où le vocable « préliminaire » ne confère aucune hiérarchisation. En effet, les dispositions préliminaires précèdent seulement celles qui suivent. Elles servent d'introduction¹⁵⁵. *A contrario*, la terminologie « liminaires » finalement consacrée revêt une signification davantage marquée. Une disposition liminaire conduit à la considération de sa place. Elle est placée au début et cette place marque son importance. Elle forme le commencement et prélude à quelque chose. En ce sens, la première place faite à la liberté contractuelle et à la bonne foi constitue « un incontestable coup de projecteur normatif »¹⁵⁶. Ainsi, bien qu'elles ne revêtent pas la qualification de principes dans les textes, elles sont considérées comme tels. À ce titre, en première lecture, le rapport de l'Assemblée nationale énonce que « l'ordonnance introduit en tête du titre III trois grands principes qui chapeautent toutes les autres dispositions et qui constituent “les dispositions liminaires”, même si certains auteurs les interprètent déjà comme des “principes directeurs” du droit des contrats. Il s'agit, dans l'ordre, de la liberté contractuelle, de la force obligatoire du contrat et du devoir de bonne foi (articles 1102, 1103 et 1104). Ce choix de mettre en exergue trois principes fondamentaux exprime l'un des objectifs essentiels poursuivis par l'ordonnance : il s'agit de trouver un équilibre entre justice contractuelle et autonomie de la volonté »¹⁵⁷.

Si l'ordonnance n'a pas opté pour un chapitre préliminaire consacré aux « principes directeurs » du droit des contrats, le rapport remis au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 l'explique par l'anéantissement d'un système hiérarchique entre les règles et les principes, en précisant qu'« il s'agit bien plutôt de principes

¹⁵³ L. n° 2015-177 du 16 févr. 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, JORF n° 0040 du 17 févr. 2015, art. 8.

¹⁵⁴ Au sein duquel étaient énoncés les grands principes (liberté contractuelle, bonne foi dans la formation et l'exécution du contrat) ainsi que les principales définitions.

¹⁵⁵ CNRTL, v° « Préliminaire ».

¹⁵⁶ C. PERES, « Observations sur « l'absence » de principes directeurs à la lumière du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats », *RDC* 2015, n° 3, p. 647.

¹⁵⁷ Rapp. Ass. nat., n° 429, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république, sur le projet de loi, adopté par le Sénat, ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (n° 315), par S. HOULIE, enregistré à la Présidence de l'Ass. nat. le 29 nov. 2017.

destinés à faciliter l'interprétation de l'ensemble des règles applicables au contrat, et au besoin à en combler les lacunes »¹⁵⁸. Or, le rapport ajoute que l'adjectif « liminaire » a toutefois été préféré, compte tenu de l'importance des dispositions situées dans ce chapitre. Dès lors, bien que la qualification de principes directeurs se soit effacée, il s'agit encore de principes dont l'éminence est relevée à travers une position stratégique.

41. Diverses explications justifient l'absence de l'utilisation de la notion de principes. Tout d'abord, une première réticence à l'emploi du terme « principe » se justifie au titre de l'introduction d'un ordre de préséance entre les principes et les autres règles du contrat. Cette perspective rejoint alors la mutation observée dans les systèmes occidentaux¹⁵⁹ consistant, sous l'influence des principes fondamentaux, à un recul des règles au profit des principes ; qui sont de type téléologique et qui ont une valeur supérieure¹⁶⁰. Les principes directeurs sont en effet considérés comme le « cœur des règles primordiales », en sorte que leur « rayonnement » s'en trouve intensifié¹⁶¹. Ainsi, dès lors que « leur vertu directive (...) leur insuffle vocation à orienter l'interprète dans les voies qu'ils indiquent, en tant qu'ils sont porteurs de l'esprit de la loi »¹⁶², la doctrine relève la crainte d'un pouvoir accru et incontrôlé du juge¹⁶³. Cette méfiance à l'égard des principes directeurs a souvent été affichée en doctrine, à l'instar de Monsieur le professeur François TERRE qui évoquait « l'effet dévastateur de la principologie lorsqu'elle devient la clé de la destinée du droit »¹⁶⁴.

La raison principale de la suppression de la qualification de principe témoigne alors de la prudence des rédacteurs. Persuadés de la puissance des mots, en occultant l'expression « principes directeurs », ils mettaient un terme à toute crainte et à toute menace. Or, force est de constater qu'il s'agit d'un artifice. D'aucuns reconnaissent la bonne foi et la liberté contractuelle comme les principes directeurs du droit des contrats, en tant qu'elles gouvernent le domaine contractuel. Cette position pourrait se retrouver dans le cadre de la justice amiable. En effet, nombre d'auteurs confessent la nécessité d'établir un corpus de principes directeurs de l'amiable, et ce, afin d'éviter la production de solutions alternatives inéquitables.

¹⁵⁸ Rapp. au président de la République relatif à l'ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n° 0035 du 11 févr. 2016, texte n° 25.

¹⁵⁹ V. *infra* n°s 76 s., relativement au phénomène de fondamentalisation.

¹⁶⁰ R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, 1977, trad. par M.-J. ROSSIGNOL et F. LIMARE, PUF, Coll. « Léviathan », 1995, pp. 84 s.

¹⁶¹ G. CORNU, « Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes », in *Etudes P. BELLET*, Litec, 1991, p. 81.

¹⁶² G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° « Directeurs du procès (Principes) ».

¹⁶³ A. GHOZI et Y. LEQUETTE, « La réforme du droit des contrats », *D.* 2008, p. 2609, spéc. n° 5.

¹⁶⁴ F. TERRE et N. MOLFESSIS, *Introduction générale au droit*, 13^e éd., Dalloz, Coll. « Précis », 2021, n° 399, p. 510.

42. Du rejet de la réglementation à la nécessaire considération de principes directeurs. Certes, les règlements amiables préservent d'un formalisme exacerbé. Ils favorisent le bon vouloir des parties, la créativité et rejettent la contrainte. Considérer une telle modification contreviendrait à l'essence de ces modes consensuels. Pour autant, la liberté n'est-elle pas envisagée comme le pouvoir qui appartient à l'homme de faire tout ce qui ne nuit pas aux droits d'autrui ? Aussi est-il essentiel d'assurer le respect des droits de chacun. Les règlements amiables des différends poursuivent un objectif de résolution des conflits et de reconstruction du lien social entre les individus. Ils tentent d'éviter que les litiges ne renaissent. À ce titre, ils préservent la paix sociale dans l'ensemble de la communauté. Conçus comme une autre justice, ils sont alors encouragés par les pouvoirs publics. Ils se développent dans tous les champs du droit et à tous les stades du différend¹⁶⁵. Dès lors, ils ne pourraient se propager ainsi sans offrir des garanties aux parties. Entre un rejet de la réglementation et un phénomène de prolifération de principes fondamentaux garantissant les droits de chaque justiciable, chacun s'accorde sur la nécessité de soumettre les règlements amiables « à des principes fondamentaux de nature procédurale qui permettent d'éviter que la stratégie contractuelle soit fondée principalement sur la déloyauté, l'exploitation de la faiblesse ou du manque d'information »¹⁶⁶ de l'une des parties.

43. Or, considérer des principes directeurs à la justice amiable implique de se prêter à une entreprise éminemment difficile. Comme le disait JAVOLENUS : « *Omnis definitio in iure civili periculosa est* »¹⁶⁷. En effet, comment « préserver la souplesse et l'originalité des règlements amiables, qui en font toute sa richesse et son intérêt, tout en assurant un encadrement sécurisé pour garantir la qualité du processus et la déontologie des différents acteurs »¹⁶⁸ ? Cette réflexion suppose avant tout de se questionner sur ce qu'il faut entendre par « principes directeurs ». À partir de là, il sera nécessaire d'apprécier quels principes méritent d'être appliqués dans les règlements amiables, mais encore dans quelles limites.

¹⁶⁵ Même devant la Cour de cassation, pourtant juge du droit : v. *supra* n° 2.

¹⁶⁶ N. FRICERO, « Modes alternatifs de règlement des conflits et procès équitable » in *Libertés, justice, tolérance : mél. en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, vol. 1, 2004, p. 843.

¹⁶⁷ Adage rappelant au juriste que toute définition est dangereuse, Dig., 50, 17, 202. – Cf. B. ECKARDT, *Javoleni Epistulae*, Berlin, 1978, pp. 179-180.

¹⁶⁸ C. ARENS et N. FRICERO, « Médiation et conciliation : modes premiers de règlement des litiges ? », *Gaz. Pal.*, 25 avr. 2015, n° 222e8, p. 13.

B) Vers une perspective renouvelée de l'opportunité de considérer l'application de principes directeurs dans les règlements amiables

44. Définition des principes directeurs. Le principe, tout d'abord, marque une idée de temps. Le terme de principe provient du latin *principium*, qui signifie « commencement ». Il s'agit alors de l'origine d'une chose, son début absolu¹⁶⁹. Or, au-delà de cette idée de commencement, s'ajoute également la vision d'une cause efficiente. Le principe est alors conçu comme une proposition fondamentale et première. Si le droit met en avant des règles juridiques parallèlement à des principes, « il existe entre un principe et une règle juridique, non seulement une inégalité d'importance, mais une différence de nature »¹⁷⁰. Les principes tendent vers la généralisation de la conception d'un domaine et rendent possible la convergence de la pluralité de ses manifestations¹⁷¹. À cet égard, ils occupent une place essentielle dans le système de justice. Les règles juridiques ne seraient alors, eu égard à leur technicité, que « des applications des principes »¹⁷². D'aucuns s'accordent pour reconnaître que les principes manifestent une généralité, une stabilité et une importance particulière dans le système de justice¹⁷³. La profusion des principes a cependant provoqué une certaine confusion. Bien que les propos du professeur JAPIOT, selon lesquels les principes « empruntent une partie de leur majesté au mystère qui les entoure », révèlent la fascination qui peut leur être portée ainsi que leurs attraits, ils font référence à divers raisonnements analogiques et font l'objet d'une multiplicité d'approches.

45. Le qualificatif associé « directeur » précise la terminologie du fait qu'il implique une direction, une orientation. Le principe directeur, perçu comme prioritaire et primordial dans un domaine précis, possède en lui la force nécessaire pour produire un effet réel dans une direction souhaitée. Cette acception fait cependant l'objet d'une double approche. Historiquement, elle a d'abord été utilisée par la doctrine en procédure civile. Selon des auteurs, « les garanties érigées en principes ont pour ambition, plus haute encore, si possible, de

¹⁶⁹ CNRTL, v° « principe ». Cette vision justifie ainsi la consécration des principes directeurs procéduraux en tête des codes de procédure.

¹⁷⁰ J. BOULANGER, « Principes généraux du droit et droit positif », in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle, Études offertes à G. RIPERT*, Paris, t. 1, LGDJ, 1950, p. 51.

¹⁷¹ V. en ce sens Ph. GERARD, « Aspects de la problématique actuelle des principes généraux du droit », *Déviante et société*, 1988, vol. 12, n°1, pp. 75-90.

¹⁷² Ou des exceptions à ces principes, dans des situations particulières. – J. BOULANGER, « Principes généraux du droit et droit positif », art. préc., p. 51.

¹⁷³ V. not. G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil, T. 1 : Introduction générale à l'étude du droit civil*, Paris, 2^e éd., Sirey, 1972, 532 p.

soumettre le procès civil à un idéal de justice. Elles tendent à y faire régner l'équité »¹⁷⁴. Les principes directeurs sont ainsi assimilés à des garanties fondamentales. Cette approche correspond alors à la vision de DWORKIN qui estimait que « les principes permettent de justifier une décision en montrant qu'elle respecte ou promeut les droits d'un individu ou d'un groupe, par opposition aux arguments de politique qui justifient une décision en montrant qu'elle assure la réalisation d'objectifs collectifs tels que le bien-être de la communauté »¹⁷⁵.

46. La conception civiliste a toutefois circonscrit les principes directeurs dans les limites des vingt-quatre premiers articles du Code de procédure civile¹⁷⁶. Pourtant, à la lecture de ces derniers, il en ressort davantage des règles techniques fondamentales présentant « l'essentiel des contours de l'office du juge et de la répartition des fonctions processuelles entre celui-ci et les parties »¹⁷⁷. Dans sa thèse de doctorat, Monsieur le professeur Etienne VERGES affirmait d'ailleurs que les « vingt-quatre premiers articles du nouveau Code ne disposent d'aucun monopole sur l'appellation "principe directeur" »¹⁷⁸. Il encourageait alors à remettre en cause cette conception restrictive et à considérer les principes directeurs comme des principes de procédure, « dont l'objet est d'exercer une action au sein du système processuel »¹⁷⁹. La présente étude tend à promouvoir cette conception extensive des principes directeurs, en ce sens qu'ils visent la conduite et l'aboutissement de la procédure en tant que droits processuels des parties. Cette vision dépassant les limites fixées par la doctrine civiliste contemporaine s'explique notamment eu égard au rôle des principes directeurs.

47. Rôle des principes directeurs. Se pose nécessairement la question du rôle de ces principes de procédure. Quels sont les enjeux à leur reconnaissance dans le domaine processuel ? De même, quel serait leur rôle précis dans les règlements amiables ? Diverses caractéristiques leur sont attribuées.

Tout d'abord, les principes jouent un rôle technique. Ils transmettent une idéologie, un savoir dans le domaine dans lequel ils interviennent pour assurer sa réalisation pratique. Les

¹⁷⁴ G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, Paris, PUF, Coll. « Thémis », 1996, n° 96, p. 435.

¹⁷⁵ Cité in Ph. GERARD, « Aspects de la problématique actuelle des principes généraux du droit », art. préc., pp. 78-79 ; cf. R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, op. cit., pp. 79-80.

¹⁷⁶ En ce sens G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., v° « Directeurs du procès (Principes) » : « ensemble des règles placées en tête du CPC qui ont pour objet essentiel de déterminer le rôle respectif des parties et du juge dans le procès civil (...) et d'établir certaines garanties fondamentales de bonne justice ».

¹⁷⁷ 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 », *Dalloz* 1972, chron. p. 91, reproduit in *Écrits. Études et Notes de procédure civile*, Dalloz, 1973, réimp. Dalloz, Coll « Bibliothèque Dalloz », 2010, pp. 275 s.

¹⁷⁸ E. VERGES, *Les principes directeurs du procès judiciaire, Étude d'une catégorie juridique*, thèse dactyl., Aix-Marseille, déc. 2000, n° 11, p. 23.

¹⁷⁹ *Ibid.*, n° 12.

principes directeurs donnent le « la » en explicitant les valeurs fondamentales, c'est-à-dire les « valeurs dites communes par ceux qui, ensemble, s'en réclament, comme bases de leur relation »¹⁸⁰. À cet égard, ils s'apparentent à des guides. Ils conduisent le déroulement de la procédure, ils participent à la réalisation de son existence par la transmission de leur art. En outre, les principes directeurs mettent en exergue un rôle pédagogique en intervenant pour inculquer et instituer les jalons d'une culture commune. Aussi leur attribue-t-on un rôle symbolique. Ils apparaissent comme le langage du domaine dans lequel ils trouvent place. Or, comme le soulignait PORTALIS¹⁸¹, « les Codes des peuples se font avec le temps ; mais, à proprement parler, on ne les fait pas »¹⁸². En effet, chaque domaine dévoile ses propres principes, utiles à la conduite de ses procédures. Ils dévoilent ainsi un rôle protecteur tant des parties que de la procédure.

48. Principes directeurs comme droits fondamentaux processuels. L'observation du droit comparé révèle une conception des principes directeurs assimilés à des droits fondamentaux¹⁸³. Le respect des principes directeurs de la procédure conduit à l'équilibre nécessaire pour préserver les droits des parties. À cet égard, il apparaît essentiel que les droits fondamentaux procéduraux trouvent une place dans l'ensemble des procédures de règlements des différends. Chaque individu s'engageant dans le système de justice doit être assuré que ses droits fondamentaux seront respectés ; il en va de la légitimité et de la confiance que doit présenter et inspirer la justice dans toute société démocratique¹⁸⁴. Les principes directeurs, assimilés à des droits fondamentaux processuels, doivent ainsi être reconnus dans le domaine de l'amiable. Or, quels principes directeurs pourraient trouver application au sein des règlements amiables et, plus précisément, quels principes pourraient assurer la protection de leur déroulement ?

¹⁸⁰ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., v° « Valeur –s fondamentales ». Il s'agit précisément des valeurs communes à une société constituée, à l'instar de l'égalité et de la liberté.

¹⁸¹ J.-L. CHARTIER, *Portalis ; père du Code civil*, Fayard, 2004, 441 p.

¹⁸² PORTALIS, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, présenté le 1^{er} pluviôse An IX.

¹⁸³ Concernant les pays de tradition romano-germanique, l'Allemagne les a inscrits dans sa loi fondamentale au titre du respect de la dignité humaine, de l'égalité ou encore du juge légal. En Italie, les principes sont précisés dans la Constitution. Quant aux pays anglo-saxons, où le droit technique est limité, leur rôle est également essentiel. En Grande-Bretagne, les principes de procédure sont considérés au titre de la grande charte de 1215, du *Bill of Rights* de 1689 et de l'*Habeas Corpus Act* de 1679. Aux États-Unis, la constitution fédérale contient des clauses de *due process of law*. Enfin, le Code de procédure civile du Québec a fait acte d'une refonte complète afin d'assurer l'accès, la célérité et la qualité de la justice. L'architecture réformée du Code prévoit ainsi des garanties procédurales en tête du code, qui s'appliquent à l'ensemble des modes de règlement des différends (à ce sujet, v. *infra* nos 76 s.).

¹⁸⁴ DDHC, art. 16 : « toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée (...) n'a point de Constitution ».

49. Eu égard à leur nature hybride, se pose la question d'une double application des principes du contrat et des principes procéduraux. La présente étude s'intéresse pourtant précisément à la conduite de cette procédure amiable afin d'aboutir à la finalité espérée, résoudre le différend. Il s'agit d'appréhender non pas le contrat, assimilé au résultat, mais le calcul pour y parvenir¹⁸⁵. Les règlements amiables permettent de mettre fin à un différend. Ils favorisent le rétablissement de la paix sociale par le biais d'un circuit procédural. Plus encore, la mise en place d'un règlement amiable démontre la capacité de l'individu de s'associer à une décision qui le concerne. Les règlements amiables encouragent en effet la responsabilisation du justiciable en lui permettant de régler son litige par lui-même. La résolution autonome du conflit suppose nécessairement l'idée de justice. Si l'évolution du système dévoile l'émergence d'une nouvelle démocratie procédurale, l'influence du droit processuel sur les règlements amiables semble perceptible. En effet, les liens entre les procédures de résolution amiable des différends et les procédures contentieuses se développent, et ce, sous l'influence du droit processuel, pouvant être défini « comme l'étude de l'ensemble des processus par lesquels se réalise la finalité de la justice »¹⁸⁶.

50. **Vers une unification des principes directeurs des procédures.** En tant que procédures de résolution des différends, et eu égard à leurs rapports avec les procédures contentieuses, se pose régulièrement la question de savoir si les principes consacrés par les uns devraient s'appliquer aux autres. Les principes directeurs du procès sont établis en tête des codes de procédure. Or, l'ensemble des principes directeurs de chaque code ne sont pas identiques. Chaque procédure traditionnelle revêt des principes correspondant à sa propre existence. Ces différences dévoilent la technicité de chaque procédure. Néanmoins, en tant que procédure, elles sont gouvernées par des exigences d'un autre niveau, des principes évanescents qui colorent chaque procédure de résolution des différends d'une idéologie garantissant les droits fondamentaux des justiciables. Ces différents principes directeurs processuels sont regroupés et évoqués par le biais du droit au procès équitable, issu du droit européen. Le droit processuel français a lui-même évolué sous l'influence des instruments internationaux de protection des libertés et droits fondamentaux. Promu à l'origine comme un droit comparé interne des procédures par Henri MOTULSKY¹⁸⁷, il est devenu un droit commun des procédures

¹⁸⁵ V. *supra* n° 32, définition de « procédure ».

¹⁸⁶ T. GOUJON-BETHAN, *L'homologation par le juge. Essai sur une fonction juridictionnelle*, op. cit., n° 41, p. 34.

¹⁸⁷ H. MOTULSKY, *Droit processuel*, textes réunis par M.-M. CAPEL, Les cours de droit, Montchrestien, 1973, p. 3. L'auteur présentait en effet le droit processuel par « deux idées, à conjuguer : approfondir et comparer, ou approfondir en comparant ».

soumis aux exigences européennes du procès équitable, établies à l'article 6 de la Convention européenne¹⁸⁸. L'ensemble des principes protégés par cette notion globale sont ainsi appréhendés comme les principes directeurs de chaque procédure, les principes fondamentaux processuels et encore les garanties processuelles offertes à chaque justiciable. Il s'agit de guides qui concilient les divers enjeux des procédures, tels que la répression et le respect des libertés individuelles en matière pénale ou la sanction-réparation en matière civile.

51. Problématique. Si la place des règlements amiables au sein de notre système juridique interroge encore¹⁸⁹, la prépondérance du droit au procès équitable dans notre droit positif s'affirme. En effet, ce dernier dépasse largement les frontières entre les différentes procédures traditionnelles, que sont les procédures civile, pénale et administrative, pour innover le droit processuel dans son ensemble. Considéré comme la « science »¹⁹⁰ qui étudie la manière dont se réalisent les liens de droit entre les individus, le droit processuel évolue au rythme des rapports sociaux. En ce sens, les métamorphoses de la gestion des différends conduisent à s'interroger sur la transformation – ou l'élargissement – du droit processuel. **En tant que procédures faisant œuvre de justice, les règlements amiables s'agrègent-ils au droit processuel ?** Cette première interrogation en amène une seconde, plus précise, mais nécessairement liée : **le modèle du droit au procès équitable, garanti par l'article 6 de la Convention européenne, s'applique-t-il au sein des règlements amiables des différends ?** L'intérêt de ces questions se perçoit au regard de l'analogie qui peut être constatée entre les divers modes de résolution des différends. En effet, l'objectif et la finalité d'un jugement ne sont-ils pas identiques à ceux du règlement amiable, à savoir rétablir la paix sociale par la résolution d'un différend ? Dès lors, pour ce faire, les règlements amiables ne devraient-ils pas se dérouler dans le respect des garanties processuelles fondamentales ?

52. Annonce de plan. Force est de constater que la liberté est maîtresse du processus amiable de résolution des différends. Pour autant, la contemplation attentive de l'évolution de la justice amiable montre très clairement que les règlements amiables des différends ne se réalisent pas en l'absence de toute forme¹⁹¹. « Des garanties sont donc nécessaires pour prévenir

¹⁸⁸ S. GUINCHARD et a., *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, Paris, 11^e éd., Dalloz, Coll. « Précis », 2021, n° 59, p. 131 ; W. BARANES, M.-A. FRISON-ROCHE, J.-H. ROBERT, *Pour le droit processuel*, D. 1993, chron. pp. 9-11.

¹⁸⁹ V. *supra* n° 3 et nos 5 s.

¹⁹⁰ E. JEULAND, *Droit processuel général*, *op. cit.*, n° 1, p. 19.

¹⁹¹ En ce sens, v. L. CADIET, « Case management judiciaire et déformalisation de la procédure », *Rev. fr. d'adm. Pub.*, 2008/1, n° 125, pp. 133-150, spéc. p. 148.

ou corriger les déséquilibres possibles »¹⁹². Ainsi, les différents principes fondamentaux du droit processuel, notamment ceux du droit au procès équitable, méritent d'être appréhendés. De l'étude desdits principes, ressortira l'appréciation de leur application au sein même des processus amiables.

La dichotomie entre la souplesse et la rigidité est tenue de laisser place à une approche nuancée. La perception binaire doit être abandonnée au profit de la considération de la complexité de chaque situation. À l'instar de l'essence même des règlements amiables, il convient d'opérer une conciliation entre la liberté des parties (l'autonomie) et le respect de leurs droits (la protection) et de créer un contexte harmonieux afin d'encourager le développement des solutions négociées. Bien que la préservation de la souplesse des règlements amiables rejette l'établissement d'un corpus de règles techniques, la nécessité d'assurer le respect des droits fondamentaux des parties et la garantie d'un processus équitable n'excluent pas l'établissement d'un corpus de principes directeurs. Aussi, dans un objectif de répondre aux maux de la justice contemporaine et de promouvoir le recours à l'amiable, la processualisation des règlements amiables permettrait de donner confiance aux justiciables en cette autre forme de justice.

53. Dans cette perspective, il sera question d'apprécier le rôle et la place des règlements amiables dans le système de justice. Alors que les rapports sociaux évoluent, que les mentalités et les paradigmes changent, la justice s'adapte aux besoins des individus. Influencé par les droits venus d'ailleurs, par le droit international et européen, le droit positif français est constamment révisé. L'institutionnalisation de plus en plus marquée des règlements amiables est à l'image de ces évolutions. La traditionnelle frontière entre procédure contentieuse – à l'instar de la procédure civile, de la procédure pénale et de la procédure administrative – et procédure amiable est en fort déclin. Il appert une ouverture du champ des possibles pour résoudre son différend, accompagnée d'un droit commun processuel. À l'heure où l'individu veut être au centre des réponses judiciaires, alors qu'il n'adhère plus à la réponse toute faite des juridictions, les modes amiables ont le vent en poupe. Or, par-delà la diversité des modes de règlement des différends, l'objectif est d'assurer la paix sociale et de garantir le respect des droits des individus. Ainsi, une même finalité de justice est perceptible et le droit processuel en est le garant. Il s'agit alors de considérer l'évolution d'une théorie du procès vers une théorie du droit

¹⁹² L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, Paris, 3^e éd., PUF, Coll. « Thémis », 2020, n° 106, p. 232 ; L. CADIET, « Une justice contractuelle, l'autre », in *Études offertes à J. GHESTIN, Le contrat au début du XXI^e siècle*, Paris, LGDJ, 2001, pp. 177-199, spéc. n° 5, p. 189 ; L. CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, op. cit., p. 125.

processuel dans son ensemble¹⁹³. Ceci implique un contexte partagé et solidaire entre les règlements amiables et les règlements contentieux qui, bien qu'ils soient divergents dans leur conduite procédurale, partagent le même but.

54. En ce sens, l'appréciation des règlements amiables conduit à une analyse processuelle. D'une présence évanescence au sein du système judiciaire à travers l'article 21 du Code de procédure civile, par lequel « il entre dans la mission du juge de concilier les parties », les règlements amiables se sont autonomisés et ont acquis une assise stable au sein du système de justice. Au-delà d'une réflexion sur les principes propres à ces derniers, il s'agira d'opérer une véritable confrontation entre le procès et la procédure amiable afin de révéler l'existence de principes processuels communs. La présente étude consistera à établir, en premier lieu, la participation des règlements amiables dans le développement de l'offre de justice, et ce, à travers leur processualisation (**Première partie : Enrichissement de l'offre de justice par la processualisation des règlements amiables**). En second lieu, et en conséquence, il sera question d'opérer une analyse précise de l'application des principes du procès équitable en leur sein, pour en constater une adaptabilité inhérente au contexte de l'amiable (**Deuxième partie : Adaptabilité des principes du procès équitable aux règlements amiables**).

¹⁹³ Le droit processuel général sera ainsi envisagé, et certaines procédures spéciales serviront l'étude de manière secondaire.

PREMIERE PARTIE : ENRICHISSEMENT DE L'OFFRE DE JUSTICE PAR LA PROCESSUALISATION DES REGLEMENTS AMIABLES

55. Les règlements amiables comme « enjeux » dans la transformation du système de justice. Depuis la loi du 8 février 1995¹⁹⁴, les règlements amiables n'ont cessé de se développer. Ils participent au bon fonctionnement du système juridique et sont même considérés comme « un enjeu majeur de la justice au XXI^e siècle »¹⁹⁵. Les réformes et propositions de loi poursuivent ainsi leur objectif de promotion des règlements amiables. En ce sens, et postérieurement à la proposition de loi enregistrée à la Présidence du Sénat le 13 septembre 2021 qui visait « à développer le recours à la médiation »¹⁹⁶, la réforme opérée par la récente loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire¹⁹⁷ et le décret n° 2022-245 du 25 février 2022 favorisant le recours à la médiation¹⁹⁸ vient compléter l'architecture de l'amiable.

Près de trente ans après l'introduction des modes amiables de résolution des différends dans le corpus juridique français, une évolution peut-elle être constatée ? Alors que les propositions de loi évoquent encore l'ambition d'un développement, il est nécessaire de faire le point sur la reconnaissance acquise par ces « autres » modes de règlement des différends. Il ne s'agit donc plus d'un effet de mode, mais bien d'un mouvement plus général de recherche de nouvelles méthodes de gestion des contentieux mieux adaptées aux besoins des justiciables. L'inadéquation des réponses traditionnelles apportées entraîne des critiques et des inquiétudes. Ainsi que le souligne un sondage CSA Research effectué du 30 août au 2 septembre 2021 à la demande de la commission des lois du Sénat¹⁹⁹, les Français ne cessent de douter de leur justice.

¹⁹⁴ L. n° 95-125 du 8 févr. 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, préc.

¹⁹⁵ Proposition de loi n° 1750 visant à développer et encadrer la médiation judiciaire et la médiation conventionnelle, Ass. nat., 6 mars 2019.

¹⁹⁶ Proposition de loi n° 820 visant à développer le recours à la médiation, Sénat, 13 sept. 2021.

¹⁹⁷ L. n° 2021-1729 du 22 déc. 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire, préc.

¹⁹⁸ Décr. n° 2022-245 du 25 févr. 2022, préc.

¹⁹⁹ À cet égard, le 27 sept. 2021, Messieurs Gérard LARCHER, président du Sénat, et François-Noël BUFFET, président de la commission des lois, ont organisé une Agora de la justice sur le thème « Retrouver confiance en la justice ». Les propositions présentées évoquent un développement des règlements amiables afin de régler les différends.

Ils critiquent sa lenteur et sa complexité. À cet égard, les réformes successives tentent de favoriser le sentiment d'accès à la justice des usagers de ce service public et l'adhésion à l'État de droit. Les règlements amiables sont en effet capables de répondre à divers enjeux actuels, tels que garantir un meilleur accès à la justice et assurer la qualité et l'efficacité du système de justice dans son ensemble.

Si la France, à l'inverse d'autres pays notamment anglo-saxons, connaît une culture du conflit valorisant davantage l'affrontement que la négociation, les pouvoirs publics ainsi que les tribunaux cherchent à développer et à diffuser la « culture de l'amiable »²⁰⁰. L'urgence d'un changement constitue une force capable de transformer le paysage. Aussi, « la conciliation et la médiation méritent d'être placées au cœur de l'idéal de justice et du système judiciaire »²⁰¹. Les diverses innovations législatives à ce sujet font ainsi l'objet de réels débats d'idées et sont influencées par divers modèles. La France consacre, depuis lors, un véritable accès à la justice en offrant aux justiciables divers moyens pour parvenir à la résolution du différend en cause. Ce contexte tend à s'interroger sur les contours et les soubassements de cette évolution en vue de la consécration des règlements amiables en France. Malgré leurs atouts, se pose encore la question de leur place au sein de l'institution. Il est ainsi nécessaire de s'interroger sur le rapport entretenu entre les règlements amiables et les règlements contentieux. Sont-ils en concurrence, en situation d'opposition avec la justice traditionnelle étatique ou, *a contrario*, se développent-ils conjointement à cette dernière ? En effet, à l'instar des propositions qui découlent du rapport Magendie-Thony²⁰², doivent-ils être considérés comme un enrichissement de la justice ou comme un substitut de celle-ci ? Autant de questions qu'il paraît utile d'aborder afin de pouvoir évaluer leur reconnaissance et leur immersion dans le système juridique français.

56. Pour un meilleur accès à la justice. L'essor des règlements amiables permet de répondre à de nombreux enjeux actuels, tels que « garantir un meilleur accès à la justice, la qualité et l'efficacité du système judiciaire » et « développer une justice socialement responsable fondée sur la liberté, l'égalité des parties, leur responsabilité et leur participation à la justice par une solution adaptée et acceptée, ainsi que le respect d'un protocole d'accord »²⁰³. En effet, ils participent au développement de l'offre de justice. En tant que justice pacifiée, ils

²⁰⁰ V. not. Rapp. de la Cour d'appel de Paris de mars 2021, « La promotion et l'encadrement des modes amiables de règlement des différends », disponible sur : https://www.mediateurseuropeens.org/images/RAPPORT_PROFESSEURE_LASSERRE.pdf.

²⁰¹ *Ibid.*

²⁰² J.-Cl. MAGENDIE et J.-F. THONY, *Célérité et qualité de la justice. Les conciliateurs de la justice*, Paris, La Documentation française, 2010, 130 p. – V. aussi le rapp. J.-C. MAGENDIE, *Célérité et qualité de la justice. La médiation : une autre voie*, 2008, 100 p.

²⁰³ *Ibid.*, p. 11.

permettent aux justiciables de s'engager dans la voie procédurale la plus adaptée à la résolution de leur différend. Ils ont ainsi investi le système de justice aux côtés des procédures traditionnelles étatiques, ce qui met en exergue un véritable pluralisme (Titre 1) permettant d'assurer le respect du droit d'accès à la justice (Titre 2).

TITRE 1 : DU PLURALISME DE LA JUSTICE

57. Un changement dans la façon de rendre la justice. Si le terme « justice » est un de ceux qui peuvent comporter le plus de sens différents²⁰⁴, il sera nécessairement envisagé dans celui de rendre la justice et donc dans sa fonction de préserver la paix publique²⁰⁵. Or, comment rendre justice à tout un chacun ? Ainsi que le soulignait BECCARIA, « si le plaisir et la douleur sont les moteurs des êtres sensibles »²⁰⁶, il demeure « impossible de prévenir tous les désordres dans le combat universel des passions humaines »²⁰⁷. Afin d'encourager la paix sociale et l'apaisement, l'art législatif incite à reconsidérer le système juridique actuel par le biais d'une réflexion relative aux différentes manières de résoudre les différends au sein de la société. Force est de constater que l'inconscient collectif est fortement imprégné par le modèle de justice traditionnel étatique. Le juge est la figure prédominante dans le système juridique français. Pourtant, nonobstant cette culture contentieuse, une réelle volonté de développer l'offre amiable a émergé dans les esprits et dans les textes juridiques. Ainsi, dans le cadre d'une politique dynamique de développement des règlements amiables, la justice fait montre d'une évolution certaine. La justice n'est plus rendue seulement par l'autorité et le glaive du juge. Elle l'est également par le biais de la poignée de mains, symbole de l'accord trouvé entre les parties. Le lien social, brisé par l'existence d'un différend, peut être restauré par un jugement ou par un accord amiable.

Faisant œuvre commune, les règlements amiables et les règlements contentieux méritent d'être considérés équitablement. À ce titre, les contours du droit processuel interrogent. Le rapport entre ce dernier, considéré comme l'étude des différentes procédures par lesquelles se

²⁰⁴ En effet, la justice constitue à la fois une activité, un ensemble d'institutions et un idéal philosophique et moral. En tant que service public, tout d'abord, elle a une fonction d'utilité collective et sociale. Il s'agit d'une fonction de l'État pour la satisfaction des besoins de la collectivité nationale. Elle est en ce sens au service de l'intérêt général, et plus précisément des justiciables. Dès lors, et pour ce faire, la justice peut également désigner les divers organes auxquels la souveraineté nationale a officiellement délégué le pouvoir d'interpréter la loi et d'en assurer l'application par l'exercice de la faculté de distinguer le juste et l'injuste. Enfin, la justice est une valeur, une vertu, un idéal moral dont la caractérisation paraît à la fois instinctive et complexe. « Instinctive » dans le sens où le sentiment du juste et de l'injustice s'impose à l'Homme, et ce par le biais de la raison dont il est doté. « Complexe » en raison de la difficulté à établir les critères du juste (Cf. Chap. 2). Cette confusion confirme l'affirmation selon laquelle la question initiale de savoir ce qu'est la justice est bien « l'éternelle question de l'Humanité » : H. KELSEN, « Qu'est-ce que la justice », *Markus Haller*, 2012, p. 29.

²⁰⁵ P. RICOEUR, *Le Juste*, éd. Esprit, 1995, spéc. p. 185 et s. À n'en pas douter, cette finalité du jugement, de préserver la paix publique, s'illustre par la restauration du lien social brisé par l'existence d'un litige.

²⁰⁶ C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, préf. et trad. P. AUDEGEAN, éd. Pavot & Rivages, Coll. « Rivages poche », 2014, § VI, p. 67.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 64.

réalise la finalité de la justice, et les règlements amiables doit être apprécié. Or, le droit processuel est désormais fortement influencé par le droit au procès équitable établi par l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et libertés fondamentales. L'influence considérable de la Convention européenne des droits de l'homme, ratifiée par la France en 1974, a, en effet, bouleversé au fil des années les principes régissant le déroulement du procès français. Alors que « l'intérêt de la médiation est également de permettre aux justiciables de se réappropriier le procès, d'en devenir des acteurs responsables, de porter eux-mêmes leur parole et d'écouter celle de l'autre, de se comprendre mutuellement, d'aborder l'entièreté du conflit aussi bien dans ses aspects économiques, relationnels, psychologiques que sociaux »²⁰⁸, se pose nécessairement la question de l'application du modèle universel du procès équitable à ces règlements amiables de résolution des différends.

À l'instar d'un syllogisme, si les règlements amiables sont liés au droit processuel (Chapitre 1) et que ce dernier est sous le patronage du modèle de procès équitable, alors les règlements amiables ont également recours à ce modèle processuel (Chapitre 2).

²⁰⁸ Proposition de loi n° 820 visant à développer le recours à la médiation, Sénat, 13 sept. 2021.

CHAPITRE 1 : ATTRACTION DES REGLEMENTS AMIABLES PAR LE DROIT PROCESSUEL

58. Entre contraste et convergence des différents modes de résolution des différends. Si lointains, mais pourtant si proches ; tels pourraient être perçus les règlements amiables et les règlements contentieux. Au premier abord, la résolution d'un différend à l'amiable fait sens avec une certaine convivialité, un partage entre des individualités et un dialogue comportant un flot de paroles contradictoires. *A contrario*, le contentieux renvoie à l'image d'un combat, dont l'objectif serait de ressortir gagnant, sinon vivant. Bien que ce constat souligne les différences et renforce les identités de chaque procédure de règlement des différends, la dialectique pourrait être en mesure de dévoiler l'interaction entre ces éléments antagonistes. Seul ce processus d'engendrement réciproque serait d'ailleurs apte à résoudre la complexité inhérente à l'objectif de justice.

59. À l'image de la répulsion des pôles de deux aimants qui se trouve résolue par leur seule disposition, la vision qui peut en ressortir ne serait-elle pas d'appréhender le système autrement ? Finalement, et dans une large mesure, cette répulsion ne serait-elle pas synonyme d'une ressemblance entre ces différentes formes permettant de résoudre le différend ? La science démontre, en effet, que ce n'est que par le passage des lignes de champ de deux pôles distincts que l'attraction pourra s'opérer ; la complémentarité est dès lors synonyme de réalisation.

De même, si l'attraction est plus élevée encore que la répulsion de deux pôles identiques, le lien entre les différents modes de résolution de différends ne pourra qu'agréer à une justice fortifiée, adaptée aux évolutions sociétales. La diversité qui envahit le milieu juridique transparaît tel un progrès du droit²⁰⁹. Avec pour objectif de résoudre un différend, la justice s'illustre par le biais de diverses voies empruntables : la voie contentieuse – la voie première, grandiose et conquérante – et « cette autre voie », pour paraphraser l'intitulé du rapport Magendie consacré à la médiation²¹⁰, relative aux règlements amiables.

²⁰⁹ Si, comme le soulignait le Doyen CARBONNIER, « il est devenu une habitude mentale que d'identifier le progrès des sociétés au progrès du droit » (*Flexible Droit*, 10^e, LGDJ, 2014, p. 16), les avancées du droit sont nécessairement appréciées selon les dogmatiques inhérentes aux époques.

²¹⁰ J.-C. MAGENDIE, *Célérité et qualité de la justice. La médiation : une autre voie*, préc., 100 p.

Le lien gouvernant cette diversité réside dès lors dans la finalité de la démarche. Les routes empruntées seront évidemment différentes, à chacune ses obstacles, ses périodes sinueuses ou propices à l'avancement ; mais quelles qu'elles soient, des guides seront nécessaires afin de parvenir au but recherché. Ces indicatifs primordiaux à leur efficience devront être considérés selon les besoins et les attentes de chacun. Plus qu'adaptés à chaque voie, ils seront adaptés aux époques, aux idéologies et à la société tout entière. La société n'est pas figée, elle s'améliore, s'obscurcit, se renouvelle. Dès lors, si les hommes doivent nécessairement se soumettre à la justice pour un bien-être commun, la justice considère et s'instruit du vécu des hommes. C'est ainsi que cette autre voie de résolution des différends, plus simple, moins coûteuse, et souhaitée par les justiciables se développe dans l'enceinte judiciaire. Au regard des mutations acceptées par la justice française, le droit processuel s'est renouvelé dans son ensemble (Section 1). Délaissant la vision archaïque d'un droit strict, descriptif, voire rébarbatif, le droit processuel s'engage désormais autrement que par la pure contrainte. Son domaine s'est élargi par le biais de l'intégration des règlements amiables des différends, au sein desquels il a acquis un rôle de soutien (Section 2).

Section 1. Justice française en mutation et droit processuel renouvelé

60. Une société de changement. Si l'État a toujours occupé, dans la science et la culture juridique, une place centrale²¹¹, force est de constater que la puissance suprême lui étant attribuée a été, depuis lors, reconsidérée²¹². L'ordre juridique étatique ancien – qui imposait sa suprématie en concentrant entre ses mains le pouvoir de contrainte – a laissé place à une nouvelle architecture dont les évolutions sociétales n'ont fait qu'apporter une pierre moderne aux fondements préétablis de l'édifice. Cet art nouveau a été tenu de concevoir un espace organisé par le respect de règles classiques, nouvelles, de forme, et d'agencement. Les mutations sociales ont été telles que la société contemporaine est entrée dans une nouvelle ère, celle de la « postmodernité »²¹³. Dès lors que le contexte socio-historique de la modernité serait

²¹¹ Pour une historicité du phénomène étatique v. not. J. FOYER et a., *Histoire de la justice en France. Du XVIII^e siècle à nos jours*, 5^e éd., PUF, Coll. « Droit fondamental », 2016, 1296 p. ; J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 3^e éd., PUF, Coll. « Droit fondamental », 2014, 542 p. ; Adde B. BADIE et P. BIRNBAUM, *Sociologie de l'État*, Paris, Grasset, 1979, 251 p.

²¹² V. not. F. POIRAT, v^o « État », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Coll. « Quadrige », 2003, pp. 642-648.

²¹³ J. CHEVALLIER, « Vers un droit postmoderne ? », in J. CLAM et G. MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, Coll. « Droit et société », 1998, pp. 21 s.

entré en crise, une nouvelle configuration juridique se devait d'être envisagée afin de corriger les dérives du système. Qu'il soit perçu comme une amélioration de la modernité – une hyper-modernité²¹⁴ – ou son antithèse – une anti-modernité²¹⁵ – le nouveau concept de « postmodernité » en est un héritage historique. La conception moderne ne peut rester lettre morte et mérite d'être prise en considération.

Les idéaux d'une époque sont si souvent bousculés que le droit ne peut rester figé. Le droit ne se réduit pas à « un ensemble de règles régissant la conduite des membres d'une société »²¹⁶. Il revêt une valeur d'autant plus universelle et sa richesse se perçoit à travers ses origines, ses applications, ses fonctions, ses mécanismes, et ses conséquences. À ce titre, il évolue au rythme de la société. Si l'État n'était jusqu'alors soumis à aucune autre puissance, il doit désormais composer avec diverses influences extérieures comme intérieures. Ainsi consent-il à des abandons de sa souveraineté et organise sa propre mise à distance²¹⁷. À l'instar des interrogations du professeur CAILLOSSE sur le point de savoir s'il était possible de penser la justice en dehors de l'État²¹⁸, Monsieur le professeur Loïc CADIET présentait les différentes concurrences auxquelles le droit de l'État et, en conséquence, la justice étatique doivent faire face : « par le bas », en raison du développement des procédures négociées, et « par le haut », en raison de la constitution progressive d'un ordre juridique supra-étatique²¹⁹. L'émergence d'une production plurielle du droit – qu'il s'agisse du droit élaboré par des cocontractants, ou du droit venu d'ailleurs – contribue en effet à minorer la place de l'État au sein de notre système juridique²²⁰.

61. Constat d'un double phénomène. Fort de son attractivité, le phénomène de contractualisation a innervé nombreux domaines du droit, notamment celui de la justice (§1).

²¹⁴ Cette modernité plus authentique résoudrait les dangers de la société moderne, analysés par C. TAYLOR, *Le malaise de la modernité*, Cerf, 1992.

²¹⁵ Dans un rejet absolu de la prééminence de la Raison et de la preuve scientifique, l'ordre et la simplicité cèdent leur place à la complexité et à l'indéterminisme, v. J. CHEVALLIER, *op. cit.*, pp. 23-24.

²¹⁶ P. MITCHELL et a., *Le grand livre de la justice. Une histoire mondiale des lois*, Dorling Kindersley, Prisma, 2021, p. 12.

²¹⁷ L. CADIET, « Propos introductifs : faire lien » in S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, 2008, p. 179 ; *Id.*, J. NORMAND et S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, *op. cit.*, n° 103, pp. 222-223.

²¹⁸ J. CAILLOSSE, « En guise de conclusion : peut-on penser la Justice en dehors de l'État ? », in L. CADIET et L. RICHER (dir.), *Réforme de la justice, réforme de l'État*, PUF, 2003, pp. 313-331.

²¹⁹ L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, *op. cit.*, p. 223.

²²⁰ Cette réalité plurielle des manifestations du droit a été régulièrement constatée et théorisée par la sociologie du droit. GURVITCH observait déjà que « dans les sociétés industrielles, d'innombrables centres générateurs de droit, d'innombrables foyers autonomes de droit, viennent rivaliser avec le foyer proprement étatique », v. J. CARBONNIER, *Flexible droit*, 10^e éd. LGDJ, 2014, p. 19. Le Doyen CARBONNIER en conclut dès lors « que l'on n'a pas *a priori* affaire, sur un territoire donné, à un seul droit qui serait l'étatique, mais à une pluralité de droits concurrents, étatiques, infraétatiques, supraétatiques ».

Pour autant, cette volonté de donner davantage d'autonomie aux individus s'est nécessairement accompagnée d'un mouvement de protection contre les atteintes extérieures. Ainsi, les droits fondamentaux ont pris une importance d'autant plus considérable sous l'influence de l'ordre supranational en construction, et par le biais de la fondamentalisation (§2).

Paragraphe 1 : Contractualisation de la justice

62. Définition et enjeux. Définir revient à analyser et transmettre une image avec une finesse de précision telle qu'elle permet alors de cerner toute la complexité. Aussi est-il question d'apprécier, autant que faire se peut, les contours et les soubassements de cette notion si particulière qu'est la contractualisation pour en comprendre le phénomène. Inspiré par une idéologie significative selon laquelle le recours au contrat est une œuvre de cohérence et d'harmonisation des rapports humains²²¹, le mouvement de contractualisation mérite d'être appréhendé dans sa globalité. Ainsi que l'avait énoncé Monsieur Ronald H. COASE en décembre 1991 à l'occasion de la cérémonie de son Prix Nobel, « le processus de contractualisation doit être étudié dans le monde réel »²²². Cet appel participe en effet d'un élan général visant à préciser la compréhension des pratiques contractuelles et leur dynamique. Aussi seront étudiés tant le phénomène de contractualisation en lui-même (A) que ses enjeux (B).

A) Le phénomène de contractualisation

63. Le déploiement de la contractualisation. Si la contractualisation a déjà fait l'objet de multiples études²²³, la nouveauté tient au fait que le phénomène s'est considérablement diversifié dans la période contemporaine. Elle peut être perçue comme la « substitution d'un

²²¹ « Le contrat contribue à tisser le lien social et concourt à l'intérêt social » : D. DEROUSSIN, « Le contrat à travers le Code civil des Français », *Histoire de la justice*, vol. 19, n° 1, 2009, pp. 247-289 – Dans l'Ancien droit, le respect de la parole donnée (exigé par la parole chrétienne) et le développement des échanges impliquent une mise en lumière de l'intérêt du contrat. DOMAT et POTHIER oriente ainsi le Code civil vers une conception volontariste : v. J. GHESTIN, v° « Contrat », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., pp. 276-281 — v. aussi G. ROUHETTE, *Contribution critique à l'étude de la notion de contrat*, thèse, Paris, 1965, qui négligeait la référence à la volonté des parties et analysait le contrat en « un acte productif de normes bilatérales, c'est-à-dire liant deux centres d'intérêt ».

²²² R.H. COASE, 1992, p. 718.

²²³ V. not. S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ (dir.), *La contractualisation de la production normative*, op. cit., et, pour une étude précise des origines et des causes de ce phénomène, la contribution de S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ, « Le système juridique français à l'ère de la contractualisation », in op. cit., pp. 3 et s.

mode conventionnel de règlement fondé sur la concertation et la négociation à un mode unilatéral de décision procédant d'une autorité (administration, juge) »²²⁴ ou comme « l'intrusion » du contrat dans des domaines qui échappaient traditionnellement au libre jeu des volontés privées²²⁵. À cet effet, elle prône l'effacement de l'unilatéralité au profit d'un développement du lien social à travers le contrat.

Ce phénomène de grande ampleur, vecteur de cohésion au sein des sociétés modernes, a innervé le droit positif et ses différentes branches²²⁶. Son déploiement a été tel que la tendance est, depuis quelques décennies déjà, à rechercher la justice par le biais du contrat. Le phénomène de contractualisation révèle ainsi l'ambition de promouvoir une justice participative, où le citoyen devient acteur de la résolution de son différend. Il a ainsi participé à la naissance d'un véritable engouement pour la contractualisation des modes de règlement des litiges. Cette manifestation de la contractualisation permet de se défaire d'une décision unilatérale, inscrite dans une relation verticale (justice étatique-citoyens). Elle offre la possibilité de préférer la norme contractuelle négociée entre parties en conflit, adhérant à une relation horizontale. La contractualisation de la justice permet ainsi de mieux prendre en considération la mesure du champ des possibilités proposées par le contrat²²⁷. En effet, au-delà de son acception classique, le contrat fournit un modèle de production efficient à la résolution d'un différend. Pourtant, malgré ses bienfaits (1.), l'émergence du phénomène de contractualisation n'a pas reçu que des critiques positives au regard de sa complexité (2.).

1. Bienfaits du phénomène de contractualisation

64. La montée en puissance du contrat. La célébration du contrat a connu une recrudescence dans un système pourtant reconnu comme institutionnalisé. Le système positif français reposait, en effet, sur la prééminence de la loi et la prépondérance des sources

²²⁴ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire Juridique, op. cit.*, v° « Contractualisation ». Cette idée de substitution était déjà évoquée par le grand juriste et historien anglais Henry James Sumner MAINE qui interprétait, dans son ouvrage majeur *Ancient law*, publié en 1861, l'histoire du droit en occident comme le passage du statut au contrat.

²²⁵ P. ANCEL, « Contractualisation », in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, pp. 231-236.

²²⁶ À ce titre, v. G. CHANTEPIE, « La contractualisation du droit privé », *RFDA*, 2018, p. 10 ; S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, « La contractualisation du droit de la famille » *RTD civ.*, 2016, p. 773 ; M. GERMAIN, « La contractualisation du droit des sociétés », in I. URBAIN-PARLEANI et P.-H. CONAC (dir.), *Regard sur l'évolution du droit des sociétés depuis la loi du 24 juillet 1966*, Dalloz, Coll. « Thèmes & commentaires », 2018, p. 33 ; E. DOCKES, G. AUZERO, D. BAUGARD, *Droit du travail*, Dalloz, Coll. « Précis », p. 22 ; A. ROSA, « La contractualisation et le contribuable », *RFDA*, 2018, p. 236 ; ou encore V. MONTEILLET, *La contractualisation du droit de l'environnement*, Dalloz, Coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », vol. 168, 2017, 732 p.

²²⁷ S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ, « Le système juridique français à l'ère de la contractualisation », art. préc., p. 17 : « le modèle contractuel s'imposant au stade de la production de la norme ou de sa sanction ».

nationales. Or, la période de l'après-guerre se traduit par une volonté commune de transformation sociale. Une évolution est perceptible, tant par l'internationalisation et la promotion des échanges, que par les revendications des citoyens qui aspirent à davantage de libertés. Les liens qui animent les individus se multiplient et font appel à une harmonisation sociale.

Cette détermination à transformer le paysage juridique de la société est motivée par l'association de deux sortes de liens : la loi et le contrat. Si la loi, appréhendée par ses textes, s'impose à tous, indépendamment de la volonté de chacun, le contrat prévoit un libre accord avec autrui. Chacun est ainsi tenu tant par la norme générale que par les engagements pris en son nom. Derrière cet engouement à la contractualisation de la justice, se pose nécessairement la question de savoir quels sont les intérêts à choisir le support du contrat pour résoudre un différend.

65. Contrat et force normative. Choisir le support du contrat permet de profiter de sa force normative. L'article 1103 du Code civil dispose en effet que « les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits »²²⁸. Cette assimilation du contrat à la loi – qui était déjà évoquée au sein du premier alinéa de l'article 1134 du Code civil dans sa rédaction de 1804 – a ainsi été consacrée dans un article unique par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats²²⁹. La portée de cette disposition se perçoit notamment à travers le célèbre adage *pacta sunt servanda*²³⁰, qui fait prévaloir l'impérativité du contrat. Les engagements synallagmatiques résultant de l'accord des volontés sont la loi des parties. La force obligatoire reconnue au contrat fige ainsi la loi contractuelle²³¹. Plus précisément, la loi contractuelle entre en vigueur au jour de la conclusion du contrat, date à laquelle « elle devient exécutoire »²³².

Alors qu'il aurait été cohérent de voir apparaître ce nouvel article, siège de la force obligatoire des contrats, dans la sous-section intitulée « force obligatoire », le Gouvernement a fait le choix de le placer dans le chapitre contenant les dispositions liminaires²³³. Cette nouvelle

²²⁸ C. civ., art. 1103 (art. 1134 anc^l).

²²⁹ Ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016, art. 2, en vigueur le 1^{er} oct. 2016.

²³⁰ Classiquement traduit par « les pactes doivent être respectés ». Cet adage de droit canonique est fondé sur l'obligation morale du respect de la parole donnée. Il a notamment été repris par l'École du droit naturel analysant la volonté comme source du droit avant d'être consacré par le Code civil : v. J. HILAIRE, *Adages et maximes du droit français*, 2^e éd., Dalloz, 2015, p. 165.

²³¹ G. CHANTEPIE, « Contrat : effets », *Rép. Civ. Dalloz*, janv. 2018 (actualisation : déc. 2020), spéc. nos 9 et 41. – v. aussi F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Cours de droit civil. Contrats. Théorie générale – Quasi-contrats*, 2014, PUF, n° 148, p. 264 : « Il y a bien une loi contractuelle, qui ne se confond ni avec la loi du prince, ni avec la loi du juge, ni même avec le contrat lui-même en tant qu'acte fondateur ».

²³² F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *op.cit.*, n° 168.

²³³ Cf. introduction n° 40.

numérotation traduit une place essentielle dans le code et dévoile ainsi une réelle montée en puissance du contrat, qui a force de loi entre les parties.

66. Contractualisation et légitimité consensuelle. Le contrat, dont l'essence est de rassembler et de réunir deux ou plusieurs parties afin de conclure un accord, est la finalité d'un processus négociationnel²³⁴. Ainsi assimilé à l'aboutissement de la négociation et de la concertation des parties, qui ont pu défendre et revendiquer leurs intérêts respectifs, il n'est autre que l'acceptation réellement consentie par les destinataires de la norme. Les parties élaborent les normes auxquelles elles vont se soumettre. La solution qui en découle apparaît davantage légitime du fait que les parties l'aient expressément acceptée. Dans le contexte propre à la résolution des différends, la libre détermination et l'autonomie des parties dans la conclusion de l'accord font alors état d'une élaboration participative du règlement du différend. La contractualisation prône en ce sens l'évolution vers une démocratie participative.

Aux côtés de la légitimité procédurale du contrat, qui repose sur l'individualisation de la solution et d'une adaptabilité renforcée, les procédés contractuels mettent également en évidence une légitimité consensuelle, qui repose sur « l'idée selon laquelle la règle, pour être légitime, a besoin de l'onction du consentement de celui à qui elle s'applique »²³⁵. Cette légitimité reconnue au contrat lui donne une valeur d'autant plus forte. En effet, l'acceptation du contenu de l'accord par son destinataire ne sera pas seulement formelle, tel est le cas pour les textes législatifs et réglementaires ou pour les décisions de justice, mais réelle²³⁶. Les parties vont donner leur assentiment personnel à la consolidation d'un droit émanant de leur volonté expresse. Dans le cadre des règlements amiables des différends, la solution juridique qui en ressort est ainsi établie par et pour les parties.

67. Contractualisation-libéralisation. Conduisant à « un monde émancipé où l'Homme ne porte pas d'autres chaînes que celles qu'il se fixe à lui-même »²³⁷, la contractualisation est synonyme de progrès²³⁸. Longtemps perçu comme un instrument d'émancipation de l'ordre juridique étatique, le contrat a désormais une tout autre portée.

²³⁴ Pour reprendre la citation des professeurs F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Cf. supra* nbp n° 231.

²³⁵ P. LOKIEC, « Contractualisation et recherche de légitimité procédurale », in S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, Coll. « Thèmes et commentaires », 2008, pp. 97-98 ; v. égal. M. AMILHAT, « Contractualisation, négociation, consensualisme : nouvelles approches du droit public » in Actes du colloque organisé les 23 et 24 mars 2017 par l'université de Lille Droit et Santé, *RFDA*, 2018, p. 1.

²³⁶ G. CHANTEPIE, « La contractualisation en droit privé », *RDFP*, 2018, p. 10.

²³⁷ A. SUPIOT, « La contractualisation de la société », art. préc., p. 52.

²³⁸ V. L. BOURGEOIS, *Solidarité*, Paris, 3^e éd., Armand Colin, 1896, rééd. 1902, p. 132 : l'auteur, qui a popularisé la notion de solidarité dans la philosophie politique française, caractérisait la modernité par le fait que le contrat y serait devenu « la base définitive du droit humain ».

Au-delà d'une émancipation proprement dite, qui ne créerait qu'une hiérarchie entre les deux sources du droit que sont la loi et le contrat, mieux vaut parler d'une libéralisation. Les justiciables sont libres de consentir et de s'entendre sur les différends qui les préoccupent. Autonomes, ils ne sont plus liés par les paroles du juge et délaissent toute forme d'hétéronomie²³⁹. La contractualisation de la justice offre une indépendance aux parties vis-à-vis de l'État pour faire œuvre de justice ensemble, par le biais d'un accord. La promotion de ce bienfait suprême qu'est la liberté consiste à offrir à l'individu la pleine maîtrise de lui-même. Or, malgré cet idéal de libéralisation de tout un chacun, ce mouvement de contractualisation – mettant en exergue la dichotomie entre les normes imposées et les normes négociées – a créé certaines inquiétudes. En ce sens, Monsieur Ignatio RAMONET énonce notamment que « nous sommes en train de passer de formes de pouvoir autoritaires, hiérarchiques, verticales à des formes négociées, réticulaires, horizontales, consensuelles, plus civilisées, mais plus complexes »²⁴⁰.

2. Complexité du phénomène de contractualisation

68. Remise en cause du modèle hiérarchique. À l'ère du développement de la réponse contractuelle, le système juridique a été modifié et la question du déclin du modèle hiérarchique et traditionnel français s'est posée. Si l'offre de justice se développe au-delà du prisme de la loi, par le biais de ce mouvement de contractualisation, certains redoutent l'anarchie et évoquent une menace de l'intérêt général. La singularité du problème réside dans le fait que le contrat, qui peut représenter le remède contre la rigidité et le conservatisme de l'État, pourrait également être perçu comme le poison qui créerait la discorde au sein de la société. Cette perception du contrat peut être illustrée par la dualité antique provenant de la racine grecque « pharmakon²⁴¹ ». Le mal serait littéralement dans le remède sous forme de menace diffuse.

69. La loi, eu égard à son rôle d'organisation sociale et à son caractère impératif, est l'expression de la volonté générale. *A contrario*, le contrat est propre aux parties qui ont consenti au périmètre précis de son application. Telle est la résultante de l'effet relatif du contrat. L'article 1199 du Code civil précise que « le contrat ne crée d'obligation qu'entre les

²³⁹ Ainsi Monsieur le professeur Alain SUPLOT énonçait-il : « Dire que la société se contractualise, c'est dire que la part des liens prescrits y régresse au profit des liens consentis ou, en termes savants, que l'hétéronomie y recule au profit de l'autonomie » (art. préc., p. 51).

²⁴⁰ I. RAMONET, *Géopolitique du chaos*, Paris, Gallimard (Folio), 2001, pp. 7-8.

²⁴¹ Ce terme, appartenant à l'origine au registre de la médecine, est devenu un objet de pensée.

parties »²⁴². Cette participation active des citoyens, dans la création de leurs propres normes et dans l'appréciation de leurs propres litiges, anéantirait ainsi la prise en considération globale de la société et des difficultés auxquelles elle fait face²⁴³. L'intérêt de chacun serait considéré au détriment de l'intérêt de tous, qui ne serait alors que secondaire. C'est ainsi que l'évolution du contractualisme et la généralisation des contrats singuliers vont à l'encontre du modèle rousseauiste, selon lequel il est nécessaire de renoncer radicalement au moi naturel, qui ne pense qu'à lui et n'agit que pour lui. En effet, le « grand contrat » est en péril au regard du phénomène d'arborescence des contrats individuels. Le développement exponentiel du recours à l'outil contractuel aurait un véritable impact sur la loi, qui se voit dépossédée de ses règles substantielles au profit de règles de négociation. L'ordre juridique fondé sur la norme, dont le commandement n'est autre qu'impératif et unilatéral, est alors remis en cause²⁴⁴. Les citoyens renoncent à cet épiscopat de souveraineté d'où se propageraient les règles juridiques à respecter. Ils prônent le développement et la multiplicité des rapports de force entre individus, inhérents aux domaines dans lesquels ils interviennent, et s'affirment dans les prises de décisions qui les concernent²⁴⁵. En ce sens, les tentatives de conceptions de théories alternatives mettent en évidence un affaiblissement de la figure de l'État. L'État est dépossédé de ses fonctions premières par les citoyens eux-mêmes²⁴⁶. Il s'incline face à une contractualisation de la justice et assiste à une dégénérescence de sa fonction régaliennne de rendre la justice. La société civile prend ainsi davantage de place tant dans l'élaboration²⁴⁷ que dans la mise en œuvre du droit.

²⁴² L'ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016 a, en effet, permis de clarifier l'énoncé de ce principe de l'effet relatif des contrats. L'alinéa 2 de l'art. 1199 dispose que « les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter, sous réserve des dispositions de la présente section et de celles du chapitre III du titre IV ». Ainsi, le contrat administre une situation purement individuelle aux cocontractants. Toutefois, l'art. 1200 du Code civil précise que les tiers doivent « respecter la situation juridique créée par le contrat », ce « qui illustre le rayonnement de la force obligatoire au-delà de la sphère contractuelle », M. LATINA, « Contrat : généralités – Principes directeurs du droit des contrats », *Rép. Civ. Dalloz*, mai 2017 (actualisation : Février 2020), n° 144.

²⁴³ Cela se perçoit notamment dans le bouleversement des données fondamentales protégées tant par la matière pénale – qui préserve les intérêts supérieurs de la société par la répression – que par la matière administrative au sein de laquelle l'administration poursuit le bien public.

²⁴⁴ Une transformation profonde de l'art législatif est ainsi perceptible, et ce, en raison d'un mouvement de relativisation de la place du législateur. Le Maître de la justice perd son monopole et doit composer avec d'autres formes d'expression de la volonté générale. La multiplication des producteurs de droit favorise la contractualisation. Ainsi, et parallèlement, il en est de même concernant l'autorité du juge.

²⁴⁵ Dès lors, « le développement des MARC et de la médiation peut aussi être analysé comme un mode indirect de patrimonialisation des conflits et, partant, de réappropriation de ceux-ci par les plaideurs », A. ADELIN, « Déjudiciariser les conflits : les enjeux de la médiation », *Encyclopedia Universalis, Universalis* 1999, p. 173 ; v. aussi C. JARROSSON, « Les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale », *RDIC*, 1997, n° 5.

²⁴⁶ En ce sens, « un abandon, par l'État, de ses prérogatives régaliennes », L. CADIEU, J. NORMAND et S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès, op. cit.*, n° 110, p. 242.

²⁴⁷ Cf. affaiblissement du législateur évoqué *supra* n° 244.

70. Cette justice privée, non-étatique, par le biais du contrat, conduit ainsi à une individualisation de la norme juridique. Le droit s'individualise en distinguant les personnes et les situations auxquelles il s'applique. À l'image d'un libre-service de la réponse judiciaire²⁴⁸, le justiciable est amené à composer la solution à son différend qui le lie avec une autre partie de manière subjective. Or, afin de promouvoir et de développer l'offre amiable, le législateur a dédié une multitude de dispositions aux différents règlements amiables, et ce, par le biais de réformes successives²⁴⁹. À cet égard, la loi apparaît davantage désordonnée, expérimentale et donc instable. La stabilité et la clarté, propriétés inhérentes à la loi, cèdent régulièrement leur place à la confusion²⁵⁰. Cette inflation législative, dénoncée par le Doyen CARBONNIER comme « la pulvérisation du Droit en droits subjectifs »²⁵¹ illustre néanmoins une ambition de réguler le comportement de la société plus que d'asservir les hommes et de tracer les contours de leur domaine de liberté. Ainsi peuvent être perçus les enjeux de la contractualisation.

B) Les enjeux de la contractualisation

71. **Une évolution des modes de régulation sociale.** Eu égard à la volonté affirmée de la part du législateur de développer une politique de contractualisation de la justice, la négociation devient « le modèle dominant de régulation des rapports sociaux »²⁵². Le recours au contrat, comme mode de régulation de la société²⁵³, révèle un équilibrage des relations

²⁴⁸ Le concept d'un « self-service normatif », permettant à chacun de puiser sur un étalage de normes celles qui lui conviennent et d'ignorer les autres, a été introduit par le professeur LEGENDRE. En effet, évoque-t-il « la privatisation du discours de la Référence, où chacun se pose en mini-État », in *Le crime du caporal Lortie. Traité sur le Père*, Paris, Fayard, 1989, p. 66.

²⁴⁹ Cf Introduction.

²⁵⁰ Cette codification de l'amiable, que certains ont pu assimiler à un « chantier permanent » (WIEDERKEHR G., « Le nouveau Code de procédure civile : la réforme permanente », in *Mél. offerts à Jacques Béguin*, Litec, 2005, pp. 787 et s., spéc. p. 787 ; S. AMRANI-MEKKI, « La codification de l'amiable » in C. PUIGELIER et I. PETEL-TEYSSIE (dir.), *Quarantième anniversaire du Code de procédure civile*, éd. Panthéon-Assas, 2016, pp. 97-110, spéc. p. 99), a conduit « à un pullulement de textes qui crée un véritable patchwork difficile à appréhender » (S. AMRANI-MEKKI, « Les modes amiables de résolution des différends dans la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle », *Gaz. Pal.*, 2017, n° 3, p. 46).

²⁵¹ J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Paris, Flammarion, 1996, pp. 121-126. L'auteur témoigne ainsi d'un foisonnement des textes qui désolidarise la légalité du système, et qui créerait l'incohérence. Ce phénomène ne serait, dès lors, qu'un synonyme de dangerosité sociale.

²⁵² V. P. GERARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Droit négocié, droit imposé ?*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1996, 703 p.

²⁵³ Ainsi, les professeurs Madame Sandrine CHASSAGNARD-PINET et Monsieur David HIEZ reconnaissent que « le mouvement de contractualisation doit être mis en lien avec le développement du droit de la régulation, dont elle constitue un outil privilégié », in *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, 2008, p. 24. Les auteurs s'emploient pour autant à bien distinguer les deux phénomènes, dont le lien serait davantage théorique que technique « dans l'inspiration commune de la remise en cause du paradigme de la direction verticale et autoritaire », in *Approche critique de la contractualisation*, LGDJ, Coll. « Droit et société », 2007, p. 11.

sociales (ou, du moins, une nouvelle organisation des rapports sociaux). Pour ce faire, il envisage un processus de traitement des tensions dans l'espace social, de leur naissance à leur résolution. L'appréhension de la régulation des systèmes conduit nécessairement à « s'intéresser à la construction d'un ordre social »²⁵⁴. La notion de régulation « vise avant tout à reconnaître l'existence de tensions dans l'espace social et à appréhender les modalités de maîtrise de celles-ci afin de permettre le fonctionnement, l'évolution ou la pérennité de collectifs humains »²⁵⁵. Aussi, l'ambition de « dés-institutionnaliser la régulation des “conflits” »²⁵⁶ offre une certaine autonomie aux parties. Leurs comportements ne sont pas dictés par une grande logique d'ensemble. La mise en place de mécanismes d'ajustement mutuel tend ainsi à « libérer la société civile du corset dont l'État l'enserme [...] de substituer au droit d'en-haut, droit imposé par l'État, un droit d'en-bas, négocié au sein de la société civile entre les différents acteurs, au modèle de la régulation étatique de la société un modèle d'autorégulation »²⁵⁷. Il s'agit alors d'abandonner l'approche *top down*, dont le fonctionnement est rigide et ne prend que peu en compte les spécificités et les réalités du terrain, au profit d'une approche *bottom up* dont les innovations émaneraient de la base.

72. Un changement de paradigme. Un tel changement implique l'observation corrélative entre un bouleversement de la conception théorique inhérente à une certaine époque et la naissance d'un nouveau modèle dans une communauté donnée. Cela pourrait s'apparenter à une révolution, qui ne serait que la conséquence de l'évolution des mœurs et des nouveaux idéaux sociétaux. Cette renaissance permet ainsi à la société de s'adapter aux transformations auxquelles elle fait face. Dans un système de gouvernement par et pour les hommes, force est de constater un mouvement du modèle hiérarchique – dans lequel ceux-ci sont soumis à une dépendance face à la puissance de l'État – à celui du réseau²⁵⁸. Cette représentation d'un monde en interconnexion, dont les liens sont entrelacés, dévoile ce déplacement d'une organisation hiérarchique vers la relation consentie et harmonisée entre les individus.

²⁵⁴ S. ALLAIN, « La négociation comme concept analytique central d'une théorie de régulation sociale », *Négociations*, n° 2, pp. 23-40, spéc. p. 24.

²⁵⁵ *Ibid.*

²⁵⁶ B. GORCHS, « La conciliation comme “enjeu” dans la transformation du système judiciaire », *Droit et Société*, 2006, n° 62, pp. 223-256, spéc. p. 225.

²⁵⁷ L. CADIET, « Interrogations sur le droit contemporain des contrats », in *Le droit contemporain des contrats. Bilan et perspectives*, Paris, Economica, 1987, p. 7 s., spéc. pp. 11-12.

²⁵⁸ Pour une large analyse de ces transformations du droit moderne, qualifiées de « mutation génétique » (G. ZAGREBELSKY, *Le droit en douceur (Il diritto mite)*, trad. M. LEROY, Paris, Economica, 2000, p. 35), et ainsi du passage du modèle hiérarchique à celui du réseau : v. not. F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide en réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, 597 p.

De l'aspect dynamique de ce nouveau paradigme²⁵⁹ est né un rapprochement entre les faits et le droit. Le droit ne sert plus à contraindre les individus mais à répondre à leurs attentes sociales. Par cette approche plus souple de la normativité, c'est une nouvelle manière de concevoir les droits en les liants à des devoirs. En ce sens, la normativité « apparaît comme une qualité subjective, construite historiquement, en relation avec les principes de liberté et de nécessité »²⁶⁰. Elle témoigne d'une capacité d'adaptation à un contexte évolutif et, par conséquent, d'une implication des sujets dans leur assujettissement²⁶¹.

L'impact du droit se répand au-delà de sa ligne directrice et verticale afin de répondre aux besoins tant collectifs qu'individuels des citoyens²⁶². La justice s'appréhende désormais, à l'instar de son image, en termes de balance d'intérêts et d'équilibre des valeurs. La rigueur et la méthodologie précise qui étaient jusqu'alors expressément attendues sont délaissées au profit de la créativité et de l'inventivité procédurale²⁶³. À cet effet, alors qu'il n'était de justice que de l'État, une justice contractuelle, non étatique, s'est développée.

73. Une justice contractuelle. Cette expression, si équivoque soit-elle, renvoie à deux situations qui ne sont pourtant pas totalement étrangères l'une de l'autre : « la justice *dans* le contrat » et « la justice *par* le contrat »²⁶⁴. La première désigne la nécessité d'assurer l'égalité des cocontractants et le juste équilibre dans ce processus dont l'objectif est d'aboutir à un accord²⁶⁵. En ce sens, la justice contractuelle tend à procéduraliser la rencontre entre les parties

²⁵⁹ Qui se retrouve notamment dans les écrits de DIDEROT : « Un réseau est un ensemble de brins capables de développement, réunis en faisceaux. C'est la fibre elle-même qui se déploie comme un tentacule, et réagit tout entière aux sollicitations », in *Le rêve d'Alembert*, 1769, éd. De 1984, p. 49.

²⁶⁰ C. CAUVIN RENAULT, v° « Normativité. (*normativity – normatividad*) », in A. VANDELVELDE-ROUGALE et P. FUGIER, *Dictionnaire de sociologie clinique*, Toulouse, Érès, Coll. « Sociologie clinique », 2019, pp. 432-433.

²⁶¹ Monsieur Stéphane LEGRAND, philosophe spécialiste de Michel FOUCAULT, considérait notamment « une intériorité réciproque entre subjectivation et objectivation » dont le concept de normativité rendrait compte. Il définissait alors le terme « normativité » comme ce par quoi est désignée « l'action des normes pour autant qu'elle ne s'impose pas de l'extérieur aux sujets, mais passe par eux... dans un mouvement dont ils sont en même temps les supports et les opérateurs, mais ce dans la mesure où ils sont en même temps saisis comme objet dans une situation concrète déterminée » in *Les normes chez Foucault*, Paris, PUF, 2007.

²⁶² FOUCAULT explique notamment que si le pouvoir – entendu comme « la multiplicité des rapports de force » – est partout, « ce n'est pas qu'il englobe tout, c'est qu'il vient de partout », in *La volonté de savoir*, Paris, Gallimard, 1975, p. 122.

²⁶³ J. CLAM, « Avant-propos, Droit et régulation d'une société de changement : perspectives sociologiques », in *Les transformations de la régulation juridique*, op. cit., p. 13 : « Les sciences humaines, délivrées de la tyrannie méthodologique de leurs aînées, ont été libres de s'intéresser à la créativité, à l'inventivité des rationalités à l'œuvre dans leurs domaines ». – D'une appétence pour des « valeurs de cohérence, de sécurité, de stabilité et d'obéissance » succède dès lors une culture pour des « valeurs de créativité, de souplesse, de pluralisme et d'apprentissage permanent », (F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, op. cit., p. 18).

²⁶⁴ L. CADIET, « Une justice contractuelle, l'autre », in *Études offertes à J. GHESTIN, Le contrat au début du XXI^e siècle*, Paris, LGDJ, 2001, pp. 177-199 ; *Id.*, J. NORMAND et S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, op. cit., p. 224.

²⁶⁵ V. not. J.-P CHAZAL, « Justice contractuelle », in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, op.cit., pp. 743-747.

au contrat. Il s'agit de considérer l'accord établi à travers un processus de discussion²⁶⁶. Selon cette conception procéduralisée du contrat, la procédure considère à la fois le contrat et la discussion, qui désignent respectivement l'accord et ce qui y conduit²⁶⁷. La seconde forme revêtue par la justice contractuelle fait référence au développement des règlements amiables. Elle réside « dans la procédure qui consiste à faire du contrat, ou tout au moins dans un accord des intéressés, à la fois le fondement et le mode de solution du litige »²⁶⁸. À ce titre, il appert que la justice contractuelle est la suite logique, l'aboutissement ou la réussite du phénomène de contractualisation de la justice²⁶⁹. Dès lors, cette tendance à développer le contrat dans les différentes branches de notre droit positif a permis la construction d'une nouvelle voie de justice. La question n'est alors plus de la sempiternelle dénonciation d'un « gouvernement des juges » mais plutôt des conséquences de la prise de pouvoir par les justiciables eux-mêmes et de la privatisation de la justice. Le constat est tel que l'univers juridico-politique de la société fait face à un rythme accéléré de transformations, lesquelles tendent à la consécration d'une « nouvelle culture contractuelle »²⁷⁰ et, plus encore, d'une « nouvelle culture de l'amiable »²⁷¹.

Pour ce faire, les deux situations évoquées sont nécessairement liées²⁷². Si l'efficacité du contrat se perçoit dans sa capacité à résoudre les différends, encore faut-il que la conception ultra-volontariste du contrat – selon laquelle la loi de celui-ci est nécessairement juste et irréfragablement présumée telle – soit tempérée²⁷³.

74. Le dépassement du tout contractuel. La libéralisation de la volonté des individus est en effet admise par le droit positif à travers le développement des règlements amiables. Pour autant, nonobstant cette forme d'individualisation de la justice, le bien-être de la communauté ne peut être perturbé. Cette liberté grandissante ne doit pas être vécue aux dépens d'autrui mais dans le sens de la justice. Il est alors nécessaire de faire émerger une sociabilité, un sens de la communication et une adaptation aux réalités concrètes et immédiates en tenant compte des

²⁶⁶ Selon HABERMAS, « on accède à la notion de procéduralisation par le canal de celle de la discussion » (D. TERRE, *Les questions morales du droit*, PUF, Coll. « Éthique et Philosophie morale », p. 225).

²⁶⁷ *Ibid.*, p. 226. Dès lors, « la procéduralité désigne toute voie susceptible de conduire à un accord qui met en jeu le principe du contradictoire » (p. 227)

²⁶⁸ M. VAN DE KERCHOVE, « Contractualisation de la justice pénale ou justice pénale contractuelle ? », in S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, 2008, p. 189.

²⁶⁹ *Ibid.*, l'auteur considère que la justice contractuelle constitue « le passage à la limite ou la forme la plus aboutie de ce phénomène tendanciel et relatif qu'est la contractualisation de la justice ».

²⁷⁰ Selon l'expression de Monsieur le professeur Denis MAZEAUD in « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in M.-A. FRISON-ROCHE et a. (dir.), *L'avenir du droit. Mél. en hommage à François Terré*, Dalloz, 1999, spéc. n° 8, pp. 603-634.

²⁷¹ V. Rapp. de la Cour d'appel de Paris de mars 2021, « La promotion et l'encadrement des modes amiables de règlement des différends », préc.

²⁷² Cf. *supra* n° 73 : « justice dans le contrat » et « justice par le contrat ».

²⁷³ V. J.-P CHAZAL, « Justice contractuelle », in L. CADIEU (dir.), *Dictionnaire de la justice*, op.cit., pp. 743-747.

autres et de l'environnement. La justice doit être appréhendée au même titre par tous les citoyens, du fait qu'il s'agisse de la justice de tous. Ainsi la contractualisation démontre-t-elle ses limites.

La formule de FOUILLEE, selon laquelle « qui dit contractuel dit juste »²⁷⁴, a été régulièrement extraite de son contexte pour lui faire dire le contraire de ce qu'elle signifiait pour son auteur²⁷⁵. En effet, il ne s'est pas opposé à tout interventionnisme de l'État, lequel serait justifié pour assurer concrètement la liberté et l'égalité des individus²⁷⁶. Si le contrat s'est développé et a innervé de nombreux domaines de la société, il doit être nécessairement limité et fournir un cadre cohérent, notamment lorsqu'il devient un instrument de règlement des différends. Les rapports contractuels entre les individus ne peuvent être considérés justement que dans la mesure où leurs contours seront fixés²⁷⁷. La puissance du contrat est certaine ; elle l'est d'autant plus lorsque le contrat est envisagé comme la consécration de la solution au différend négociée. Le contrat permet aux justiciables d'éviter de subir une décision unilatérale à laquelle ils n'adhèreraient pas, au profit d'une résolution amiable de leur différend à travers un accord consenti.

75. Figure d'une libéralisation des individus et d'une profusion de leurs possibilités, la contractualisation mérite ainsi d'être assistée afin d'éviter toute confusion, qui pourrait paraître aux hommes, plus horrible que le despotisme²⁷⁸. Il est donc rationnel de se détacher du fantasme

²⁷⁴ A. FOUILLEE, *La science sociale contemporaine*, Paris, Hachette, 1880, p. 410.

²⁷⁵ V. not. L. ROLLAND, « « Qui dit contractuel dit juste. » (Fouillée) ... en trois petits bonds, à reculons », *McGill Law Journal*, vol. 51, 2006, p. 765. – Pour le véritable sens de cette formule, v. J.-F. SPITZ, « « Qui dit contractuel dit juste » : quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillée », *RTD civ.*, 2007, p. 281.

²⁷⁶ A. FOUILLEE, « L'idée de justice sociale d'après les écoles contemporaines », *Revue des Deux Mondes*, vol. LIX, 1899, t. 152, p. 61 : « Il y a une justice de liberté, qui veut que l'on respecte le développement de ma personnalité individuelle ; il y a une justice d'égalité, qui veut que les hommes les plus inégaux par ailleurs soient traités de même pour les actes de même valeur ; mais il y a aussi une justice de solidarité, trop méconnue, qui veut que, faisant partie d'un même tout, réagissant l'un sur l'autre, ne pouvant agir dans la vie sociale sans que mes actions aient une répercussion en autrui, je prenne en considération le bien des autres en même temps que mon bien propre. [...] C'est cette justice de solidarité dont la charité pure était une application encore trop vague, arbitraire, incertaine, et qui, dans nos sociétés modernes, sous le nom de justice sociale, doit aboutir à des obligations précises ».

²⁷⁷ J.-F. SPITZ, art. préc. : « Avant de dire que les accords contractuels créent une obligation et qu'ils sont légitimes - donc qu'ils préservent la liberté de chacun - il faudrait donc établir qu'ils sont conclus dans un contexte qui possède les caractéristiques nécessaires pour que l'on puisse considérer les contrats qui y sont passés comme légitimes, et en particulier que les différents contractants y disposent de pouvoirs de négociation au moins relativement équivalents. En d'autres termes, il faut avoir démontré le caractère équitable du contexte avant de pouvoir démontrer le caractère équitable des contrats qui y sont conclus, en sorte que les relations entre les contractants ne sont pas équitables parce qu'elles sont volontaires, mais qu'elles sont volontaires - ou libres, ou consenties - donc justes, parce qu'elles sont équitables ».

²⁷⁸ VOLTAIRE, *Dictionnaire philosophique*, v^o « Maître », pp. 391-392.

du « tout contractuel »²⁷⁹. Aussi, et dans un constat dont le réalisme pourrait déplaire, DURKHEIM énonçait, dès la fin du XIXe siècle, que « tout n'est pas contractuel dans le contrat »²⁸⁰. Dès lors, cette dynamique de contractualisation a été accompagnée par un mouvement de fondamentalisation du droit.

Paragraphe 2 : Fondamentalisation du droit

76. Garantir le bien commun. Dans une démarche volontariste du bien commun, la justice a fait valoir un mouvement de fondamentalisation. Si, dans l'ordre du temps, les hommes sont amenés à progresser et à démontrer l'égalité qu'ils ont acquise dès leur naissance, la raison dont ils sont dotés impose des limites à leur liberté naturelle. Ainsi que l'avait précisé LOCKE, l'homme est pourvu de droits naturels qu'aucun législateur n'a créés, une morale déjà présente à l'état de nature²⁸¹. L'inscription dans les tables de la loi n'a ainsi eu qu'un rôle de certification de droits inhérents à la personne humaine, notamment au regard de l'article premier de la Déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen : « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits ».

Appréhendé au sein des diverses manières de résoudre les différends, ce phénomène de fondamentalisation – qui se perçoit déjà à l'aune des théories philosophiques²⁸² – n'a eu d'autres effets que de garantir les droits fondamentaux des justiciables (A). La liberté de tous est ainsi protégée par la formalisation et la globalisation de droits fondamentaux qui s'imposent au sein de la société. En outre, dépassant l'obscurité des idéaux de pouvoir, la raison incite les hommes à ne pas nuire à autrui. C'est ainsi que par l'ouverture des frontières et la multiplication des rapports sociaux, l'europanisation du droit a fait progresser le phénomène afin que les individus se portent mutuellement secours en cas de besoin et soient inspirés par les mêmes

²⁷⁹ Cette idéologie, inhérente aux libertariens de toute obédience, renvoie à une certaine résurgence de l'état de nature, où la loi première est la loi du plus fort. Or, celle-ci ne créerait que la discorde et l'affrontement dans une société qui se veut davantage sociale.

²⁸⁰ E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, introduction S. PAUGAM, Paris, 7^e éd., PUF, Coll. « Quadrige », 2007, p. 189.

²⁸¹ J. LOCKE, « Chapitre premier De l'État de Nature. » in *Traité du gouvernement civil*, pp. 34-35 : « Certainement, un homme, en cet état, a une liberté incontestable, par laquelle il peut disposer comme il veut, de sa personne ou de ce qu'il possède : mais il n'a pas la liberté et le droit de se détruire lui-même, non plus que de faire tort à aucune autre personne, ou de la troubler dans ce dont elle jouit, il doit faire de sa liberté le meilleur et le plus noble usage, que sa propre conservation demande de lui. L'état de nature a la loi de la nature, qui doit le régler, et à laquelle chacun est obligé de se soumettre et d'obéir : la raison, qui est cette loi, enseigne à tous les hommes, s'ils veulent bien la consulter, qu'étant tous égaux et indépendants, nul ne doit nuire à un autre ».

²⁸² V. not. X. BIOY, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, préf. J.-P. COSTA, 7^e éd., LGDJ, Coll. « Cours », 2022, 1012 p. ; v. aussi F. WORMS (dir.), *Droits de l'homme et philosophie. Une anthropologie (1789-1914)*, Paris, CNRS Éditions, (1993) rééd. 2009, 444 p.

guides (B). Cette harmonisation européenne, qui se traduit par une concurrence par le haut pour les puissances étatiques, met en exergue la constitution d'un ordre juridique supra-étatique avec l'ambition de rendre une justice équitable à tout un chacun.

A) *Le phénomène de fondamentalisation*

77. Émergence du phénomène de fondamentalisation. Le premier mouvement de fondamentalisation se distingue par la mise en lumière des droits de l'homme à la fin du XVIII^e siècle. Les revendications au cœur de la Révolution française prônaient en effet la consécration des droits de l'Homme afin de protéger les citoyens contre les ingérences du pouvoir étatique²⁸³. Près de deux siècles plus tard, l'on assiste à une renaissance du phénomène. Il n'est plus temps de se concentrer sur les droits que l'État, en tant que forme politique du groupement humain, ou la société, c'est-à-dire le groupement lui-même, pourraient avoir sur les hommes. Il s'agit désormais de considérer « l'association créée entre les hommes »²⁸⁴. Solidaires d'une œuvre commune, ils sont obligés les uns envers les autres. Il est alors question d'apprécier les droits et les devoirs réciproques et de protéger l'individu dans l'ensemble de ses rapports à l'autre.

Le phénomène de fondamentalisation s'est alors développé de manière globale depuis le milieu du vingtième siècle. Ainsi que l'avait exprimé le professeur DELMAS-MARTY, « l'émergence des libertés et droits fondamentaux comme catégorie juridique nouvelle est la marque d'une véritable mutation qui accompagne, par vagues successives, les changements politiques survenus depuis la Seconde Guerre mondiale »²⁸⁵. À la suite de ces terribles années de guerres, il était nécessaire de poser des règles juridiques précises afin d'assurer le respect de la personne humaine. À l'instar des paroles de SAINT-JOHN PERSE : « Fierté de l'homme en marche sous sa charge d'éternité ! Fierté de l'homme en marche sous son fardeau d'humanité, quand pour lui s'ouvre un humanisme nouveau, d'universalité réelle et d'intégralité psychique »²⁸⁶, un humanisme renouvelé était attendu. Par cette leçon d'optimisme, le poète

²⁸³ B. KISTIAKOVSKI, « Droits de l'homme et du citoyen », trad. N. PIGHETTI, *Questions de la vie*, n° 1, 1995 : « Pour que s'établisse un ordre de droit, non seulement la participation du peuple à la formation des lois et au contrôle de leur exécution est nécessaire, mais aussi la limitation du pouvoir de l'État, l'anéantissement de l'absolutisme, du caractère illimité ou de l'autocratie du pouvoir suprême de l'État. [...] Ces limites ou frontières se forment non pas pourtant par un quelque autre pouvoir étatique ou même non étatique, mais par des principes déterminés ou des rapports de droit que le pouvoir de l'État ne peut transgresser ».

²⁸⁴ L. BOURGEOIS, *La Solidarité*, Paris, Armand Colin, 1896, p. 90 – Sur Léon BOURGEOIS et la solidarité, v. not. F. EWALD, *L'État-Providence*, Grasset, 1985.

²⁸⁵ M. DELMAS-MARTY, « Introduction », in *ID.* et Cl. LUCAS DE LEYSSAC, *Liberté et droits fondamentaux*, 2^e éd., Seuil, 2002, p. 9.

²⁸⁶ SAINT-JOHN PERSE, discours d'acceptation du prix Nobel de littérature, Stockholm, 10 décembre 1960.

fait apparaître que les bouleversements de l’histoire ne sont que des rythmes saisonniers nécessitant des renouvellements²⁸⁷. Transformation, modélisation ou encore modernisation de notre droit pour une justice française actualisée et propre à son temps seront appréciées par le rayonnement des droits fondamentaux.

Appréhendée par le biais des droits fondamentaux, la notion de fondamentalisation doit être analysée de manière précise.

78. Notion de la fondamentalisation. Le terme « fondamentalisation » ne figure dans aucun dictionnaire, qu’il s’agisse de dictionnaires de la langue française ou de dictionnaires juridiques. Cette expression, pourtant largement reconnue par les juristes et les sociologues, apparaît ainsi comme un néologisme. Dans une volonté d’appréhender ce phénomène si particulier, il convient avant tout d’en examiner les traits et la dimension globale.

À sa terminaison « -ation » – laquelle renvoie au suffixe latin « *ationem* », qui marque l’action – est associée la notion de fondement. Le fondement est la valeur ou la référence de base sur laquelle repose une règle, une institution ou encore un système juridique et qui en éclaire l’esprit²⁸⁸. Selon KANT, le fondement même du droit se trouve dans la raison humaine. Si la philosophie de KANT repose sur la liberté et la volonté de chaque individu, cette liberté – dont le développement maximum pourrait faire ressortir un égoïsme exacerbé – doit être encadrée par la nécessité d’une coexistence des Hommes au sein de la société. Ainsi, l’Homme doit-il se soumettre aux exigences de moralité, envisagées comme un impératif catégorique de soumission au respect de la règle, et de légalité, envisagées comme un impératif hypothétique d’assujettissement à une pression extérieure. En effet, selon les convictions des plus grands philosophes, présentées par VOLTAIRE, « la morale est une, elle vient de Dieu ; les dogmes sont différents, ils viennent de nous »²⁸⁹. La morale, en raison de son objectivité certaine, ne peut être modifiée, au contraire de la loi qui dépend des politiques suivies. Plus qu’une prise de conscience, la société doit faire preuve d’adaptation. À une conception stricte du fondement – qui désigne un ensemble d’attributs disposant d’une valeur normative élevée, que l’État comme les individus sont tenus de respecter – doit ainsi être associée une vision davantage pragmatique qui se saisit de l’importance des valeurs véhiculées. La fondamentalisation apparaît alors

²⁸⁷ « “Ne crains pas”, dit l’Histoire, levant un jour son masque de violence – et de sa main levée elle fait ce geste conciliant de la Divinité asiatique au plus fort de sa danse destructrice. “Ne crains pas, ni ne doute – car le doute est stérile et la crainte est servile. Écoute plutôt ce battement rythmique que ma main haute imprime, novatrice, à la grande phrase humaine en voie toujours de création (...)” », SAINT-JOHN PERSE, discours préc.

²⁸⁸ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., v° « Fondement ».

²⁸⁹ VOLTAIRE, *Dictionnaire philosophique*, v° « Du juste et de l’injuste », p. 366. L’auteur énonce que cette vision était celle de tous les grands philosophes : « ils ont tous dit la même chose : Socrate et Epicure, Confutée et Cicéron, Marc-Antonin et Amurat II ont la même morale ».

comme la mise en œuvre dynamique des références essentielles de base que sont les droits fondamentaux²⁹⁰. Elle doit être appréhendée par l'intégration de ces valeurs dans les sources du droit et par la généralisation de leur respect dans l'entièreté des pratiques juridiques²⁹¹.

79. Droits fondamentaux et notions voisines. Il convient avant tout de fixer le cadre délimitant la notion de droits fondamentaux, lesquels font régulièrement l'objet d'assimilations ou de confusions avec d'autres notions voisines²⁹². Pour certains, les droits fondamentaux ne seraient que le résultat du changement de dénomination des droits de l'homme²⁹³. Pour autant, force est d'admettre que les droits de l'homme sont considérés comme des droits naturels²⁹⁴ définis par la Constituante de 1789²⁹⁵ et sont reliés à des idéaux à atteindre plutôt qu'à un paysage juridique établi. En ce sens, Monsieur le professeur Xavier BIOY reconnaît que les droits de l'homme « peuvent (et doivent même) servir de point de départ aux libertés fondamentales, mais ils ne forment pas une catégorie juridique au sens d'un groupe de normes répondant au même régime juridique »²⁹⁶. Sociologiquement, cette considération met dès lors en exergue la perte d'influence du droit français au profit des droits supranationaux.

Les droits fondamentaux ne doivent pas non plus être assimilés aux libertés publiques²⁹⁷. Ces dernières, *a contrario* de la distinction précédemment évoquée²⁹⁸, forment bien une catégorie en raison de la possibilité de « regrouper des prérogatives selon leurs points communs, arbitrairement choisis en fonction du droit positif »²⁹⁹. Elles sont en effet garanties exclusivement par le pouvoir législatif. Mais encore, les libertés publiques ne protègent que contre le pouvoir exécutif, et non contre les particuliers.

²⁹⁰ Pour une approche de la notion de « fondamentalité », v. X. BIOY, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, 6^e éd., LGDJ Lextenso, Coll. « Cours », 2020, pp. 80 et s.

²⁹¹ V. not. R. DUMAS, *Essai sur la fondamentalisation du droit des affaires*, préf. E. GARAUD, L'Harmattan, Coll. « Logiques juridiques », 2008, 543 p.

²⁹² D. ROUSSEAU, v^o « Droits fondamentaux » in L. CADIET, *Dictionnaire de la justice*, op. cit., pp. 372-376. L'auteur s'interroge : « est-elle une notion juridique autonome de notions voisines comme celles des droits de l'homme ou des droits constitutionnels ? Relève-t-elle du droit naturel ou du droit positif ? A-t-elle-même une signification juridique ? ».

²⁹³ « Les deux expressions sont interchangeable, le choix entre l'une ou l'autre est affaire de génération ou de goût, la seconde marquant un attachement à la langue juridique française du XVIII^e s., la première une ouverture de vocabulaire au monde contemporain », *ibid.*

²⁹⁴ Les droits de l'homme sont ancrés au courant philosophique jusnaturaliste : v. not. A. SERIAUX, « Droit naturel », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy/PUF, 2009, pp. 507-511 ; *Id.*, *Le droit naturel*, 2^e éd., PUF, Coll. « Que sais-je ? », 1999, 128 p. ; M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, 2^e éd., PUF, Coll. « Quadige », 2013, 640 p.

²⁹⁵ Pour une approche historique, v. not. R. CABRILLAC (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, 26^e éd., Dalloz, 2020.

²⁹⁶ X. BIOY, op. cit., n^o 143, p. 83.

²⁹⁷ Pour une approche historique, v. *ibid.*, n^o 144, p. 83.

²⁹⁸ Ce qui permet de distinguer les libertés publiques des droits de l'homme.

²⁹⁹ *Ibid.*

80. Ainsi pourvus d'une existence propre et distincte des droits de l'Homme et des libertés publiques, les droits fondamentaux garantissent « l'existence du sujet de droit comme individu doué de volonté et de libre arbitre »³⁰⁰. Ils inspirent ainsi un recentrage vers l'individu et une large considération de ses intérêts. À ce titre, ils développent une dimension binaire qui conduit à distinguer les droits fondamentaux processuels des droits fondamentaux substantiels³⁰¹. Seuls les premiers intéressent notre étude. Ils visent à garantir les justiciables d'une justice arbitraire et inégalitaire et constituent, en ce sens, la garantie d'un État de droit³⁰². Les valeurs consacrées comme droits fondamentaux processuels, que l'on nomme également « droits de procédure », innervent ainsi toutes les branches de la justice et les différents modes de règlement des différends. En référence à la philosophie de LOCKE, ces droits fondamentaux processuels – qui sont appréciés dans tout processus de règlement d'un différend – pourraient être assimilés aux droits naturels du justiciable³⁰³. La justice, analysée dans son sens le plus absolu, protège l'individu de sa naissance jusqu'à sa mort. Entre ces deux instants, qui marquent le commencement et la fin de son existence, elle le préserve dans ses œuvres comme dans ses écueils. Les droits inhérents à sa nature d'homme doivent alors être exposés au vu et au su de tous. Pour ce faire, le phénomène de fondamentalisation a pris de l'ampleur. En effet, « au-dessus et en dehors du droit positif existerait un espace de fundamentalité ou un espace de valeurs que les droits, pour être dits fondamentaux, devraient exprimer ». En d'autres termes, les droits fondamentaux ne seraient que la positivisation par le constituant, le législateur ou le juge d'une fundamentalité « naturelle ou de valeurs “naturelles” ; ils ne seraient encore que des droits naturels positivés »³⁰⁴.

81. Juridicité des droits fondamentaux. Au-delà d'une simple valeur morale, les droits fondamentaux ont intégré le domaine juridique. Ils ont été davantage considérés, notamment par la jurisprudence qui a œuvré pour la reconnaissance et la protection des droits.

³⁰⁰ *Ibid.*, p. 87, spéc. n°159. L'auteur précise que le droit fondamental garantit l'existence « et non l'essence [du sujet de droit] comme la doctrine jusnaturaliste le dit ».

³⁰¹ Ces derniers offrent aux sujets de droit le respect concret et effectif des prérogatives inhérentes à leur personne ou à leurs activités. À ce sujet, v. R. DUMAS, « Les MARD (modes alternatifs de résolution des différends) au prisme des droits fondamentaux substantiels », *RDLF* 2018, chron. n° 01.

³⁰² S. AMRANI-MEKKI, « La fondamentalisation du droit du procès », *RD Assas*, n°11, oct. 2015, p. 72.

³⁰³ Par opposition aux droits de l'Homme, inhérents à l'être humain considéré en sa personne, les droits fondamentaux processuels seraient, dès lors, les droits naturels de l'individu lorsqu'il fait face à une discorde (v. *infra* n°s 227 s.).

³⁰⁴ D. ROUSSEAU, v° « Droits fondamentaux », préc. Ainsi l'auteur expose-t-il la définition attribuée par Etienne PICARD aux droits fondamentaux : « une “catégorie hors normes” (1998) en ce qu'ils peuvent se trouver dans n'importe quelle norme – constitutionnelle, législative, internationale, écrite, jurisprudentielle – sans qu'aucune ne puisse les contenir ni exclusivement, ni entièrement », spéc. p. 374.

La jurisprudence *Lüth*, rendue par la Cour constitutionnelle fédérale allemande le 15 janvier 1958, marque les prémises du développement d'une dogmatique des droits fondamentaux³⁰⁵. Dans cet arrêt, la Cour rappelle que les droits fondamentaux sont en premier lieu des droits de défense contre des actes étatiques, et il s'agit ainsi de droits subjectifs³⁰⁶. Mais encore, elle ajoute qu'ils établissent « un ordre objectif de valeurs »³⁰⁷. Dès lors, c'est précisément par la reconnaissance d'un système de valeurs que se manifeste le renforcement de l'autorité des droits fondamentaux. Ils influencent l'ordre juridique dans son entier et s'imposent à toutes les branches du droit. Cette dimension objective des droits fondamentaux complète et renforce leur dimension subjective.

Le Conseil constitutionnel français se joint à ce mouvement avec sa décision *Liberté d'association* rendue le 16 juillet 1971³⁰⁸. Jusqu'alors, il n'était pas reconnu que le législateur se devait de respecter les droits et libertés reconnus par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et le Préambule de la Constitution de 1946. Par cette décision fondatrice, qui est venue consacrer le « bloc de constitutionnalité »³⁰⁹, le Conseil constitutionnel devient le gardien de la protection des droits fondamentaux vis-à-vis du législateur. Nonobstant le fait que la loi soit votée par les représentants démocratiquement élus par le peuple souverain, elle est jugée à l'aune des droits fondamentaux issus de la Constitution³¹⁰.

³⁰⁵ Dans les faits de l'affaire, Erich Lüth appelait au boycottage d'un film du metteur en scène Veit Harlan, ancien cinéaste nazi. L'appel au boycott est jugé « contraire aux bonnes mœurs » et il est condamné par toutes les instances civiles à y mettre fin. La défense de Lüth fondée sur le « droit d'exprimer et de diffuser librement son opinion », garanti par l'article 5, alinéa 1 de la Loi fondamentale allemande, est alors écartée du fait que les droits fondamentaux sont des droits de défense d'un citoyen contre l'État et non des droits des individus privés entre eux, v. not. H. SCHULZE-FIELITZ, « L'arrêt Lüth – 50 ans après », trad. O. JOOP, Maison des sciences de l'Homme, *Trivium* [En ligne], 30 | 2019, mis en ligne le 18 décembre 2019, consulté le 11 juill. 2022. Disponible sur : <http://journals.openedition.org/trivium/6764> ; v. égal. A. GAILLET, « L'arrêt Lüth de la Cour constitutionnelle fédérale allemande. Un tournant historique pour la conception des droits fondamentaux à partir de la liberté d'expression », in G. J. GUGLIEMI (dir.), *Les mutations de la liberté d'expression en droit français et étranger*, éd. Panthéon-Assas, Coll. « Colloques », 2021, pp. 26-42.

³⁰⁶ « Sans aucun doute, l'objectif premier des droits fondamentaux est de protéger la sphère de liberté de l'individu contre les ingérences de la puissance publique ; ce sont des garanties du citoyen contre l'État », Recueil BVerfGE 7, 198 (204 sq.) ; analyse détaillée par RENSCHMANN (2007), p. 96 sq.

³⁰⁷ *Ibid.*

³⁰⁸ Cons. constit., 16 juill. 1971, n° 71-44 DC, *AJDA* 1971. 537, note RIVERO ; J. ROBERT, *RS publ.* 1971. Le Conseil constitutionnel décide « qu'au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et solennellement reconnus par le préambule de la Constitution, il y a lieu de ranger le principe de la liberté d'association ». – À noter que le Conseil d'État avait déjà opéré une telle analyse en 1958 : CE, 24 janv. 1958, *Association des anciens combattants et victimes de la guerre du département d'Oran*, Lebon 38.

³⁰⁹ Lequel regroupe en son sein la Constitution du 4 oct. 1958, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, le Préambule de la Constitution de 1946 et la Charte de l'environnement de 2004. Parmi l'ensemble de ses dispositions, seules quelques-unes s'attachent à la procédure et à l'organisation judiciaire ; telles que l'art. 8 de la Constitution qui prévoit l'inamovibilité des magistrats, garantissant leur indépendance.

³¹⁰ Ce mécanisme national du contrôle de constitutionnalité, conduisant à abroger une loi anticonstitutionnelle, a notamment été développé par le biais du contrôle *a posteriori* : Constitution, art. 61-1, introduit par la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juill. 2008 de modernisation des institutions de la Ve République, JORF n° 0171 du 24 juill. 2008, texte n° 2, art. 29.

82. Bilan relatif aux droits fondamentaux. Selon Monsieur le professeur Xavier BIOY, seraient « fondamentaux les droits et libertés qui constituent le fondement d'un système juridique, d'une société, et sans lesquels tout l'édifice s'écroulerait »³¹¹. En ce sens, les droits fondamentaux priment sur toute autre considération. Le respect des droits fondamentaux ne peut être discuté, et ce, quels que soient l'ordre et le processus envisagés pour régler une situation litigieuse. Leur immersion dans toutes les branches du droit – s'apparentant à la consécration d'une « morale processuelle »³¹² – va être d'autant plus remarquée à travers un renouvellement des sources du droit, influencé par le droit international, et plus précisément par le droit européen³¹³.

B) Le développement de la fundamentalisation sous l'influence de l'eupéanisation du droit

83. Eupéanisation du droit. Dans le même temps que s'organise une société européenne, se développe une justice européenne, commune à l'ensemble du territoire européen³¹⁴. L'ambition est alors de créer un ordre juridique générateur d'innovations et de corrections des défauts de la justice identitaire propre à chaque État. Or, si la justice est l'apanage de l'État, elle est nationale par principe. Il est donc assez paradoxal de faire allusion à des sources internationales ou européennes du droit³¹⁵. Pour autant, ces résistances nationalistes ont été compensées par la prospérité de l'internationalisation de la discipline. Au lendemain de la Seconde guerre mondiale, l'Europe tente de se reconstruire par la paix. Lors de son célèbre discours tenu à l'Université de Zurich en 1946, le Premier ministre britannique, Winston CHURCHILL, appelle de ses vœux la constitution « *d'États-Unis d'Europe* » et la

³¹¹ X. BIOY, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, 6^e éd., LGDJ, Coll. « Cours », 2020, n° 139, p. 81.

³¹² En ce sens que, dans un État de droit, les citoyens disposent du droit d'accès à la justice, laquelle met nécessairement en exergue un « ensemble de règles de conduite tenues pour inconditionnellement valables » (A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, 1962, v° « Morale », sens B, p. 655), inhérentes aux relations sociales. Les justiciables les tiennent alors pour justes et essentielles au cheminement de leur procédure.

³¹³ Il doit ainsi être admis que l'approche formelle de la notion de « fondamentalité », selon laquelle il faudrait « réserver l'application de la notion de droit fondamental aux sources supra législatives », ne s'oppose pas à l'approche matérielle. Elle s'y associe d'un point de vue *ex post*, de l'application de la norme, pour reconnaître l'intangibilité de ces droits : X. BIOY, *op. cit.*, spéc. n°s 137 et 141, pp. 80 et s.

³¹⁴ « Dès qu'une société se forme, la fonction de juger apparaît à peu près spontanément, comme une nécessité » : R. PERROT, *Institutions judiciaires*, 18^e éd., par B. BEIGNIER et L. MINIATO, LGDJ, Coll. « Précis Domat », 2020, n° 1, p. 21.

³¹⁵ Pour MONTESQUIEU notamment, les lois « doivent être tellement propres au peuple pour lequel elles sont faites que c'est un très-grand hasard si celles d'une nation peuvent convenir à une autre », *De l'Esprit des lois*, Livre I, Chap. III.

création d'un Conseil de l'Europe, lequel se dotera par la suite de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme comme texte de référence³¹⁶. Cette volonté affirmée de promouvoir le bien commun au-delà des frontières nationales va prendre forme par la signature de conventions et de traités, consacrant des principes fondamentaux qui s'imposeront – par un effet horizontal³¹⁷ – dans la conduite des règlements des différends de tous les États parties.

84. La création de standards européens. L'attraction de la procédure par les droits fondamentaux participe à un mouvement plus général d'internationalisation du droit processuel. Il en ressort l'existence d'un concept commun et inhérent à la bonne justice, celui de procès équitable. Cette exigence est exprimée pour la première fois à l'article 10 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948³¹⁸. Définie dans son préambule comme « un idéal commun à atteindre par tous les peuples et toutes les nations »³¹⁹, cette déclaration sera source d'inspiration afin de promouvoir l'exercice universel des droits de l'Homme³²⁰. Dès lors, afin de concrétiser cet « idéal à atteindre », l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté, le 19 décembre 1966, deux traités généraux de protection des droits de l'homme³²¹ : l'un relatif aux droits civils et politiques, l'autre sur les droits économiques, sociaux et culturels. Le second évoque, en effet, dans son article 14, le droit à un procès équitable et toutes les garanties procédurales qui doivent être reconnues au justiciable. Cette exigence revêt alors une plus grande importance du fait que le Pacte soit auto-exécutoire en droit national et qu'il soit doté d'un organe de contrôle, le Comité des droits de l'homme de l'ONU.

À côté de ces instruments internationaux, ce sont des standards régionaux de bonne justice qui sont apparus et dont la reconnaissance a été considérable³²². L'intérêt de ces standards juridiques européens est de disposer d'un organe juridictionnel de contrôle de

³¹⁶ Cf. *infra* n° 85.

³¹⁷ V. A. SEIFERT, « L'effet horizontal des droits fondamentaux. Quelques réflexions de droit européen et de droit comparé », *RTD Eur.*, 2012, p. 801.

³¹⁸ DUDH, art. 10 : « Toute personne a droit, en pleine égalité, à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal indépendant et impartial, qui décidera, soit de ses droits et obligations, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle ».

³¹⁹ DUDH, préambule.

³²⁰ En dépit de sa valeur symbolique et déclarative, elle sera le texte de référence pour les autres instruments internationaux ayant force obligatoire, notamment au vu de ses art. 8 à 11 qui prônent les droits fondamentaux processuels. Il s'agit en effet du « texte-mère ». – À ce titre, v. not. M. GAMBARAZA, *Le statut juridique de la Déclaration universelle des droits de l'homme. Une aventure juridique*, thèse, préf. E. DECAUX., Pedone, Coll. « Publications de l'Institut International des Droits de l'Homme », 2016, 562 p.

³²¹ Entrés en vigueur en 1976, ces deux pactes, que sont le Pacte des droits civils et politiques et le Pacte des droits économiques, sociaux et culturels, ainsi que leurs protocoles facultatifs constituent, avec la DUDH, « la Charte internationale des droits de l'homme ».

³²² Ces standards ne s'éloignent pas nécessairement, ni en droit, ni en fait, des standards posés dans les textes précités.

l'application des obligations mises à la charge des États signataires³²³. Si ce sont, en effet, les textes eux-mêmes qui soutiennent ce mouvement de fondamentalisation, ces sources de droit n'auraient qu'une fonction symbolique sans l'existence d'institutions pour les mettre en œuvre. S'agissant de ces sources européennes, deux espaces juridiques et judiciaires sont à distinguer, à savoir celui du Conseil de l'Europe et celui de l'Union européenne.

85. Les sources européennes du Conseil de l'Europe. Le plus remarquable instrument de protection des droits de l'homme est sans aucun doute la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales³²⁴. Son essor est notamment dû à la possibilité donnée aux justiciables de saisir directement et individuellement la Cour européenne des droits de l'homme afin de faire valoir leurs droits³²⁵. Ainsi que l'écrivait, en 1951, René CASSIN, la liberté de l'homme est désormais une valeur internationalement protégée et ne dépend plus de la compétence exclusive traditionnelle des États³²⁶. L'acceptation du droit de recours individuel représente l'étape déterminante dans le processus de la reconnaissance par la France de ses engagements au titre de la Convention. Cette disposition procédurale donne

³²³ Ce qui n'est pas expressément prévu par l'ONU. En effet, le Comité des droits de l'Homme de l'ONU n'est pas véritablement un organe juridictionnel. Il s'agit en réalité d'un comité d'experts indépendants (v. PIDC, art. 28) dont les décisions, ou davantage les constatations, sont régulièrement présentées comme dénuées de force obligatoire. Pour autant, au regard de ses fonctions, cette distinction avec les organes juridictionnels européens tels que la Cour européenne, doit être nuancée. En effet, le Conseil reçoit et examine les rapports présentés par les États parties sur les mesures qu'ils ont prises pour donner effet aux droits énoncés dans le Pacte, il fait part de ses préoccupations et recommandations à l'État partie sous forme d'observations finales, mais encore, il reçoit et examine des plaintes, également appelées « communications », émanant de particuliers qui affirment être victimes d'une violation par un État partie des droits qui leur sont reconnus dans le Pacte et il a compétence pour examiner certaines plaintes émanant d'un État partie qui prétend qu'un autre État partie ne s'acquitte pas des obligations qu'il a contractées en vertu du Pacte.

³²⁴ Convention signée le 4 nov. 1950, ratifiée par la France le 3 mai 1974 (Décr. n° 74-360) et dont le droit au recours individuel a été admis le 9 oct. 1981. Elle concerne 46 États, depuis l'exclusion de la Russie le 16 mars 2022 (la Fédération de Russie a cessé d'être partie à la Convention le 16 sept. 2022), et environ 700 millions d'individus vivant dans les pays qui se sont engagés à respecter la convention ; d'autant que les personnes protégées sont en réalité bien plus nombreuses du fait que les non européens, qu'il s'agisse de réfugiés ou d'autres personnes se trouvant sur le territoire d'un État membre, sont eux aussi protégés par la Convention.

³²⁵ Le 2 octobre 1981, M. André CHANDERNAGOR, Ministre délégué auprès du ministre des relations extérieures, chargé des affaires européennes remet en effet entre les mains du secrétaire général du Conseil de l'Europe, M. Franz KARAZEK, la déclaration suivante : « *Au nom du Gouvernement de la République française, je déclare, conformément à l'article 25 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et conformément au paragraphe 2 de l'article 6 du protocole n° 4 à ladite convention, signé à Strasbourg le 16 septembre 1963, reconnaître pour une période de cinq ans à compter de la présente déclaration, la compétence de la Commission européenne des droits de l'homme pour être saisie d'une requête adressée au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation, par l'une des Hautes Parties contractantes, des droits reconnus dans la Convention et dans les articles 1 à 4 du protocole susmentionné* », JORF 14 oct. 1981, p. 2783.

³²⁶ R. CASSIN, « La Déclaration Universelle et la mise en œuvre des droits de l'homme », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1951, t. 79, p. 253 et 335, cité in G. COHEN-JONATHAN, « La reconnaissance par la France du droit de recours individuel devant la Commission européenne des Droits de l'Homme », *Annuaire français de droit international*, vol. 27, 1981, pp. 269-285.

droit à toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation de ses droits garantis par la Convention ou ses protocoles d'introduire une requête devant la Cour européenne³²⁷. À ce titre, le droit de recours individuel est largement reconnu comme faisant partie « des clefs de voûte du mécanisme de sauvegarde des droits de l'Homme »³²⁸.

86. Toutefois, qu'advierait-il des droits fondamentaux s'il n'y avait pas de garants pour assurer leur protection ? Cette protection a notamment été envisagée par la consécration des droits fondamentaux processuels. À côté des droits fondateurs de liberté, la Convention européenne consacre des droits de sauvegarde, « garants fonctionnels des droits précédents »³²⁹. Sauvegarde et protection sont les maîtres mots qui animent les ambitions du modèle européen. Et ce, afin de protéger le « droit fondamental à la Justice »³³⁰.

Les droits procéduraux que prône ladite Convention sont de véritables principes généraux de la procédure ; c'est pourquoi la garantie du procès équitable occupe une place éminente dans toute société démocratique³³¹. Ils ont une influence considérable sur les États membres, notamment en raison de l'interprétation « autonome » qu'en fait la Cour³³². La Cour européenne s'est en effet dotée de moyens de contrôle élargis de l'application des lois nationales, et ce, par le recours à cette idée d'autonomie des notions conventionnelles en comparaison avec les qualifications nationales³³³.

Ce volontarisme à encourager la sauvegarde effective des libertés par le biais du droit à un procès équitable se perçoit également au sein des sources de l'Union européenne.

87. Les sources communautaires de l'Union européenne. L'importance du droit de l'Union européenne a été croissante, eu égard à l'évolution et l'institution de ses différents

³²⁷ CESDH, art. 34. Ce droit de recours individuel a été généralisé en 1998 avec l'entrée en vigueur du Protocole n° 11. Le caractère facultatif du recours individuel a en effet été supprimé par ce Protocole qui constitue une rationalisation du système de contrôle du respect des droits et libertés garantis par la Convention.

³²⁸ CEDH, 4 févr. 2005, *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*, req. n°s 46827/99 et 46951/99 ; v. égal. Rapp. d'information n° 705 (2011-2012) de MM. J.-P. MICHEL et P. GELARD, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la Cour européenne des droits de l'Homme, déposé le 25 juill. 2012.

³²⁹ J.-C. SOYER et M. DE SALVIA, « Article 6 » in L.-E. PETTITI, E. DECAUX, P.-H. IMBERT (dir.), *La convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, 2^e éd., Economica, 1999, pp. 239 s. – Sur la distinction droits fondateurs de liberté et droits de sauvegarde v. not. *ID.*, *Le recours individuel supranational, mode d'emploi*, Paris, 1992, LGDJ, n° 157 s.

³³⁰ S. GUINCHARD, « Le procès équitable : droit fondamental ? », *AJDA*, 1998, p. 191.

³³¹ CEDH, 9 oct. 1979, *Airey c. Irlande*, req. n° 6289/73, § 24. – *Adde* CEDH, 21 févr. 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, req. n° 4451/70.

³³² En ce sens v. F. SUDRE, « le recours aux notions autonomes », in *ID* (dir.), *L'interprétation de la Convention EDH*, Actes du Colloque des 13 et 14 mars 1998 organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'Homme de l'Université de Montpellier 1, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 1998, pp. 93 s.

³³³ V. *infra* n° 238.

traités. Construite sur des bases économiques³³⁴, elle n'accordait pas d'importance à la question des droits fondamentaux. Or, si « la justice est un des domaines qui peut permettre de forger une identité européenne »³³⁵, les objectifs développés par l'Union européenne ont très vite insisté sur la protection des droits fondamentaux³³⁶. Pour ce faire, l'Union européenne s'est dotée de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne³³⁷, proclamée pour la première fois à Nice le 7 décembre 2000. La Charte « place la personne au cœur de son action en instituant la citoyenneté de l'Union et en créant le principe de liberté, de sécurité et de justice »³³⁸, et comprend, à ce titre, des principes identifiables à ceux de la Convention européenne des droits de l'homme³³⁹. En vertu du traité de Lisbonne, la Charte a acquis une force contraignante³⁴⁰ créant un véritable droit au procès équitable de l'Union européenne.

88. La reconnaissance d'un modèle supranational de protection des droits fondamentaux processuels. Par la conclusion de ces conventions internationales multilatérales, les États parties acceptent de respecter certains principes fondamentaux dans la conduite des procédures de résolution des différends se déroulant dans leur ordre juridique national. Ces conventions constituent ainsi « la véritable source internationale du droit

³³⁴ Le système juridictionnel de l'Union européenne, issu du traité de Paris du 18 avril 1951 (CECA), puis des traités de Rome du 25 mars 1957 (CEE et EURATOM), avait dès l'origine une finalité économique.

³³⁵ E. JEULAND, *Droit processuel général*, op. cit., n° 136, p. 245.

³³⁶ Également confrontée aux réactions de certains États qui revendiquaient la normalisation de droits fondamentaux communautaires (Cf. Cour Constit. Allemande, 29 mai 1974, *RDT Eur.*, 1975, p. 316, note M. FROMONT), la CJCE s'est référée dans un premier temps à la Convention européenne des droits de l'homme. En effet, dans l'arrêt *Rutili*, du 28 octobre 1975 (Aff. 36/75, Rec., p. 1219), elle s'appuie sur « un principe général consacré par les articles 8, 9, 10 et 11 de la Convention » et sur l'un de ses protocoles. Avec l'entrée en vigueur des traités de Maastricht, d'Amsterdam, puis de Nice, le droit de l'Union européenne a reçu application dans le développement de la protection des droits fondamentaux. Mais c'est avec le traité de Lisbonne du 13 décembre 2007 que l'Union européenne a dépassé son cadre purement économique pour devenir également une organisation politique, laquelle nécessitant ainsi un volet judiciaire.

³³⁷ Les Conseils européens de Cologne, des 3 et 4 juin 1999 et de Tampere, des 15 et 16 octobre 1999 ont admis « qu'au stade actuel du développement de l'Union, il est nécessaire d'établir une Charte des droits fondamentaux afin d'ancrer leur importance exceptionnelle et leur portée de manière visible pour les citoyens de l'Union ».

³³⁸ Cf. Préambule de la Charte des droits fondamentaux. À l'instar de la distinction effectuée par le Conseil de Cologne entre « les droits de liberté » et « les droits de procédures », les droits sont, dans la Charte, classés en six chapitres que sont « dignité », « liberté », « égalité », « solidarité », « citoyenneté », « justice » dans lequel les dispositions concernant le droit processuel sont essentiellement consacrées, suivis d'un chapitre sept consacré aux « dispositions générales ».

³³⁹ L'article 47 (al. 2) de la Charte, intitulé « droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial », reprend en substance les dispositions de l'art. 6 CESDH : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi. Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter ».

³⁴⁰ L'art. 6 TUE prévoit en effet, en son premier paragraphe, que « l'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux [...] laquelle à la même valeur juridique que les traités ». La Cour de justice ainsi que les juridictions nationales disposent depuis lors d'un texte ayant vocation à servir de source principale lorsqu'ils doivent s'acquitter de leur mission de veiller au respect des droits fondamentaux dans le cadre de l'interprétation et de l'application du droit de l'Union.

processuel au sens commun du procès »³⁴¹. Pour autant, la fondamentalisation des sources provenant de ce double espace européen n'était pas sans potentialité de conflits de valeurs. La question s'est alors posée de l'émergence d'un espace juridique en Europe, dans lequel s'appliquerait un droit commun des droits fondamentaux³⁴².

Considérant l'avis 2/94 du 28 mars 1996³⁴³, le traité de Lisbonne a expressément prévu l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'Homme. L'article 6 § 2 du traité sur l'Union européenne dispose ainsi que « l'Union adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Cette adhésion ne modifie pas les compétences de l'Union telles qu'elles sont définies dans les traités »³⁴⁴. Depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne en décembre 2009 et celle du protocole n° 14 à la Convention européenne en juin 2010³⁴⁵, l'adhésion n'est plus seulement un souhait, c'est une obligation juridique. Cette adhésion est appelée à devenir un événement majeur dans l'histoire juridique européenne pour diverses raisons. L'adhésion de l'Union européenne à la Convention désigne en effet le processus par lequel l'Union européenne rejoindra la communauté des 46 États européens³⁴⁶ qui se sont engagés juridiquement à respecter la Convention et ont accepté que ce respect soit contrôlé par la Cour européenne des droits de l'homme. L'Union européenne deviendra la 47^e partie contractante à cette Convention. En ce sens, elle sera intégrée au système de protection des droits fondamentaux de la Convention européenne. Cela signifie que l'Union aura l'obligation de respecter la Convention et sera placée sous le contrôle externe de la Cour européenne. L'adhésion augmentera également la cohérence entre les cours de Strasbourg et du Luxembourg et apportera aux citoyens une protection face à l'action de l'Union, telle que celle dont ils jouissent déjà face à l'action des États membres du Conseil de l'Europe. Cela permettra ainsi aux particuliers et aux entreprises de soumettre au contrôle de la Cour européenne les actes des institutions de l'Union européenne.

Cette obligation prévue par le traité de Lisbonne n'est pas toutefois sans poser un certain nombre de difficultés, notamment en raison du fait que la négociation du futur accord

³⁴¹ S. GUINCHARD et a., *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, op. cit., n° 59, p. 131.

³⁴² V. « Dossier : L'espace européen des libertés, mythe ou réalité ? », *Rev. UE*, 2020, p. 166.

³⁴³ Dans lequel la Cour de justice a jugé que l'adhésion de l'Union européenne à la Cour européenne nécessitait la révision préalable du traité CE dans la mesure où elle entraînerait un changement substantiel du régime de la protection des droits de l'homme dans l'ordre juridique de la Communauté.

³⁴⁴ Cet art. 6 § 2 fait l'objet du protocole n° 8 annexé aux traités, qui fixe des conditions à cette adhésion.

³⁴⁵ Lequel a amendé l'art. 59 CESDH en y insérant un nouveau paragraphe 2, dont le libellé est : « 2. L'union européenne peut adhérer à la présente Convention ».

³⁴⁶ Depuis le 16 mars 2022, date à laquelle le Comité des ministres a décidé que la Fédération de Russie cessera d'être membre du Conseil de l'Europe avec effet immédiat : v. *supra* nbp n° 324.

d'adhésion est soumise au respect d'exigences particulières qui se distinguent de celles prévues dans le cas de l'adhésion d'un État³⁴⁷. De ce fait, dans son avis C-2/13 du 18 décembre 2014, la Cour de justice de l'Union européenne a reconnu que si les obstacles à l'adhésion soulevés en 1996 avaient été levés par le traité de Lisbonne, cette adhésion n'était toujours pas possible du fait que le projet d'accord sur l'adhésion de l'Union à la Convention n'était pas compatible avec les dispositions du droit de l'Union. Pour autant, depuis lors, les négociations sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne ont repris³⁴⁸.

Dans l'attente, se pose nécessairement la question de savoir quel est le statut juridique de la Convention dans l'ordre juridique de l'Union européenne. En l'état actuel du droit de l'Union européenne, l'Union et ses institutions ne sont pas directement liées par la Convention. Celle-ci n'a alors pas de statut à proprement parler. Cependant, tant la jurisprudence que les textes de droit primaire y font référence. En effet, la Cour de justice s'appuie régulièrement sur les dispositions de la Convention européenne et sur les décisions de la Cour européenne pour développer sa propre jurisprudence en matière de droits fondamentaux³⁴⁹. La Cour européenne des droits de l'Homme a notamment attesté de la convergence des niveaux de protection à l'égard de l'Union européenne par la reconnaissance d'une présomption de protection équivalente³⁵⁰. Également, l'article 6 § 3 du Traité de l'Union européenne dispose que la Convention européenne constitue, au côté des traditions constitutionnelles communes aux États membres, la source principale des principes généraux³⁵¹. Dans le même sens, l'article 52 § 3 de

³⁴⁷ Ainsi, par ex., il est prévu que l'accord portant adhésion de l'Union à la Convention européenne doit préserver les caractéristiques spécifiques de l'Union et de son droit : v. Protocole n° 8 relatif à l'art. 6 § 2 TUE sur l'adhésion de l'Union à la Convention européenne. Égal., l'art. 218 TFUE (§ 6 et § 8) issu du traité de Lisbonne prévoit une procédure spéciale pour cette adhésion : le Parlement devra approuver le traité d'adhésion, ainsi que le Conseil qui statuera à l'unanimité. Ensuite, une ratification par tous les États membres de l'Union, puis une ratification par tous les autres États du Conseil de l'Europe, seront nécessaires.

³⁴⁸ Pour précision quant aux réunions du Groupe de négociation, v. not. <https://www.coe.int/fr/web/human-rights-intergovernmental-cooperation/accession-of-the-european-union-to-the-european-convention-on-human-rights>.

³⁴⁹ CJCE, 30 avr. 1996, aff. C-13/94, *P c/ S et Cornwall County Council*, pt 16 ; *AJDA* 1996. 739, chron. H. CHAVRIER, E. HONORAT et G. DE BERGUES ; *ibid.* 1998. 801, chron. H. CHAVRIER, H. LEGAL et G. DE BERGUES ; *D.* 1997. 212, obs. J. RIDEAU ; *Dr. soc.* 1997. 397, chron. S. VAN RAEPENBUSCH ; *ibid.* 510, chron. S. VAN RAEPENBUSCH.

³⁵⁰ Établie dans l'arrêt CEDH [GC], 30 juin 2005, *Bosphorus Hava Yollari turizm ve ticaret anonym sirketi c. Irlande*, req. 45036/98, § 165 : « la Cour estime pouvoir considérer que la protection des droits fondamentaux offerte par le droit communautaire est, et était à l'époque des faits, « équivalente » à celle assurée par le mécanisme de la Convention » (« équivalente » étant entendue comme « comparable » par la Cour : § 155), et développée dans l'arrêt CEDH, 6 déc. 2012, *Michaud c. France*, req. n° 12323/11. Plus récemment, et postérieurement à l'avis de la CJUE ayant refusé l'adhésion de l'Union à la Convention, la présomption de compatibilité a également été mise en lumière dans l'arrêt CEDH [GC], 23 mai 2016, *Avotiņš c. Lettonie*, req. n° 17502/07 : v. not. J.-L. SAURON, « Sur la présomption de protection équivalente ou comment contourner le retard de l'adhésion de l'UE à la Convention européenne des droits de l'Homme », *Gaz. Pal.*, 19 juill. 2016, n° 270v7, p. 12.

³⁵¹ Cf. Art. F § 2 TUE. En ce sens, « le système communautaire de protection des droits fondamentaux jouit d'une présomption de compatibilité avec la Convention » : G. COHEN-JONATHAN, « La Convention européenne des droits de l'homme », *JCl. Europe*, n° 95.

la Charte des droits fondamentaux présente une certaine correspondance entre les droits qu'elle contient et ceux garantis par la Convention européenne. Il dispose en effet que, s'agissant des droits correspondant à des droits contenus dans la Convention, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère cette dernière³⁵².

89. La réunion des sources des droits fondamentaux en Europe et les influences réciproques entre ces deux systèmes dans ce domaine participent ainsi au phénomène de globalisation des sources³⁵³ ou encore de cosmopolitisme normatif³⁵⁴. Il peut dès lors être envisagée la consécration d'un « espace juridique européen fondé sur des règles communes, à savoir les droits fondamentaux »³⁵⁵. Ces derniers cristallisent la tension entre l'individu pris individuellement, le peuple national et la communauté européenne. Ainsi peuvent-ils être nécessairement appréhendés « comme une condition de communicabilité entre les ensembles juridiques et un moyen d'émergence d'un droit “global” »³⁵⁶ qui s'applique au sein des États parties.

Envisagée précisément au regard des droits fondamentaux processuels, cette opération de fondamentalisation – établissant un fonds processuel commun aux États – a fait éclore la notion de procès équitable. Contenu dans l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, l'article 6 de la Convention européenne et l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ce modèle du droit au procès équitable a été véritablement sculpté par la jurisprudence des organes de contrôle de ces instruments internationaux afin de créer un véritable modèle européen respectueux des droits de l'homme³⁵⁷.

³⁵² Sur la notion de droits correspondants et son utilisation par la Cour de justice, v. not. M. AFROUKH, « La notion de droits correspondants dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne », *Rev. aff. eur.* 2011. 765.

³⁵³ F. SUDRE, « L'interprétation constructive de la liberté syndicale, au sens de l'article 11 de la Convention EDH », ss. CEDH [GC], 12 nov. 2008, *Demir et Baykara c. Turquie*, req. n° 34503/97, *JCP G.* 2009, n° 5, II. 10018.

³⁵⁴ L. BURGORGUE-LARSEN, « Le destin judiciaire strasbourgeois de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Vices et vertus du cosmopolitisme normatif », in *Chemins d'Europe, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Dalloz, 2010, pp. 145-173, spéc. note n° 9 dans laquelle l'auteur cite F. SUDRE, « L'interprétation constructive de la liberté syndicale au sens de l'article 11 de la Convention EDH », art. préc.

³⁵⁵ L. ROBERT, « Les fondements de l'espace européen des libertés. Retour sur les interactions entre le droit de l'UE et le droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. UE*, 2020, p. 167.

³⁵⁶ E. DUBOUT et S. TOUZE, « La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques », in *ID.* (dir.), *Les droits fondamentaux : charnière entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pedone, 2010, p. 13.

³⁵⁷ Principe dégagé dans l'arrêt CEDH, 21 févr. 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, req. n° 4451/70.

90. La suprématie des droits supranationaux. Présentée comme la patrie des droits de l'homme³⁵⁸, la France a dû, par la force des choses, faire œuvre de conciliation entre ses propres normes nationales et les normes venues d'ailleurs. L'intégration des droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme dans son système normatif et l'application concrète et effective du droit de l'Union ont nécessairement porté atteinte à la prééminence de ses sources nationales³⁵⁹. Ce n'est dès lors pas sans réticences³⁶⁰ que les États membres ont dû abandonner certains de leurs modèles traditionnels au profit de valeurs protégées au niveau supranational³⁶¹.

L'influence de ces droits fondamentaux sur l'ordre juridique interne a été d'abord appréhendée par la reconnaissance de leur primauté dans le texte même de la Constitution³⁶² et

³⁵⁸ Appellation due à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 16 août 1789. – J. DU BELLAY, dans son célèbre sonnet intitulé « France mère des arts, des armes et des lois » présentait notamment son pays natal comme « mère des lois ».

³⁵⁹ Face à cette ingérence dans les normes de référence de la légalité interne, les juridictions françaises ont eu rôle primordial à jouer. Elles se devaient de délivrer l'interprétation la plus juste possible des textes supranationaux. Tout en évoquant les difficultés techniques résultant des influences supranationales (« comment concilier une fonction judiciaire définie par le droit national, qui faisait du juge le serviteur de la loi interne, avec l'obligation d'appliquer des règles d'origine extérieure au droit français, dont l'interprétation relevait en dernière instance d'une juridiction étrangère à l'organisation judiciaire nationale ? »), Monsieur le professeur Denys SIMON faisait valoir que c'était à une véritable « révolution culturelle ? » que les juridictions étaient appelées : *in* « Avant-propos, La contribution de la Cour de cassation à la construction juridique européenne : Europe du droit, Europe des juges », *Rapp. Annuel de la Cour de cassation*, 2006.

³⁶⁰ En effet, comment admettre que la magnificence de la loi, tant reconnue en France, puisse être réduite par des mécanismes européens ou communautaires ? Comment les juges du Quai de l'Horloge ou du Palais Royal pourraient-ils trahir leur loi nationale en devenant les messagers « des droits venus d'ailleurs, des droits venus de nulle part, des droits qui n'ont ni histoire, ni territoire » (J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion 1996, p. 48 s.) ?

³⁶¹ L'abandon du modèle inquisitoire propre à la procédure pénale française en est notamment une illustration. C'est toute la philosophie de la matière pénale française qui a été renouvelée, prenant davantage en considération les droits individuels des délinquants. La France a été condamnée par la Cour européenne à de multiples reprises, avant de réorganiser et de présenter une procédure en adéquation avec les garanties de la Convention. Afin de poursuivre ce projet de vie commune, la société européenne s'est construite sur la base du compromis.

³⁶² Aux termes de l'art. 55 de la Constitution, « les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ». Cette condition de réciprocité ne concerne toutefois pas la Convention européenne en raison du caractère objectif de ses dispositions : « les obligations souscrites par les États contractants dans la Convention ont essentiellement un caractère objectif, du fait qu'elles visent à protéger les droits fondamentaux des particuliers contre les empiètements des États contractants, plutôt qu'à créer des droits subjectifs et réciproques entre ces derniers » (Commission EDH, 11 janv. 1961, *Autriche c. Italie*, req. n° 788/60), v. aussi Commission EDH *France c. Turquie*, 6 déc. 1983. – Sur le fondement de cet article, la Cour de cassation, dans sa célèbre jurisprudence *Cafés Jacques Vabre*, (Cass., Ch. mixte, 24 mai 1975, n° 73-13.556, *Bull.* n° 4, p. 6) et le Conseil d'État, près de quinze ans plus tard, dans son arrêt *Nicolo* (CE, Ass., 20 oct. 1989, n° 108243, Lebon, p. 190) se sont autorisés à assumer la sanction de la primauté des droits supranationaux, quand bien même le texte français serait postérieur au texte conventionnel. Tout en acceptant de contrôler la conventionalité des lois, la Cour de cassation reconnaît que « le Traité du 25 mars 1957 [instituant la communauté économique européenne], qui, en vertu de l'article [55] de la Constitution, a une autorité supérieure à celle des lois, institue un ordre juridique propre intégré à celui des États membres ; qu'en raison de cette spécificité, l'ordre juridique qu'il a créé est directement applicable aux ressortissants de ces États et s'impose à leurs juridictions ».

de leur effet direct³⁶³. En droit processuel, la Cour européenne a notamment eu l'occasion de préciser que les États contractants ont une obligation de résultat pour assurer le respect des garanties protégées l'article 6 § 1 : « il incombe aux États contractants d'agencer leur système judiciaire de manière à leur permettre de répondre aux exigences de l'article 6 par. 1 »³⁶⁴.

Cette immersion dans le droit national s'est d'autant plus renforcée par la diffusion des idées véhiculées par les organes de protection de ces instruments supranationaux³⁶⁵. Ainsi, ce n'est pas tant la réception de ce modèle supranational par les tribunaux étatiques ou par ceux qui exercent le pouvoir que les idéaux de chacun – juristes ou justiciables – qui ont pu être remodelés par cet esprit de modernité mondialisée.

91. Nonobstant l'évolution constatée quant à la considération de cet ordre processuel supranational, l'analyse de l'article 55 de la Constitution permet de cerner toute la précocité de la survenance du phénomène de fondamentalisation des droits venus de l'extérieur. En imposant la primauté du droit international et du droit européen, il ne fait en définitive que reconnaître un principe issu de l'ordre juridique européen. Il s'agit ainsi de reprendre ce qui s'impose, de quelque manière que ce soit, à l'État³⁶⁶. À ce titre, Monsieur le professeur Pascal PUIG reprenait l'analyse de Monsieur le professeur Remy LIBCHABER, selon laquelle « l'ordre juridique français est aujourd'hui dominé par la sphère internationale et transpercé par le droit

³⁶³ L'effet direct est défini par la Cour de justice comme le fait de « conférer des droits individuels que les juridictions nationales doivent sauvegarder » (CJCE, *Van Gend et Loos c/ Administration fiscale néerlandaise*, 5 févr. 1963, aff. 26/62, Rec. 1). En ce sens, les normes supranationales font « directement naître dans l'ordre interne des droits au bénéfice des personnes privées, physiques et/ou morales » (P.-M. DUPUY et Y. KERBRAT, *Droit international public*, 15^e éd., Dalloz, Coll. « Précis », 2020, n° 419, p. 463).

³⁶⁴ CEDH, 10 juill. 1984, *Guincho c. Portugal*, req. n° 8990/80, § 38 ; CEDH, 26 oct. 1984, *De Cubber c. Belgique*, req. n° 9186/80, § 35 ; CEDH, 12 févr. 1985, *Colozza c. Italie*, req. n° 9024/80, § 30. Cette obligation de résultat pourrait dès lors se traduire par un engagement de la responsabilité de l'État qui n'aurait pas mis sa législation en conformité avec les sources européennes. – Aussi, la Cour européenne met-elle à la charge des États des obligations positives procédurales : v. S. RABILLER, « Clair-obscur des obligations procédurales (à propos des obligations positives d'ordre procédural dans la jurisprudence de la cour EDH) », *LPA*, 26 juill. 2005, n° 147, p. 6.

³⁶⁵ La CJCE affirme clairement la prééminence du droit communautaire dans diverses décisions, not. CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c. ENEL*, 6/64, Rec 1141 : « le droit né du traité ne pourrait donc, en raison de sa nature spécifique originale, se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même » ; CJCE, 9 mars 1978, *Simmmenthal*, 106/77, Rec 629 : « Tout juge saisi dans le cadre de sa compétence, a, en tant qu'organe d'un État membre, pour mission de protéger les droits conférés aux particuliers par le droit communautaire » ; quant à la Cour européenne, elle considère la Convention comme « un instrument constitutionnel de l'ordre public européen » : CEDH, 23 mars 1995, *Loizidou c. Turquie* (exceptions préliminaires), req. n° 15318/89, § 75 et 93. Elle a notamment pu reconnaître l'applicabilité de l'ensemble des garanties du procès équitable aux procédures du contentieux de constitutionnalité : « lorsque le droit national prévoit l'existence d'une telle juridiction dont l'accès est ouvert directement ou indirectement aux justiciables, les procédures qui se déroulent devant elles doivent respecter les principes de l'article 6 § 1 de la Convention lorsque la décision à rendre peut influencer sur l'issue du litige civil dont il est débattu devant les juridictions ordinaires » (v. CEDH, 23 juin 1993, *Ruiz-Mateos c. Espagne*, req. n° 12952/87, § 35).

³⁶⁶ « L'État national n'est plus le maître de son droit » (S. GUINCHARD et a., *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, op. cit., n° 197, p. 332).

communautaire parce que notre édifice normatif est couronné d'une Constitution qui reconnaît la suprématie de la norme internationale »³⁶⁷.

92. Avènement d'un droit processuel mondialisé. Eu égard à la constitution progressive de cet ordre juridique supra-étatique, de cette autorité venue d'en-haut, l'on assiste à la consécration d'un espace normatif homogène comprenant les standards de bonne justice³⁶⁸. Les droits fondamentaux processuels mis en lumière au sein de la Convention³⁶⁹ et de la Charte sont ainsi les nouveaux fondements de la justice française. Un droit commun du procès – investissant la justice des États membres et honoré par leurs juridictions nationales – est consacré, et ce, dans une volonté d'assurer une harmonisation tant interétatique qu'intra-étatique des procédures de règlement des différends. Ainsi que le soulignait Monsieur le professeur Serge GUINCHARD, « ces droits fondamentaux du procès contribuent déjà à la modélisation des procès, quel que soit d'ailleurs le type de contentieux, quel que soit le pays »³⁷⁰. Or, ce droit processuel, applicable à l'ensemble des règlements contentieux, a pris un tour d'autant plus nouveau au regard de la diversification des modes de résolution des différends. L'engouement pour les règlements amiables dans l'ensemble des pays de l'Union européenne a été tel que le phénomène de fondamentalisation a étendu son champ d'application.

93. Considération de la diversification de l'offre de justice. Dans la continuité du développement de cette société européenne institutionnalisée, la Commission européenne a décidé de mener une réflexion approfondie afin de mettre en place « un environnement juridique sûr et pratique permettant d'accroître la confiance dans ces modes »³⁷¹. L'adoption de deux recommandations³⁷² établissant des principes applicables aux procédures extrajudiciaires pour le règlement des litiges en matière de consommation, tant nationaux que transnationaux,

³⁶⁷ P. PUIG, « La question de constitutionnalité : prioritaire mais pas première... », *RTD civ.* 2010, p. 66. ; R. LIBCHABER, « L'impossible rationalité de l'ordre juridique », *Études à la mémoire du professeur Bruno Oppetit*, Litec, 2009, p. 522.

³⁶⁸ V. L. CADIEP, J. NORMAND et S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, *op. cit.*, n° 113, p. 248 : « une justice internationale se met progressivement en place, voire une justice globale là où la société internationale s'organise ».

³⁶⁹ V. not. l'art. 13 CESDH, qui reconnaît un droit général à un recours – lequel peut être un simple recours administratif – et l'art. 6 § 1, qui reconnaît le droit à un procès équitable.

³⁷⁰ S. GUINCHARD et a., *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, *op. cit.*, n° 288, p. 562 ; v. aussi S. GUINCHARD, « Les métamorphoses de la procédure à l'aube du troisième millénaire », in *Clés pour le siècle. Droit et science politique, information et communication, sciences économiques et de gestion*, Dalloz, 2000, n° 1278, p. 1174.

³⁷¹ Livre Vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial, Réaction de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, Rapp. présenté par P. SOLIGNAC au nom de la Commission juridique et adopté par l'Assemblée générale du 19 sept. 2002, p. 8.

³⁷² La première recommandation, adoptée le 30 mars 1998 (JO L 115 du 17 avril 1998, p. 31), et la seconde du 4 avril 2001 (JO L 109 du 19 avril 2001, p. 56).

et l'élaboration d'un Livre Vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial³⁷³ avaient pour objectif de garantir que les règlements amiables « offrent un niveau satisfaisant de sécurité, et répondent à des normes de qualités minimales »³⁷⁴. Tels que constatés par la Commission, le renforcement de l'action communautaire et le succès rencontré dans la pratique par les principes énoncés dans les recommandations favorisent nécessairement l'application de ces différents principes à l'ensemble des règlements amiables, quel que soit leur domaine. Dans sa décision du 29 mai 2000, le Conseil « Justice et Affaires intérieures »³⁷⁵ avait en effet souhaité que la priorité dans le Livre vert et les travaux ultérieurs éventuels sur les règlements amiables soit « accordée à la possibilité d'établir des principes fondamentaux, soit en général soit dans des domaines spécifiques, qui donnent des garanties nécessaires pour que le règlement des conflits par des instances extrajudiciaires offre le niveau de sécurité requis dans l'administration de la justice »³⁷⁶.

Le renouvellement de l'offre de justice appelle nécessairement une harmonisation des principes directeurs applicables. Afin de résorber le clair-obscur inhérent aux diverses manières de résoudre un différend, la mise en correspondance des différentes formes de justice est perceptible, et ce notamment, au regard du phénomène de procéduralisation.

94. De la fondamentalisation à la procéduralisation. L'édification de ce *corpus* de droits fondamentaux processuels et l'assertion de son investiture au sein des législations nationales – dans les divers modes de règlement des différends – peuvent très bien s'analyser à la lumière de la tendance à la « procéduralisation de la justice douce »³⁷⁷. Ce phénomène, largement apprécié par la doctrine, est défini par Monsieur le professeur Antoine JEAMMAUD comme « l'extension du domaine de formes ou principes de procédure imités de ceux gouvernant la procédure contentieuse devant les juridictions d'État »³⁷⁸.

³⁷³ COM (2002) 196 final.

³⁷⁴ Rapp. préc., p. 9. – Le Livre Vert précise également que « ces recommandations visent essentiellement à assurer que les ADR offrent aux parties un minimum de garanties de qualité telles que l'indépendance ou l'impartialité, la transparence, l'efficacité et le respect du droit. La crédibilité des organes qui répondent à ces critères s'en trouve ainsi renforcée ».

³⁷⁵ Formation du Conseil de l'Union européenne, qui met en place une coopération des politiques communes concernant diverses questions transfrontalières dans le but de créer un espace de liberté, de sécurité et de justice à l'échelle de l'Union européenne.

³⁷⁶ Conclusions du Conseil Justice et Affaires intérieures du 29 mai 2000, Conseil/00/183, Bruxelles, Disponible sur : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/PRES_00_183.

³⁷⁷ A. JEAMMAUD, « Introduction à la sémantique de la régulation juridique. Des concepts en jeu », in J. CLAM et G. MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, op. cit., p. 67. L'auteur souligne l'« institutionnalisation », la « judiciarisation » et la « processualisation » de la justice amiable, « si l'on veut bien entendre par là l'accès aux grands principes du droit du procès » (nbp n° 76, p. 67).

³⁷⁸ *Ibid.*, p. 66.

Si les règles ne vont pas plus loin que leur technicité du fait qu'elles soient, comme le précisait DWORKIN, « applicables dans un style tout-ou-rien », les principes indiquent « plutôt une raison d'aller dans un sens, mais non pas de prendre nécessairement une décision particulière »³⁷⁹. Les principes n'ont pas la rigidité d'un pouvoir institutionnel, ils sont davantage considérés comme des guides afin d'obtenir le meilleur sentiment de justice³⁸⁰. Le phénomène de procéduralisation s'appréhende, de ce fait, au vu de l'emprise croissante que peuvent avoir les principes directeurs du procès sur tout un système de justice. C'est alors qu'il poursuit l'ambition universelle de développer un droit processuel globalisé, un droit processuel nouvelle génération dont les faisceaux innervent les différentes branches du droit ainsi que les divers processus permettant de résoudre un différend, qu'il s'agisse des règlements contentieux ou amiables.

Section 2. Élargissement du droit processuel par l'intégration des règlements amiables

95. Un droit commun des procédures. Riche des éclairages juridiques apportés par MOTULSKY³⁸¹ et des mutations que notre justice a connues, le droit processuel s'est transformé. Il est devenu le droit commun du procès ou, plus largement, le droit commun des procédures³⁸².

Accueilli dès son origine comme une synthèse des différentes procédures traditionnelles suivies devant les juridictions françaises³⁸³, le droit processuel ne peut désormais être envisagé

³⁷⁹ R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, 1977, trad. par M.-J. ROSSIGNOL et F. LIMARE, PUF, Coll. Léviathan, 1995, p. 82. « Si les faits qu'une règle stipule sont donnés, alors soit cette règle est valide, auquel cas la réponse qu'elle fournit doit être acceptée, soit elle ne l'est pas, auquel cas elle n'apporte rien pour la décision ». En ce sens, Monsieur le professeur Laurent HUSSON précise que les principes donnent « cohérence, sens et unité aux règles et aux pratiques, cette manière de donner sens étant sous-tendue par la thèse d'une certaine efficacité juridique de leur affirmation », in « Règle, principes et valeur sous l'horizon du temps. D'une articulation conceptuelle à la définition d'un cadre professionnel », 2017, Disponible sur : <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01633088/document>.

³⁸⁰ C'est-à-dire la combinaison du sentiment d'équité et d'efficacité vécue par l'utilisateur d'un procédé de justice : v. J.-F. ROBERGE, « Le sentiment de justice. Un concept pertinent pour évaluer la qualité du règlement des différends en ligne ? », *Rev. juridique de la Sorbonne*, n° 1, juin 2020, pp. 5-21 – cf. introduction.

³⁸¹ Bien que MOTULSKY ait été le premier à s'intéresser à l'émergence d'un « droit processuel », l'idée vient d'Italie. L'expression même du droit processuel est directement traduite de l'italien « diritto processuale » proposé par Giuseppe CHIOVENDA (v. not. *ID.*, *Saggi di diritto processuale civile*, Milano, Giuffrè, 1904, rééd. 1993, XXIX – 1406 p. ; *ID.*, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 1923) et a été diffusée en France par le professeur VIZIOZ (*Études de procédure*, préf. S. GUINCHARD, Paris, Dalloz, Coll. « Bibliothèque Dalloz », 2011, réimp. Ed. Bière, 1931, 704 p.). – Pour un historique du droit processuel, v. L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, op. cit., pp. 5 s.

³⁸² W. BARANES, M.-A. FRISON-ROCHE et J.-H. ROBERT, « Pour le droit processuel », *D.* 1993, chron. p. 9.

³⁸³ À savoir la procédure civile, la procédure pénale et la procédure administrative. – V. H. MOTULSKY, *Droit processuel*, textes réunis par M.-M. CAPEL, Les cours de droit, Montchrestien, 1973.

strictement comme un droit comparé interne³⁸⁴. Les dissemblances entre les différents contentieux ne doivent cependant pas être négligées ; les qualités de l'un pouvant faire évoluer les autres³⁸⁵. Pour autant, il est nécessaire d'élargir les horizons de notre compréhension de la matière par le dépassement de la pure technique procédurale et l'analyse de cette science de la procédure³⁸⁶.

L'internationalisation et la fondamentalisation du droit³⁸⁷ ont été les phénomènes instigateurs de cette nouvelle conception du droit processuel, et ce, par le biais de l'émergence de principes généraux de procédure³⁸⁸. L'approche comparative a, dès lors, été abandonnée au profit de la promotion d'un ordre processuel globalisé, d'ensemble. Ainsi que l'énonçait Monsieur le professeur GUINCHARD, « le droit processuel a changé de dimension ; il n'est plus le droit des procéduriers qui réfléchissent sur leur discipline en comparant les divers contentieux dans leur pure technique procédurale, mais le droit de ceux qui s'intéressent aux sources communes d'inspiration de tous les contentieux, à leurs fondements, aux principes de droit naturel qui s'imposent dans la conduite de tous les procès »³⁸⁹. Ce nouveau droit processuel, ce « fonds commun processuel »³⁹⁰ dont le socle se réfère aux principes fondamentaux de procédure qui transcendent les particularismes nationaux et propres à chaque matière, se répand telle une ombre sur l'ensemble des procédures dont l'objet n'est autre que de résoudre les contentieux. Le droit processuel s'intéresse ainsi à l'utilité sociale de la participation des

³⁸⁴ Dans l'ouvrage *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, les auteurs critiquent l'approche comparative en la jugeant artificielle et en dénonçant ses limites puisqu'elle consiste à comparer systématiquement des contentieux trop différents : « comment, en effet, comparer des contentieux qui sont, par nature, par culture, extrêmement différents, à tel point qu'on peut se demander si leur comparaison comporte un intérêt autre qu'archéologique ? » (S. GUINCHARD et a., *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, *op. cit.*, n° 4, p. 3).

³⁸⁵ Les qualités d'un contentieux peuvent nécessairement apporter à l'évolution d'un autre. Tel était ainsi l'objectif assigné au droit processuel par Henri MOTULSKY : « approfondir et comparer, ou approfondir en comparant », *in Droit processuel*, *op. cit.*, p. 3. – V. égal. A. GARAPON, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, O. Jacob, 2001, p. 149 ; J.-P. ANCEL, « Art processuel », *in Mél. Jean Buffét. La procédure en tous ses états*, Petites affiches/LGDJ, 2004, pp. 1 s.

³⁸⁶ Le droit processuel apporte à la procédure « sa composante scientifique ». Ainsi renouvelé, il est désormais envisagé comme « la science de la procédure » (S. GUINCHARD et a., *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, *op. cit.*, n° 5, pp. 6-7), comme « une science de la construction des liens interhumains » (E. JEULAND, *Droit processuel général*, 3^e éd., LGDJ, Coll. « Domat », n° 1, p. 16). – Pour aller plus loin concernant une appréciation de « la science du droit », v. not. J. CARBONNIER, *Droit civil. I/ Introduction, les Personnes*, PUF, Coll. « Thémis Droit », (1^{ère} éd., 1955), 8^e éd., 1969, n^{os} 7 et 8, pp. 32 et s.

³⁸⁷ Cf. *supra* n^{os} 76 s.

³⁸⁸ En raison des profondes mutations rencontrées par le droit processuel, il « se trouve irrigué par des standards communs à tous les procès, nationaux ou internationaux, peu important qu'ils relèvent de la matière civile ou de la matière pénale, standards provenant de sources internationales » (S. GUINCHARD et a., *op. cit.*, p. 5).

³⁸⁹ S. GUINCHARD et a., *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, *op. cit.*, p. 5 ; égal. cité *in* L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, *op. cit.*, p. 9 ; Cf Chap. 2 « Droit naturel ».

³⁹⁰ Largement présenté par Monsieur le professeur Serge GUINCHARD, *ibid.*

citoyens dans le système de justice. Il porte une attention toute particulière à la pérennité des rapports sociaux et à la manière la plus absolue d'obtenir la paix.

96. Le droit processuel et la justice. Si l'essence même de la justice réside dans la résolution d'un problème donné ou encore dans la recherche d'une harmonisation globale, diverses formes révèlent son attrait. Ainsi, le droit processuel renouvelé se perçoit au cœur de la relation conjecturale entre les différentes manières d'accéder à la justice, entre les différents modes de résolution des différends. Cette nouvelle approche processuelle a une portée d'autant plus essentielle qu'elle fait naître une tout autre philosophie de la justice. La justice se déploie tant par le biais des modes traditionnels de résolution des différends, soit le procès, que par les modes consensuels de résolution des différends, dits règlements amiables. Cette complémentarité entre justice ordonnée et justice négociée (§1) entraîne nécessairement un certain encadrement des règlements amiables (§2).

Paragraphe 1 : Les règlements amiables, une justice complémentaire à la justice traditionnelle

97. Objectif de bonne justice. Afin d'exercer sa mission de satisfaire l'intérêt général, la justice doit répondre aux enjeux contemporains. Cette nécessaire adaptabilité est notamment perceptible au regard de l'exigence constitutionnelle de bonne administration de la justice³⁹¹. Cette expression, synonyme de recherche de bonne justice, est définie comme le bienfait attendu du service de la justice³⁹². Elle peut être appréhendée de manière stricte, ou étroite, comme la justification de mesures exceptionnelles se détournant des règles classiques afin de rendre plus aisées certaines techniques procédurales. Mais elle est plus largement perçue comme l'ensemble des critères qui font la justice idéale des hommes³⁹³. Le justiciable est placé au centre des préoccupations afin qu'une justice plus équitable et adaptée à ses besoins lui soit

³⁹¹ Le Conseil constitutionnel en a fait un objectif à valeur constitutionnelle : Cons. Const., 3 déc. 2009, n° 2009-595 DC. La Cour européenne l'a également reconnu sur le fondement de l'art. 6 CESDH, CEDH, 12 oct. 1992, *Boddaert c. Belgique*, req. n° 12919/87, § 39 : « L'article 6 prescrit la célérité des procédures judiciaires, mais il consacre aussi le principe, plus général, d'une bonne administration de la justice. Dans les circonstances de la cause, le comportement des autorités se révèle compatible avec le juste équilibre à ménager entre les divers aspects de cette exigence fondamentale » ; CEDH, 10 avr. 2001, *Sablon c. Belgique*, req. n° 36445/97, § 96 : « La Cour rappelle à cet égard que l'article 6 de la Convention prescrit la célérité des procédures judiciaires, mais il consacre aussi le principe, plus général, d'une bonne administration de la justice ». – Relativement à la bonne administration de la justice, v. Dossier *Justice et cassation*, Dalloz, 2013.

³⁹² G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., v° « Bonne justice ».

³⁹³ J. ROBERT, « La bonne administration de la justice », *AJDA*, 1995, p. 117 ; N. LAVAL, « La bonne administration de la justice », *LPA*, 12 août 1999, n° 160, p. 12.

rendue. « La bonne administration de la justice intéresse donc l'œuvre de justice »³⁹⁴, comme l'avait indiqué Monsieur le professeur CADIET.

98. La recherche d'harmonisation des rapports sociaux a conduit au développement d'une tout autre forme de justice, conjointement à la justice étatique traditionnelle : la justice amiable. Il s'agit bien d'un nouveau type de justice que le politique préconise à travers ses réformes : « une justice décentralisée et conciliatrice, une justice plus humaine, apte à traiter les vrais conflits entre les gens et pas seulement leur aspect purement juridique, une justice tournée vers l'avenir au lieu de se borner à juger le passé, une justice de réparation qui facilite la coopération et la solidarité »³⁹⁵.

99. Renouveau de l'idéologie de justice. La justice était traditionnellement appréhendée au sein de la solution du litige, que le juge avait pour mission de trancher. Elle était à ce titre la *causa proxima* et *causa finalis* du procès. Pour autant, l'engouement porté aux règlements amiables des différends et leur développement au gré des réformes ont permis de repenser le modèle processuel traditionnel de la justice française. Dans une volonté de faire évoluer les rapports entre la justice et la société, une diversité de l'offre de justice a vu le jour. Les textes, qui instituent une autre manière de rendre la justice, donnent ainsi à la justice deux visages : « une justice dictée par la loi, et en conséquence chargée de réaliser concrètement le droit, une justice orientée vers le compromis et la paix sociale »³⁹⁶. Si ces deux formes de justice n'empruntent pas le même cheminement processuel, il est indéniable que leur point de départ et leur finalité sont identiques. De par leurs rapprochements (A) et la collaboration qu'elles favorisent – en participant à l'élaboration de l'œuvre commune qu'est la justice – (B), elles sont complémentaires.

³⁹⁴ L. CADIET, « Introduction à la notion de bonne administration de la justice en droit privé », *Justice et cassation*, Dalloz, p. 14.

³⁹⁵ J. VERIN, « Le règlement extra-judiciaire des litiges », *Rev. de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1, 1982, p. 183, cité in B. GORCHS, « La conciliation comme "enjeu" dans la transformation du système judiciaire », art. préc., p. 239.

³⁹⁶ V. J.-M. COULON, Rapp. au garde des Sceaux, ministre de la justice : *Réflexions et propositions sur la procédure civile*, Paris, La Documentation française, 1997, p.17.

A) *Les rapprochements perceptibles entre les différentes formes de justice*

100. Similitude entre justice traditionnelle étatique et justice amiable. Deux formes de justice apparaissent dès lors au sein de notre système juridique. Distinctes par leur idéologie et leur essence, divers éléments les rapprochent. En effet, elles sont saisies dès la mise en exergue d'un différend (1.) et ont pour objectif identique de le résoudre, tout en faisant œuvre de justice (2.). Mais encore, outre ces deux points communs que sont le commencement et la fin de leur mission, ces deux formes de justice recouvrent des effets processuels similaires (3.).

1. Le différend, matière première de la justice

101. Le différend et les notions voisines. « Aplanir les conflits sociaux »³⁹⁷, telle est bien la première vocation du droit. En tant que technique de décision, il maintient la paix sociale et isole les conflits surgissant en les soumettant à un traitement précis, élaboré et formel, que sont les différentes procédures de notre système juridique³⁹⁸. La justice entre alors en scène dès que la société est troublée par la discorde, les tensions dans un groupe ou encore par un acte de violence. Les maux mis en forme font naître le différend à résoudre. Or, les contours de ce dernier posent certaines difficultés. Si les procédures contentieuses permettent de mettre fin à des *litiges*, règlent-elles pour autant le *conflit* sous-jacent ?

Le *conflit* est défini comme « une relation antagonique que réalise ou révèle une opposition de prétentions ou aspirations souvent complexes, plus ou moins clairement formulées, entre deux ou plusieurs groupes ou individus, et qui peut connaître une succession d'épisodes, d'actions, d'affrontements »³⁹⁹. Par opposition au litige, le conflit est alors appréhendé comme le différend non juridique⁴⁰⁰. Le *litige* apparaît, quant à lui, comme le conflit judiciarisé, présenté à la juridiction compétente pour en connaître. Or, l'objectif de la justice n'est pas de trancher un différend – telle est la mission du juge –, mais de le résoudre dans toute

³⁹⁷ GURVITCH, cité in A. JEAMMAUD, « Conflit, différend, litige », *Droits*, 2001/2, n° 34, pp. 15-20, spéc. p. 15.

³⁹⁸ STRÖMHOLM, cité in A. JEAMMAUD, « Conflit, différend, litige », art. préc., p. 16.

³⁹⁹ A. JEAMMAUD, « Conflit, différend, litige », art. préc., p. 17. L'auteur précise alors la définition donnée par le sociologue Alain TOURAINE selon laquelle le conflit est « une relation antagonique entre deux ou plusieurs unités d'action dont l'une au moins tend à dominer le champ social de leurs rapports » : « Conflits sociaux », in *Encyclopaedia Universalis*, Paris, Vol. 4, 8^{ème} éd., nov. 1974, pp. 856-865.

⁴⁰⁰ « À définir le "conflit" comme le différend non juridique et le "litige" comme le différend juridique, on peut avancer les deux propositions suivantes : trancher le litige n'est pas forcément résoudre le conflit mais trancher le litige peut impliquer de résoudre le conflit » (B. GORCHS, « La médiation dans le procès civil : sens et contresens », *RTD civ.* 2003, p. 409).

sa dimension⁴⁰¹. L'activité même de « rendre justice » a une portée d'autant plus forte qu'elle renvoie à la satisfaction de la société entière. Ainsi, le litige ne peut être considéré comme seul et unique fondement. Il apparaît insuffisant pour faire œuvre de justice.

L'œuvre peut être assimilée à un travail. Mais n'est-elle pas, dans un autre sens, considérée comme une création originale ? N'est-il d'ailleurs pas admis que le droit est l'art du bon et de l'équitable⁴⁰² ? La justice opère en effet une analyse précise de la situation conflictuelle. Elle ne se contente pas de répondre positivement ou négativement à une demande ; elle assure le respect de l'obligation de motivation dont les vertus sont d'ordre moral, rationnel et intellectuel⁴⁰³. La justice analyse les faits, répond des responsabilités de chacun et consacre les droits de tous. La justice embrasse le différend dans toute sa dimension afin de permettre la continuité sereine des liens sociaux. Et ainsi, à l'image d'une œuvre d'art, la justice peut être surprenante, novatrice ou jugée provocante.

102. Ce regard d'ensemble est fondamental puisqu'il lui permet de considérer globalement les oppositions dont elle est saisie. Le conflit et le litige appartiennent bien à ce genre commun, que sont les relations conflictuelles. Mais ce dernier regroupe également en son sein la figure du différend, « entendu comme un désaccord juridique non encore portée, formalisé, devant une juridiction par un acte ouvrant une procédure »⁴⁰⁴. La distinction entre ces trois notions se perçoit dès lors selon leur avancée dans le cheminement processuel. Une véritable démocratie doit concevoir le conflit au sein de son ordre juridique, tant par le commandement que par le langage, afin de promouvoir un « consensus conflictuel »⁴⁰⁵. Ainsi revêt-il la forme d'un différend. Le différend est nécessairement plus avancé que le conflit puisque que les parties envisagent de le résoudre. Cependant, il apparaît moins avancé que le litige dans le sens où les parties n'ont pas encore désigné le mode de résolution de ce dernier. Le litige est déjà présenté devant un juge. Ainsi, cette phase, dans laquelle se situe le différend, donne possibilité aux parties de choisir la procédure la plus appropriée au règlement de leur problématique. Il s'agit de l'étape avant bifurcation. Le chemin processuel se divise et les parties s'engagent soit dans une procédure amiable, soit dans une procédure contentieuse. En

⁴⁰¹ V. not. I. KITAMURA, « L'avenir de la “justice conciliatoire” », in *L'avenir du droit. Mél. en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF, 1999, p. 806.

⁴⁰² Adage « *Jus est ars boni et aequi* », in *Digeste*, I, 1, *De justitia et jure*.

⁴⁰³ L'obligation de motivation garantit tout d'abord de l'arbitraire. Mais elle impose également, à celui qui prend la décision, la rigueur d'un raisonnement et une pertinence des motifs dont il est rendu compte. V. l'étude de la Cour de cassation relative à « l'obligation de motivation », in *rapp. annuel de la Cour de cassation*, « Le droit de savoir », 2010, pp. 222-238.

⁴⁰⁴ A. JEAMMAUD, « Conflit, différend, litige », art. préc., p. 18.

⁴⁰⁵ P. RICŒUR, *Lectures I. Autour du politique*, Paris, Seuil, Coll. « La couleur des idées », 1991, pp. 302-303.

acceptant de transposer leur différend dans le champ des possibles, les parties aspirent à la liberté de se défaire de la complexité de leur situation par le biais d'une procédure. Ainsi le différend apparaîtrait comme le critère à l'application du droit processuel.

103. Le différend, le critère à l'application du droit processuel. MOTULSKY considérait que le critère à l'application du droit processuel relevait davantage de l'existence d'une prétention, tout en la définissant comme une affirmation formulée par une personne qui réclame quelque chose⁴⁰⁶. Ce raisonnement apparaît dans la lettre de l'article 4 du Code de procédure civile, lequel présente l'objet du litige comme la prétention du justiciable. L'attention est ainsi portée sur les parties elles-mêmes, qui cadrent l'univers conflictuel. Monsieur le professeur Emmanuel JEULAND a précisé ce critère – jugeant qu'il posait des difficultés dans quelques cas⁴⁰⁷ – en y apportant un élément supplémentaire : « la prétention doit être examinée par un tiers désintéressé »⁴⁰⁸. Une condition apparaissait dès lors : la présence d'un tiers à la procédure qui examinerait la prétention. Étaient ainsi écartées du champ processuel les procédures administratives non contentieuses⁴⁰⁹, à l'inverse de tous les modes alternatifs de règlement des conflits tels que la médiation, la conciliation et l'arbitrage ; « quoique la conciliation ne nécessite pas toujours la présence d'un tiers »⁴¹⁰. Il en est de même pour la médiation conventionnelle, la transaction ou encore la convention de procédure participative⁴¹¹. Si la place de ces règlements amiables pourrait être sujet à débat⁴¹², il semble pourtant que l'auteur ne s'y attarde pas, considérant l'entrée dans le champ du droit processuel des « procédures sans procès »⁴¹³.

104. L'élément inhérent à la justice et mettant en application son droit processuel serait non pas le litige, ni la simple prétention, mais le différend disposant de larges contours et

⁴⁰⁶ H. MOTULSKY, *Droit processuel, op. cit.*, 1973, p. 6.

⁴⁰⁷ En effet, l'auteur jugeait ce critère comme paraissant malaisé au regard de la non-admission des procédures administratives non contentieuses au sein du droit processuel. L'auteur ne souhaitait dès lors pas limiter le critère du droit processuel à la seule prétention soumise au juge (soit le litige) : E. JEULAND, *Droit processuel général*, 4^e éd., *op. cit.*, n° 17, pp. 50 s.

⁴⁰⁸ *Ibid.*

⁴⁰⁹ Du fait que l'administration ne soit pas un tiers vis-à-vis de la prétention, au contraire du juge administratif ou de l'autorité administrative indépendante.

⁴¹⁰ *Ibid.*

⁴¹¹ Bien que celle-ci compte la présence des conseils des parties.

⁴¹² En effet, l'interrogation se pose quant à l'importance donnée par Monsieur le professeur JEULAND à ce tiers, qui n'a pourtant reçu aucune formation légalement reconnue pour résoudre les différends. Pourquoi sa présence permettrait l'intégration des processus amiables dans le champ processuel, et ce, contrairement aux processus engagés par les seules parties en conflit ? Pourquoi ne pas intégrer la transaction qui était pourtant le premier procédé à être doté de l'autorité de la chose jugée ? Pourquoi ne pas intégrer la convention de procédure participative, laquelle est contradictoire et admet l'assistance des avocats ?

⁴¹³ *Ibid.*

suscitant la mise en œuvre d'une réponse juste et appropriée, qu'elle soit amiable ou étatique⁴¹⁴. La demande des justiciables implique nécessairement une réponse utile à leur avenir commun. Le choix de la procédure à suivre ne se fera qu'après l'étude de la solution la plus adaptée à la situation de chacun. Ainsi la justice dépasse la critique émise par BERNANOS, selon laquelle « la justice des hommes [intervient] toujours trop tard : elle réprime ou flétrit les actes, sans pouvoir remonter plus haut ni plus loin que celui qui les a commis »⁴¹⁵. Faire justice n'est plus synonyme de punir, de réprimer mais d'analyser une situation donnée dans le but de l'améliorer, de la rendre la plus accessible et raisonnable pour les parties. Avec l'ambition d'améliorer la justice de notre siècle, un magistrat reconnaissait lui-même que « s'il y a une justice, il y a plusieurs façons de la rendre »⁴¹⁶.

2. Une finalité, faire œuvre de justice

105. La justice comme aboutissement du processus. Le procès, dont l'étymologie fait référence à un processus⁴¹⁷, met en exergue l'avancement vers quelque chose de concret : le jugement. L'objet du processus est de parvenir à un résultat par l'accomplissement de formalités. Ce mécanisme d'évolution le rapproche nécessairement des autres manières de résoudre les différends. Il est en effet inutile de rappeler que les règlements amiables sont présentés comme des processus structurés⁴¹⁸. L'objet d'un mode amiable est également de parvenir à la résolution du différend par la mise en relation entre les parties au processus. Chacun des modes de règlements des différends présente alors un cheminement processuel dont l'objectif est de mettre fin à la discorde et de rétablir la paix sociale. La justice, qu'elle soit amiable ou étatique, met ainsi en lumière une cérémonie de reconstitution du lien social.

⁴¹⁴ En précisant que « le litige est au procès ce que le conflit est à la médiation », Madame Béatrice GORCHS-GELZER (*in* « La médiation dans le procès civil : sens et contresens. Essai de mise en perspective du conflit et du litige », *RTD civ.* 2003, p. 409) distingue clairement la médiation et le règlement contentieux, deux modes distincts de résolution d'un différend. Considéré et associé aux modes amiables depuis les dernières réformes, le différend est ainsi l'élément qui les rapproche.

⁴¹⁵ G. BERNANOS, *Le journal d'un curé de campagne*, Librairie Plon, 1936, p. 204

⁴¹⁶ E. LE ROY (dir.), *La conciliation et les modes para-judiciaires de règlement des litiges. Expériences françaises et nord-américaines*, Paris, Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris, Bordeaux, Association d'études et de recherches de l'École nationale de la magistrature, Coll. « Essais et recherches judiciaires », 1989, p. 108.

⁴¹⁷ Précisément, le terme « procès » vient du latin juridique « *processus* » qui dérive de « *processum* », supin de « *procedere* », signifiant « avancer ».

⁴¹⁸ Cf. Art. 21 de la loi du 8 févr. 1995, préc. : « La médiation régie par le présent chapitre s'entend de tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par le juge saisi du litige », modifié par l'ord. n° 2011-1540 du 16 nov. 2011, art. 1 ; v. CPC, art. 1530, créé par le décr. n° 2012-66 du 20 janv. 2012, préc., art. 2 ; CJA, art. 213-1, créé par la loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016, préc., art. 5 ; Cf. *Introduction*.

106. La recherche du bien commun. Le concept du procès est régulièrement appréhendé par une vision ternaire. Certains auteurs le dessinent au regard « de sa forme (la procédure), sa matière (le litige) et sa méthode (la dialectique judiciaire pour parvenir à la vérité judiciaire) »⁴¹⁹. D'autres le considèrent eu égard à ses éléments d'altérité (la contestation initiale), d'autorité (l'intervention du tiers neutre, indépendant et impartial) et de pouvoir (le recours à la puissance publique pour qu'il y ait effectivité de la sentence)⁴²⁰. MOTULSKY y percevait plus largement la combinaison entre l'existence d'un litige et l'intervention d'une autorité juridique⁴²¹. Or, quelle que soit la considération lui étant attribuée, le but qui lui est assigné est unique, à savoir régler une contestation afin d'harmoniser les relations entre les individus⁴²². Dès lors, le juge n'a de cesse que de maintenir l'équilibre entre sécurité et liberté, à travers la recherche du bien commun. Le bien commun est une notion complexe dans sa définition au regard de sa dimension non seulement politique, philosophique mais également théologique. Il a été défini comme « l'ensemble des conditions sociales permettant à la personne d'atteindre mieux et plus facilement son plein épanouissement »⁴²³. Il ressort alors de cette analyse que les règlements des différends ont pour but l'épanouissement des personnes.

Qu'en est-il des règlements amiables des différends ? Les règlements amiables impliquent une participation des parties dans la résolution du différend qui les oppose. Par des méthodes d'écoute active, de l'autre et de soi, et par une prise de conscience de chacun, l'objectif est de mettre fin à la discorde pour le présent mais également pour l'avenir. Le différend, qui doit être résorbé afin de maintenir des relations apaisées dans la société, est appréhendé largement par les individus qui le subissent. Ainsi, malgré le défaut d'autorité dont dispose le tiers dans le procès, les règlements amiables tendent également à la recherche de ce bien commun, autrement, par le biais d'autres formalités. La finalité du processus reste alors

⁴¹⁹ R. MARTIN, *Théorie générale du procès (Droit processuel)*, Paris, Éditions juridiques et techniques, 1984 ; cité in L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès, op. cit.*, n° 129, p. 278 ; appréciation qui le rapproche davantage du procès civil que des autres contentieux.

⁴²⁰ S. GUICHARD et a., *op. cit.*, n° 26, p. 93 ; cité in L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès, op. cit.*, n° 129, p. 279.

⁴²¹ Définition fondatrice de MOTULSKY, in *Droit processuel, op. cit.*, p. 5.

⁴²² En ce sens, le procès est défini par son objectif. Il est le « moyen de maintenir la paix sociale dans les cas difficiles et d'ouvrir à de nouvelles possibilités de vie commune » (E. JEULAND, *Droit processuel général*, 4^e éd., *op. cit.*, p. 20).

⁴²³ Jean XXIII, *Mater et Magistra*, § 65. Cette définition met alors en exergue la distinction entre le bien commun et d'autres notions, telles que l'intérêt général où c'est le bien collectif, au sens de l'intérêt de chacun dans le groupe, qui est visé. Vatican II précise cette première définition et présente le bien commun comme « l'ensemble des conditions sociales qui permettent tant aux groupes qu'à chacun de leurs membres d'atteindre leur perfection d'une façon plus totale et plus aisée » (*Gaudium et Spes*, § 26-1). En ce sens, l'épanouissement recherché n'est plus seulement celui des personnes, mais également celui des groupes, des communautés et des corps intermédiaires.

identique. Faire œuvre de justice, tel est bien l'objet des modes de résolution des différends, qu'il s'agisse des règlements traditionnels ou amiables.

107. Les enjeux d'une justice plurielle. Sous le signe de la loi de l'attraction, « justice et paix s'embrassent »⁴²⁴. Tel est l'objectif essentiel de la justice que de rendre satisfaction et d'harmoniser les relations sociales. Les règlements amiables des différends et le procès partagent le même objectif qui est de mettre fin à une contestation. Ainsi, indépendamment de leur représentation de modes « alternatifs », les règlements amiables méritent de revêtir la figure d'un mode « approprié » à la solution d'un différend⁴²⁵. En effet, si l'alternative renvoie à une liberté de choix entre deux ou plusieurs solutions, elle est régulièrement appréciée par la place secondaire que revêtent les règlements amiables⁴²⁶. Ils ne seraient qu'une option à côté de la justice traditionnelle étatique, qui détient la prééminence dans la résolution des litiges.

108. Alors que l'État s'est, à l'origine, « imposé en écrasant tout pluralisme juridique né des territoires »⁴²⁷, il est désormais nécessaire de se défaire de la vision d'une justice étatique comme seule à même de faire cesser une situation intolérable. L'ordre juridique dans lequel nous prenons place ne doit plus être envisagé par une représentation institutionnelle. L'Homme est amené à réaliser la place qui lui revient. C'est ainsi que les mécanismes amiables ont pris de l'importance. En effet, ils répondent, dans les systèmes juridiques qui les accueillent, « à la même soif (...) d'une justice autrement »⁴²⁸ et ainsi présentent-ils les mêmes causes et les mêmes effets que ceux des processus traditionnels de règlement des différends.

⁴²⁴ Psaume 84-II.

⁴²⁵ T. COUSTET, « Médiation : et si les réticences étaient culturelles ? », *Dalloz actualité*, 16 juill. 2018, reprenant les VIII^e Assises internationales du groupement européen des magistrats pour la médiation, Bordeaux, 5-7 juill. 2018 sur le thème « développer une culture de la médiation ». – En ce sens, Madame le professeur Lise CASAUX-LABRUNEE exposait l'approche moderne incitant à régler au mieux chaque différend selon son contexte : « Mieux qu'alternatif ou amiable, ne s'agit-il pas de trouver le mode le plus approprié de règlement du différend ? », *in Pour un droit du règlement amiable des différends. Des défis à relever pour une justice de qualité*, LGDJ, 2018, p. 6.

⁴²⁶ Monsieur Thomas COUSTET s'interrogeait à ce sujet : « les modes alternatifs (MARD) pourront-ils un jour devenir des « MORD », c'est-à-dire des modes ordinaires de résolution des différends ? », *in art. préc.*

⁴²⁷ J. FAGET, Thème introductif : « La médiation en France a-t-elle une culture ? » lors des VIII^e Assises internationales du groupement européen des magistrats pour la médiation, Bordeaux, 5-7 juill. 2018 sur le thème « développer une culture de la médiation ».

⁴²⁸ G. CORNU, « Les modes alternatifs de règlement des conflits », *Rapp. de synt., RIDC*, vol. 49, n° 2, avr.-juin 1997, p. 314. Par l'analyse des ressemblances entre les règlements contentieux et amiables, l'auteur n'hésite pas à dépasser cette idée « d'une autre justice », en évoquant « une justice autrement ».

3. Des effets processuels similaires

109. Relation de cause à effet ? Outre leurs origine et finalité communes, les processus de résolution de différends se rapprochent au regard de leurs effets processuels similaires. Ces constats ne sont-ils qu'une conséquence des premières similitudes évoquées, ou tendent-ils à admettre une volonté commune de regrouper l'ensemble de ces modes au sein du droit processuel ? Si l'étude le précisera, la volonté tant du législateur que de la jurisprudence est bien de reconnaître une justice diversifiée.

110. L'effet processuel des clauses de recours obligatoire à la conciliation et à la médiation. Des clauses de recours à la conciliation ou à la médiation sont, en effet, régulièrement insérées dans les contrats pour régler les litiges survenus à l'occasion de leur exécution. Ces clauses contractuelles prévoient une étape obligatoire avant toute saisine du juge, qui ne sera alors saisi qu'en cas d'échec de la tentative de conciliation ou de médiation. En vue de donner plein effet à ces clauses, la Chambre mixte de la Cour de cassation a jugé, dans l'arrêt de principe dénommé « Saint Valentin » rendu le 14 février 2003, qu'il « résulte des articles 122 et 124 du nouveau Code de procédure civile que les fins de non-recevoir ne sont pas limitativement énumérées ; que, licite, 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 »⁴²⁹. La Cour de cassation a ainsi pris le parti de sanctionner l'irrespect de cette clause par une fin de non-recevoir touchant au droit d'action en justice⁴³⁰. Il s'agit d'une sanction processuelle définie à l'article 122 du Code de procédure civile comme « tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut du droit d'agir ».

Or, ce n'est pas sans difficulté que cette question relative à la nature de la sanction en cas de violation d'une clause de médiation ou de conciliation préalable a été définitivement

⁴²⁹ Cass., Ch. mixte, 14 févr. 2003, n^{os} 00-19.423 et 00-19.424, *Bull. ch. mixte*, n^o 1, *D.* 2003, p. 1386, note P. ANCEL et M. COTTIN ; *D.* 2003, p. 2480, obs. T. CLAY ; *JCP G*, 2003, I, 128, n^o 17, obs. L. CADIET ; *RTD civ.* 2003. 349, obs. PERROT ; *RTD civ.* 2003, p. 294, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *Procédures* 2003, comm. n^o 96, obs. H. CROZE ; *RDC* 2003. 182, obs. X. LAGARDE ; *RDC* 2003, p. 189, obs. L. CADIET. – Cette solution a par la suite été étendue aux clauses de médiation (Cass., Civ. 1^{re}, 9 avr. 2009, n^o 08-10.866, *Bull. civ.* I, n^o 78, *D.* 2009. AJ 1284, obs. DELPECH ; *ibid.*, Pan. 2959, obs. CLAY ; *JCP* 2009, n^o 26, p. 20, note CUPERLIER ; *ibid.*, 369, n^o 9, obs. AMRANI MEKKI ; *ibid.* 2009. 462 n^o 9, obs. BEGUIN) et de recours préalable à la procédure participative assistée par avocats. – Plus récemment, pour une application à un tiers au contrat, v. Cass., Civ. 3^e, 5 janv. 2022, n^o 20-10.147.

⁴³⁰ X. LAGARDE, « L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation », *Rev. arb.* 2000, pp. 377 s., spéc. p. 387.

tranchée. La sanction applicable était en effet discutée⁴³¹, notamment en raison de la nature hybride de ces clauses. En tant que clause, elle est contractuelle ; mais, en limitant le droit d'agir, son objet est bien juridictionnel. La solution affirmée par la Cour de cassation admet ainsi qu'une fin de non-recevoir conventionnelle peut paralyser le droit d'action en justice, fût-ce à titre provisoire. En vertu de cette clause contractuelle, une formalité doit être exécutée préalablement à la demande. Or, « tant qu'elle n'est pas accomplie, le droit d'agir n'existe pas encore. Aussi le moyen engendré par cette situation s'analyse-t-il comme une fin de non-recevoir »⁴³². La dimension processuelle vient alors au soutien de la dimension contractuelle pour en assurer son plein respect⁴³³.

Depuis lors, les différentes formations de la Cour de cassation n'ont cessé de reconnaître que le non-respect d'une telle clause rend irrecevable toute demande en justice portant sur le fond du litige⁴³⁴ et suit le régime procédural des fins de non-recevoir. Premièrement, en vertu de l'article 123 du Code de procédure civile, cette fin de non-recevoir peut être soulevée en tout état de cause, y compris pour la première fois en appel⁴³⁵. Deuxièmement, celui qui soulève la violation de la clause peut l'invoquer sans avoir à justifier l'existence d'un grief⁴³⁶, ce qui tend à favoriser le recours au règlement amiable du différend. Troisièmement, se pose la question de savoir si le juge peut relever d'office une telle fin de non-recevoir tirée du non-respect de la clause de règlement amiable préalable. L'article 125 alinéa 2 du Code de procédure civile donne en effet au juge ce pouvoir dès lors que la fin de non-recevoir est tirée du défaut d'intérêt, du défaut de qualité ou de la chose jugée. Or, en considérant l'origine conventionnelle de cette fin de non-recevoir, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a repris la solution de la Chambre mixte du 14 février 2003 et a affirmé que cette fin de non-recevoir « s'impose au juge si les parties l'invoquent »⁴³⁷. Enfin, quatrièmement, *quid* de la régularisation prévue à l'article

⁴³¹ Défendu not. in L. CADIER, J. NORMAND et S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, Paris, 2^e éd., PUF, Coll. « Thémis », 2013, n° 126, pp. 482 s., le choix de la fin de non-recevoir l'a emporté sur celui de l'exception dilatoire (X. LAGARDE, art. préc., p. 387) ou du sursis à statuer (Ch. JARROSSON, *Rev. arb.* 2001, p. 762).

⁴³² I. PÉTEL-TEYSSIÉ, « Défenses, exceptions, fins de non-recevoir », *Encyclopédie Dalloz Proc. Civ.*, spéc. n° 35, p. 4.

⁴³³ V. not. N. GERBAY, « La clause de conciliation préalable : entre tensions contractuelles et processuelles », *Procédures*, n° 7, juill. 2015, étude 7.

⁴³⁴ V. not. C. PIGACHE, « La clause de conciliation préalable à la saisine du juge », *Gaz. Pal.*, 13 août 2015, n° 225, p. 12 : l'auteur souligne l'intervention des cinq chambres (hors chambre criminelle) de la Cour de cassation, ce qui démontre un domaine d'application des clauses étendu à tous les litiges de droit privé, et un nombre important d'arrêts de cassation, qui attestent de la difficile appréhension du sujet par les juges du fond.

⁴³⁵ Cass., Com., 22 févr. 2005, n° 02-11519, *Procédures*, 2005, comm. n° 120, note R. PERROT ; *RTD civ.* 2005, p. 450, obs. R. PERROT ; *JCP G* 2005, I, 183, obs. T. CLAY – Cass., Civ. 3^e, 25 nov. 2014, n° 13-23.784, Inédit.

⁴³⁶ CPC, art. 124.

⁴³⁷ Cass., Civ. 2^e, 9 nov. 2006, n° 05-19.443, Inédit ; Cass., Com., 17 juin 2003, n° 99-16001, *Bull. civ.* IV, n° 101 ; *Gaz. Pal.*, 10 juill. 2004, p. 7, obs. E. DU RUSQUEC ; *Procédures* 2003, comm. n° 213, note R. PERROT ; *RTD civ.* 2004, p. 136, obs. R. PERROT – Cass., Com., 29 avr. 2014, n° 12-27004, *Bull. civ.* IV, n° 76, qui évoque seulement une fin de non-recevoir s'imposant au juge sans mentionner la nécessité pour les parties de l'invoquer.

126 du Code de procédure civile⁴³⁸ ? Or, se pose nécessairement la question de savoir comment régulariser une clause de conciliation ou de médiation préalable à la saisine du juge dans le cas où ce dernier a déjà été saisi au mépris de celle-ci. Si la situation ne semblait pouvoir être régularisée, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a pourtant bien admis la possibilité d'une régularisation dans un arrêt en date du 16 décembre 2010⁴³⁹. Cette jurisprudence a cependant été abandonnée en 2014 par la Chambre mixte de la Cour de cassation⁴⁴⁰ afin de favoriser la solution amiable du litige.

Si la clause se situe entre tensions contractuelles et processuelles, cette jurisprudence constante met en lumière tant « l'effet proprement processuel des conventions de médiation »⁴⁴¹ et de conciliation, que la volonté de promouvoir les règlements amiables des différends.

111. L'effet processuel de la transaction. De manière assez paradoxale, la nature processuelle des modes amiables se perçoit d'autant plus à travers le mécanisme de la transaction. Nonobstant la nature contractuelle qui lui est généralement attribuée⁴⁴², son objet concurrence celui du jugement puisqu'il a une fonction et des effets comparables⁴⁴³. Dès 1804, le Code civil énonçait que les transactions avaient « autorité de la chose jugée en dernier ressort »⁴⁴⁴. Cette particularité la distinguait ainsi des autres modes amiables.

112. L'autorité de la chose jugée est un attribut du jugement qui assure l'immutabilité de la vérification juridictionnelle, c'est-à-dire de ce que le juge a constaté. Elle a pour fonction

⁴³⁸ L. CADIET, « Clauses relatives aux litiges. Clauses tendant à éviter la solution judiciaire du litige. Clauses tendant à adapter la solution judiciaire du litige », *JCl. Contrats – Distribution*, Fasc. 190, spéc. n° 3.

⁴³⁹ Cass., Civ. 2^e, 16 déc. 2010, n° 09-71.575, *Bull. civ.*, II, n° 212, *JCP G* 2011, 666, spéc. n° 12, obs. T. CLAY ; *RTD civ.* 2011, n° 170, obs. R. PERROT.

⁴⁴⁰ Cass., Ch. mixte, 12 déc. 2014, n° 13-19.684, *Bull.* n° 3 ; rapp. M. CHAUVIN et avis M. CHARPENEL ; *Gaz. Pal.* 7 mars 2015, p. 14, n° 215n1, obs. C. DUPOIRIER ET G. TRAVAINI ; *Gaz. Pal.* 10 mars 2015, p. 9, n° 215t9, obs. S. AMRANI-MEKKI ; *Defrénois* 15 janv. 2015, p. 28, n° 118m0, obs. A. ALBARIAN et C. POLI ; *JCP G* 2015, 115, note N. DISSAUX ; *D.* 2015, p. 292, obs. N. FRICERO ; *D.* 2015, p. 298, note C. BOILLOT ; *Procédures* 2015, comm. n° 30, obs. H. CROZE ; *RTD civ.* 2015, p. 131, obs. H. BARBIER ; *RTD civ.* 2015, p. 187, obs. P. THÉRY ; *RLDC* 2015/125, p. 8, note E. ROUSSEAU ; *RDC* 2015, p. 308, obs. C. PELLETIER : « la situation donnant lieu à la fin de non-recevoir tirée du défaut de mise en œuvre d'une clause contractuelle qui institue une procédure, obligatoire et préalable à la saisine du juge, favorisant une solution du litige par le recours à un tiers, n'est pas susceptible d'être régularisée par la mise en œuvre de la clause en cours d'instance ». – *Adde* Cass., Civ. 2^e, 29 janv. 2015, n° 13-24.269, Inédit.

⁴⁴¹ X. LAGARDE, « Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges », in P. CHEVALIER ET P. MILBURN (dir.), *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice*, Paris, Mission de recherche « Droit et Justice », La Documentation française, 2003, p. 51.

⁴⁴² C. civ., art. 2044 : « La transaction est un contrat ». La transaction est un contrat nommé et fait l'objet d'un titre entier du livre II du Code civil qui exprime le droit commun de la transaction ; *Cf.* introduction § 12.

⁴⁴³ C. RADE, « Les effets de la transaction », in B. MALLET-BRICOUT ET C. NOURISSAT (dir.), *La transaction dans toutes ses dimensions*, Dalloz, p. 87 ; *Cf.* introduction n° 31.

⁴⁴⁴ C. civ., art. 2052 anc^t. – Pour précision concernant l'autorité de la chose jugée, v. *infra* n°s 402 s. et 436 s.

d'interdire le renouvellement des procès⁴⁴⁵. Dès lors, *quid* de l'autorité de la chose jugée attachée à la transaction ? En vertu de ce texte, la transaction devait être perçue comme un véritable moyen de pacification entre litigants, lesquels se voyaient privés de soumettre à nouveau leur différend devant la justice. Pourtant, l'ancien article 2052 du Code civil était rédigé selon une formule doublement erronée⁴⁴⁶ ; d'une part, puisqu'il parlait « de chose jugée à propos de ce qui avait été en réalité transigé, et d'autre part, d'autorité en dernier ressort, suggérant un possible pourvoi inexistant en la matière »⁴⁴⁷. L'ambition d'origine était d'éteindre la contestation et, ainsi, le différend résolu contractuellement ne pouvait plus être soumis au juge. Dans cette dimension, la transaction s'assimile largement au jugement qui épuise le droit d'action des parties⁴⁴⁸. La transaction était d'ailleurs présentée par BIGOT DE PREAMENEU au Corps législatif en ces termes : « C'est donc en quelque sorte un jugement que les parties ont prononcé entre elles ; et lorsqu'elles-mêmes se sont rendu justice, elles ne doivent plus être admises à s'en plaindre »⁴⁴⁹.

L'expression n'était pourtant pas adaptée à la transaction et suscitait la confusion avec son sens classique applicable aux seules décisions juridictionnelles. Certains auteurs parlent dès lors d'« autorité de la chose contractée »⁴⁵⁰ ou « transigée »⁴⁵¹. Malgré cette maladresse dans la formulation, le Code napoléonien dotait bien la transaction d'un effet extinctif⁴⁵² et inscrivait dans le marbre toute chose transigée. À ce titre, tout comme la chose jugée, la chose transigée devient « immuable, intangible, ne peut plus être remise en cause ; elle s'impose aux parties

⁴⁴⁵ Il s'agit de l'effet négatif de l'autorité de la chose jugée qui consiste en l'interdiction pour les parties de faire juger à nouveau leur affaire, par un juge du même degré, si la triple identité de cause, d'objet et de parties est remplie. Cf. arrêt *Cesareo*, Cass., Ass. plén., 7 juill. 2006, n° 04-10.672, *Bull.* n° 8, p. 21, *BICC* 15 oct. 2006, rapp. Ch. CHARRUAULT, note R. KOERING-JOULIN, avis A. BENMAKHOULOUF ; *D.* 2006, p. 2135, note. L. WEILLER ; *JCP G.* 2006, I, 183, obs. S. AMRANI-MEKKI ; *JCP G.* 2007, II, 10070, obs. G. WIEDERKEHR ; *Dr. et proc.* 2006, p. 348, obs. N. FRICERO ; *RTD civ.* 2006, p. 825, obs. R. PERROT ; *Procédures* 2006, repère 9, obs. H. CROZE ; *RDI* 2006. 500, obs. P. MALINVAUD ; *Dalloz actualité*, 24 avr. 2020 et 28 avr. 2020, obs. C. BLERY.

⁴⁴⁶ D. D'AMBRA, « Conciliation et médiation – droit interne », in S. GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile 2021/2022*, 10^e éd., Dalloz, Coll. « Dalloz Action », n° 436.13, p. 1214 ; en ce sens, v. aussi L. MAYER, « Libres propos sur la réforme annoncée de la transaction », *Gaz. Pal.* 20 août 2016, p. 43.

⁴⁴⁷ S. AMRANI-MEKKI, « Les modes amiables de résolution des différends dans la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle », *Gaz. Pal.* 31 janv. 2017, n° 5, p. 46.

⁴⁴⁸ V. not. L. THIBIERGE, « Transaction (civ) », *Rép. Civ.*, oct. 2020, spéc. n° 143.

⁴⁴⁹ P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoire du Code civil*, Videcoq, 1836, t. XV, p. 108 ; pour une étude de la simplification de la transaction depuis son origine v. T. CLAY, « Arbitrage – La simplification de la transaction et de l'arbitrage dans le Code civil », *JCP G.*, n° 16, 21 avr. 2014, doct. 492.

⁴⁵⁰ L. POULET, *Transaction et protection des parties*, préf. Y. LEQUETTE, LGDJ, Coll. « Bibliothèque de droit privé », 2005, spéc. n° 82-101.

⁴⁵¹ L. WEILLER, *La liberté procédurale du contractant*, préf. de J. MESTRE, PUAM, 2004, spéc. n° 540 ; G. DEHARO, « L'autorité de chose transigée », *Gaz. Pal.* 30 nov. et 1^{er} déc. 2005, p. 2.

⁴⁵² À la condition de la bonne exécution de la transaction par les parties. La transaction doit en effet être exécutée afin d'avoir pour effet d'éteindre le litige : Cass., Civ. 1^{re}, 12 juill. 2012, n° 09-11.582, *Bull. civ.* I, n° 173 ; *D.* 2012. 2577, note P. PAILLER ; *RTD civ.* 2013. 138, obs. P.-Y. GAUTIER ; *RTD civ.* 2013. 169, obs. P. THÉRY ; *Gaz. Pal.* 8 déc. 2012, n° 2, obs. C. BLÉRY.

comme elle s'impose à tout juge »⁴⁵³. Dès lors, si, postérieurement à la transaction, l'une des parties venait à exercer une action en justice sur la chose transigée, elle se heurterait à une fin de non-recevoir soumise aux mêmes conditions et présentant les mêmes caractères que l'exception de la chose jugée. En ce sens, l'*exceptio litis finitae per transactionem* répond à l'*exceptio litis finitae per rem judicatam*⁴⁵⁴.

113. L'assimilation entre les effets du jugement et ceux de la transaction a pourtant été nuancée par la loi du 18 novembre 2016⁴⁵⁵. La nouvelle rédaction de l'article 2052 du Code civil révèle la suppression de la référence à la « chose jugée » et met, de ce fait, l'accent sur la dimension contractuelle de la transaction. Le texte précise désormais que « la transaction fait obstacle à l'introduction ou à la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet ». Si cette réécriture peut être saluée comme mettant fin à la confusion de la référence de l'autorité de la chose jugée⁴⁵⁶, la solution ne modifie en rien les effets attachés à la transaction. La sanction du moyen de défense tiré de l'existence d'une transaction constitue toujours une fin de non-recevoir, qui demeure l'effet processuel par excellence⁴⁵⁷. Le nouvel article 2052 prévoit en effet une « exception de transaction », à savoir un obstacle à l'introduction ou à la poursuite d'une action en présence d'une transaction ayant le même objet⁴⁵⁸. Ainsi cette nouveauté législative est-elle régulièrement dénoncée comme une simple « périphrase »⁴⁵⁹ ou comme une « amputation sans justification évidente »⁴⁶⁰.

114. En revanche, la question a pu se poser concernant une évolution des conditions de mise en œuvre de ces deux fins de non-recevoir. Dénuées d'autorité de la chose jugée, les transactions postérieures à l'entrée en vigueur de la loi ne sont plus en mesure de raisonner par

⁴⁵³ L. CADIEU, J. NORMAND et S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, Paris, 2^e éd., PUF, Coll. « Thémis », 2013, p. 512 ; Cass. ass. Plén., 4 juill. 1997, *Bull. ass. Plén.*, n° 10, D. 1998, 101, note BOULMIER, sauf à préciser qu'une transaction ne peut être opposée par l'un des cocontractants que s'il en a lui-même respecté les conditions : Cass., Civ. 1^{re}, 7 nov. 1995, *Bull. I*, n° 400, p. 279.

⁴⁵⁴ *Ibid.*

⁴⁵⁵ L. n° 2016-1547 du 18 nov. 2016, préc., art. 10.

⁴⁵⁶ V. not. T. CLAY, « L'arbitrage, les modes alternatifs de règlement des différends et la transaction dans la loi "Justice du XXI^e siècle". – Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 », *JCP G.*, n° 48, 28 nov. 2016, doct. 1295.

⁴⁵⁷ X. LAGARDE, « Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges », *Rev. arb.*, 2001, spéc. n° 15, p. 443 ; C. BLERY, « Autorité de la chose jugée d'une transaction : un petit goût de revenez-y... », *Dalloz actualité*, 18 mars 2001 : « L'exception de chose transigée est proche de son homologue attachée aux jugements. Aujourd'hui comme hier, c'est une fin de non-recevoir ».

⁴⁵⁸ Elle « fait obstacle à la poursuite de l'action lorsque la transaction est judiciaire » (c'est-à-dire portant sur une contestation née), « à son introduction lorsque la transaction est extrajudiciaire » (c'est-à-dire portant sur une contestation à naître) : L. THIBIERGE, « Transaction (civ) », *op. cit.*, spéc. n° 145 et 146.

⁴⁵⁹ Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, 10^e éd., LGDJ, Coll. « Droit civil », 2018, p. 657.

⁴⁶⁰ P.-Y. GAUTIER, « Le cas Bettencourt au regard du droit des obligations », *D.* 2016, p. 1752.

référence à la règle de la triple identité de l'article 1355 du Code civil⁴⁶¹. Cette règle interdit en effet d'intenter, après un jugement, une nouvelle action entre les mêmes personnes, pour une même cause et pour le même objet. Or, le nouvel article 2052 du Code civil restreint l'interdiction d'agir en justice à deux critères seulement : identité des parties et identité d'objets ; « exit toute référence à l'autorité de chose jugée et donc à la cause »⁴⁶². Il est cependant important de relever que la cause est également l'objet de controverses en matière d'autorité de chose jugée depuis la consécration du principe de consécration des moyens par l'arrêt *Cesareo*⁴⁶³. Non définie par les textes, se posait nécessairement la question de savoir quels étaient les contours de cette notion : « la cause peut être le principe juridique, la règle de droit ou la catégorie juridique qui sert de fondement à la demande. Ce peut être également le complexe des faits allégués par les parties à l'appui de leurs prétentions, indépendamment de la règle de droit ou de la qualification juridique invoquée. Ce peut être, enfin, un ensemble de faits juridiquement qualifiés »⁴⁶⁴. Eu égard à la solution de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, la cause est désormais appréhendée ainsi que le présentait MOTULSKY dans l'article 6 du Code de procédure civile, c'est-à-dire comme le fait propre à fonder la prétention. Elle est en effet définie comme « l'ensemble des faits existants lors de la formation de la demande »⁴⁶⁵. Dès lors, certains auteurs n'hésitent pas à affirmer que cette mutation revient purement et simplement à éradiquer la notion de cause⁴⁶⁶ ou, à admettre une « absorption de la cause par l'objet »⁴⁶⁷. En effet, l'identité de cause des demandes est appréciée par leur identité de finalité, et ce, peu important que les fondements juridiques invoqués pour y parvenir soient différents⁴⁶⁸.

⁴⁶¹ C. civ, art. 1355 : « L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité ».

⁴⁶² M. REVERCHON-BILLOT, « Transaction », *rep. proc. civ.*, Dalloz, juill. 2018 (actualisation : déc. 2019), n° 186.

⁴⁶³ Arrêt *Cesareo*, Cass., Ass. plén., 7 juill. 2006, préc.

⁴⁶⁴ Cf. l'avis du premier avocat général BENMAKHLOUF, p. 10.

⁴⁶⁵ N. FRICERO et S. GUINCHARD, *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz Action, n° 421, p. 112. V. égal. G. WIEDERKEHR, « Étendue de l'autorité de la chose jugée en matière civile : notion d'identité de cause », *JCP* 2007, II, 10070.

⁴⁶⁶ L'arrêt *Cesareo* a « amputé l'article 1351 du Code civil de l'un des éléments qui caractérisait la triple relativité de la chose jugée » (R. PERROT, « Autorité de chose jugée et principe de concentration », *Procédures* 2007, comm. 274).

⁴⁶⁷ L. WEILLER, « Renouveau des critères de l'autorité de la chose jugée : l'Assemblée plénière invite à relire Motulsky », *D.* 2006. 2135.

⁴⁶⁸ L'arrêt attaqué par le pourvoi ayant donné lieu à la décision *Cesareo* de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation énonçait que par rapport au jugement « la cause est la même, dès lors que les demandes successives tendent à obtenir une même indemnisation au titre du travail fourni pendant la même période, seul différant le moyen invoqué, celui ayant donné lieu à la précédente action étant fondé sur la notion de travail différé tel que régi par l'article L. 231-3 du code rural, alors que celui actuellement proposé découle des dispositions de l'article 1371 du code civil ». Ladite cour d'appel s'est ainsi prononcée sur la cause sans la dissocier de la notion d'objet. Par le rejet du pourvoi, la Cour de cassation a constaté que les deux demandes successives présentaient une identité d'objet, et que le changement de fondement juridique n'avait pas modifié la cause.

En ce sens, l'exception de chose transigée serait toujours aussi proche de son homologue attachée aux jugements.

115. La critique de cette reformulation s'étend également eu égard au manque de précision quant à la possibilité du juge de pouvoir relever d'office cette fin de non-recevoir. En effet, depuis une réforme du 20 août 2014⁴⁶⁹, l'article 125 du Code de procédure civile précise que le juge peut relever d'office les fins de non-recevoir tirées de l'autorité de la chose jugée. L'ancien article 2052 du Code civil permettait de calquer le régime de l'exception de transaction sur celui de l'exception de chose jugée et ainsi le juge pouvait relever d'office cette fin de non-recevoir. Pour maintenir cette solution, il faut alors nécessairement considérer que l'expression nouvelle contient sans le dire l'autorité de la chose jugée⁴⁷⁰ ; sauf à consacrer les fins de non-recevoir conventionnelles, d'intérêts privés, qui ne peuvent s'imposer au juge que si les parties l'invoquent⁴⁷¹.

116. L'effet processuel relatif à la résolution ou mise en état de l'affaire. La loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle confère à la procédure participative un nouvel objet : la mise en état conventionnelle des litiges⁴⁷². Aux termes de l'article 2062 du Code civil, la convention de procédure participative est désormais définie comme « une convention par laquelle les parties à un différend, assistées par leurs avocats respectifs, s'engagent à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend ou à la mise en état de leur litige ». Les parties assistées par leur avocat ont ainsi la possibilité d'administrer elles-mêmes la mise en état du dossier. Elles organisent les échanges, le calendrier de travail et peuvent avoir recours à un technicien qui a vocation à diligenter des expertises⁴⁷³. Cette externalisation de la mise en état revalorise ainsi le principe dispositif⁴⁷⁴. Dès lors, si les parties assistées de leur avocat ne parviennent pas à trouver un

⁴⁶⁹ Décr. n° 2004-836 du 20 août 2004 portant modification de la procédure civile, JORF n°195 du 22 août 2004, texte n° 7.

⁴⁷⁰ Y. STRICKLER, « Les modes alternatifs de règlement des différends dans la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle », *Procédures*, n° 2, févr. 2017, étude 7.

⁴⁷¹ Cf. Jurisprudence relative à la reconnaissance des fins de non-recevoir du non-respect des clauses de médiation et de conciliation avant toute saisine du juge, v. *supra* n° 110.

⁴⁷² L. n° 2016-1547, 18 nov. 2016, de modernisation de la justice du XXI^e siècle, préc., art. 9.

⁴⁷³ L'article 1546-3 du Code de procédure civile fournit une liste non limitative des actes contresignés par avocats auxquels les parties peuvent avoir recours dans le cadre d'une procédure participative. Ces actes ont le double objectif d'organiser la mise en état et de prévoir les mesures permettant d'établir la preuve des faits ou de leur enchaînement.

⁴⁷⁴ Principe selon lequel les parties ont l'initiative du procès et en détermine le contenu. – v. not. N. FRICERO, « Procédure participative de recherche d'un accord et de mise en état », *rep. proc. civ.*, Dalloz, juillet 2020, spéc. n°s 76 et s.

accord, ou si ce dernier n'est que partiel, l'affaire est renvoyée devant le juge par le biais d'une passerelle simplifiée.

117. Afin de « simplifier, moderniser, alléger notre procédure civile »⁴⁷⁵, l'une des propositions des chantiers de la justice était de « favoriser la mise en état conventionnelle et repenser la mise en état »⁴⁷⁶. Cette volonté a été traduite dans la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 et le décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019 qui ont étendu le domaine de la procédure participative. La mise en état conventionnelle intègre dès lors le nouveau schéma procédural devant le tribunal judiciaire.

Le recours à la procédure participative est tout d'abord favorisé dans le cadre de la procédure écrite ordinaire. Précisément, au jour de l'audience d'orientation, le président de la chambre saisie ou à laquelle l'affaire a été distribuée « confère de l'état de la cause avec les avocats présents en leur demandant notamment s'ils envisagent de conclure une convention de procédure participative aux fins de mise en état dans les conditions du titre II du livre V »⁴⁷⁷. Si la conclusion d'une telle convention aux fins de mise en état de l'affaire est justifiée, le président peut, à la demande des parties signataires, fixer la date de clôture de l'instruction et la date de l'audience des plaidoiries⁴⁷⁸. L'article 1559 du Code de procédure civile organise en effet le renvoi direct de l'affaire à l'audience de jugement devant le tribunal judiciaire, et ce, sans mise en état si les parties ne modifient pas leurs prétentions. L'expertise éventuellement réalisée peut être produite devant le juge⁴⁷⁹, du fait qu'elle se soit déroulée dans le respect du contradictoire⁴⁸⁰.

118. Certains n'hésitent cependant pas à relever la problématique concernant le fait que « la signature d'une convention de procédure participative aux fins de mise en état vaut renonciation de chaque partie à se prévaloir d'une fin de non-recevoir, de toute exception de procédure et des dispositions de l'article 47 du présent code, à l'exception de celles qui surviennent ou sont révélées postérieurement à la signature de la convention de procédure participative »⁴⁸¹. Avant de s'engager dans une mise en état conventionnelle, il est alors

⁴⁷⁵ F. AGOSTINI et N. MOLFESSIS, Chantiers de la justice. *Amélioration et simplification de la procédure civile*, Ministère de la Justice, 2018.

⁴⁷⁶ *Ibid.*, Proposition 19, in « Rationnaliser l'instruction de l'affaire ».

⁴⁷⁷ CPC, art. 776, mod. par Décr. n° 2019-1333 du 11 déc. 2019, préc., art. 4.

⁴⁷⁸ CPC, art. 777, par renvoi à l'article 1546-1.

⁴⁷⁹ CPC, art. 1554.

⁴⁸⁰ CPC, art. 1549.

⁴⁸¹ CPC, art. 1546-1, al. 3.

essentiel d'analyser précisément le dossier au regard des exceptions de procédure et fins de non-recevoir et de faire trancher lesdits incidents par le juge de la mise en état au préalable.

119. Constat de l'unicité du contexte processuel. Ces rapprochements significatifs mettent en exergue l'unicité de la justice, qu'elle soit rendue de manière amiable ou traditionnelle. Force est de constater que les modes amiables ne peuvent s'affranchir du contexte processuel dès lors que leur objet n'est autre que l'accomplissement d'un processus aboutissant à la résolution d'un différend. L'ambition du législateur n'a pas été de créer une alternative à la justice mais, au contraire, d'enrichir notre justice d'une nouvelle voie capable répondre aux besoins contemporains de notre société. La coexistence entre les différentes manifestations de justice poursuit dès lors la théorie de RAWLS, selon laquelle l'objet premier de la justice est « la structure de base de la société »⁴⁸². Cette structure de base est illustrée par l'auteur comme « un système public de règles qui définit les formes d'activité conduisant les hommes à coopérer afin de produire une plus grande somme d'avantages et qui reconnaît à chacun des droits sur une partie de ce qui a été produit »⁴⁸³. Ainsi, la justice doit nécessairement révéler une composante procédurale ou formelle, seule capable d'assurer la coexistence des visions du monde rivales.

Nonobstant la différence de leur exercice (dialoguer ou trancher), ces deux formes de justice ont la même finalité, la même ambition de garantir la paix sociale. Afin de répondre au mieux aux besoins des justiciables et, plus largement, de la société tout entière, ces mécanismes peuvent être intimement liés. Aussi, ils collaborent et favorisent la résolution de la difficulté ensemble.

B) La collaboration entre les différentes formes de justice

120. Mouvement de déjudiciarisation. Si la justice amiable a été mise au-devant de la scène juridique par le politique lui-même, son rapport avec la justice de l'État reste quelque peu confus. Qu'elle ait investi le système dans une volonté d'amélioration et de modernisation n'a pas pour autant relégué au second plan la justice traditionnelle rendue par le juge, celle-ci conservant toute son autorité. L'engouement porté aux règlements amiables des différends s'explique ainsi par une volonté de solidifier ce pilier, de toute société démocratique, qu'est la

⁴⁸² J. RAWLS, *Théorie de la justice*, trad. C. AUDARD, Paris, Seuil, 1987, p. 29.

⁴⁸³ *Ibid.*, § 14, p. 116.

justice. Leur promotion se perçoit notamment au regard de la volonté du législateur de déjudiciariser le monde du droit et de recentrer le juge au cœur de son office⁴⁸⁴.

Force est de constater que les différents rapports officiels touchant à la justice remis depuis quelques dizaines d'années attestent d'un mouvement de déjudiciarisation. Pour autant, il convient d'analyser et de délimiter l'environnement de ce phénomène.

121. Contours de la déjudiciarisation. Au regard de son préfixe -dé – venant du latin *dis*, indiquant l'éloignement, la séparation – la déjudiciarisation apparaît comme l'antonyme de la judiciarisation⁴⁸⁵. Or, *quid* de la judiciarisation ? Cette dernière se définit comme la tendance à privilégier le recours aux tribunaux pour trancher les litiges et à renforcer le rôle du juge. Ainsi, la déjudiciarisation se rapporterait à l'exclusion, ou du moins, l'allègement de l'intervention du juge dans le règlement des différends. Le phénomène s'apprécie dès lors au regard de la figure du juge, et non pas de l'intervention de la justice⁴⁸⁶. Le risque de confusion est perceptible et la définition selon laquelle la déjudiciarisation correspondrait « à la tendance à soustraire à la justice quand la judiciarisation est la tendance à soumettre à la justice »⁴⁸⁷ doit être réfutée. Appréhendée comme la vertu qui fonde le vécu des hommes au sein de la société, la justice détient une place essentielle et ne peut être compromise⁴⁸⁸. Par ailleurs, la justice est, dans ce contexte, faussement associée à la seule figure du juge. Le phénomène aboutit à la recherche d'une alternative à la justice alors que l'enjeu est de développer une alternative à la justice étatique. Précisément, selon Monsieur le professeur Antoine JEAMMAUD, la déjudiciarisation s'entend « soit d'un recul localisé du juge (...), soit du développement de lieux et procédures de règlement des différends extérieurs à la justice d'État »⁴⁸⁹. La déjudiciarisation est ainsi assimilée au développement des règlements amiables des différends et à leur admission

⁴⁸⁴ Tel un cri de ralliement, cette formule est apparue dans de nombreux rapports et projets (v. F. AGOSTINI et N. MOLFESSIS, *Chantiers de la justice. Amélioration et simplification de la procédure civile : Ministère de la justice*, 2018 ; S. CIMAMONTI et J.-B. PERRIER (dir.), *Les enjeux de la déjudiciarisation*, rapp. de recherche de la Mission Droit et justice, 2018). Le projet de loi de modernisation de la justice du 21^e siècle a été une fois de plus l'occasion de mettre l'argument en avant eu égard à son Titre IV qui « recentre le juge sur sa mission essentielle de trancher les litiges par l'application du droit ». Le garde des Sceaux déclarait notamment que « le juge est fait pour juger » (J.-J. URVOAS, discussion en séance publique, Ass. nat., mardi 17 mai 2016, spéc. p. 5 et 6) ; v. déjà pour un appel en ce sens, Rapp. au garde des sceaux, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, Commission sur la répartition des contentieux présidée par S. GUINCHARD, La documentation française, 2008, p. 36.

⁴⁸⁵ A. JEAMMAUD, « Judiciarisation / Déjudiciarisation », in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, op. cit., p. 675 : « la déjudiciarisation serait le mouvement inverse ».

⁴⁸⁶ Qui doit être appréhendée plus largement que par la seule figure du juge.

⁴⁸⁷ N. FRICERO, « Section 1 : Notion et définition de la déjudiciarisation en matière civile », in S. CIMAMONTI et J.-B. PERRIER (dir.), *Les enjeux de la déjudiciarisation*, LGDJ, 2019, p. 13.

⁴⁸⁸ Tout en associant le rôle essentiel de la justice au sein de la vie des hommes à l'importance que revêt la vérité dans une théorie donnée (*Théorie de la justice*, op. cit., p. 29), RAWLS admettait qu'en tant que « vertus premières du comportement humain, la vérité et la justice ne souffrent aucun compromis » (p. 30).

⁴⁸⁹ A. JEAMMAUD, « Judiciarisation / Déjudiciarisation », in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, op. cit., pp. 676-677.

dans le cadre institutionnel. En ce sens, force est de reconnaître que les règlements amiables ne sont pas une alternative à la justice, mais une justice alternative à la justice traditionnelle étatique. Les règlements amiables ne sont en effet qu'une des applications de la déjudiciarisation⁴⁹⁰. Ils interviennent pour aider et compléter la justice traditionnelle. Fonctionnant en binôme, les deux formes de justice seront en mesure de tendre plus rapidement à l'apaisement et au bien commun.

La justice amiable trouve désormais une place aux côtés de la justice traditionnelle dans un système de justice unifié (1.). En ce sens, le phénomène de déjudiciarisation connaît des limites et s'apprécie davantage dans un contexte mêlé de judiciarisation/déjudiciarisation (2.).

1. Un système de justice unifié

122. Quelle place pour la justice amiable ? Bien qu'indépendante de la justice étatique, la justice amiable peut également se développer sous son égide⁴⁹¹. À la différence des modes amiables conventionnels et extrajudiciaires, les médiations et conciliations judiciaires ne participent pas du phénomène de déjudiciarisation⁴⁹². Ces dernières, organisées par le juge, se rapportent davantage au phénomène de déjuridictionnalisation ; lequel tend à l'intervention du juge hors de son office ordinaire de trancher le litige⁴⁹³. Or, aux termes de l'article 21 du Code de procédure civile, il « entre dans la mission du juge de concilier les parties »⁴⁹⁴. En érigeant cette mission de conciliation du juge au rang de principe directeur du procès civil, les rédacteurs du Code avaient la volonté de promouvoir la justice participative⁴⁹⁵ et d'en faire « un complément de l'office traditionnel du juge »⁴⁹⁶.

Il ressort de ce contexte que la justice amiable se déploie dans la sphère des fonctionnalités du juge. Outre ses fonctions traditionnelles, le juge peut être amené à résoudre

⁴⁹⁰ La déjudiciarisation s'observe également par le recours aux autorités administratives indépendantes, par les diverses autorités de régulations, v. not. S. CIMAMONTI et J.-B. PERRIER (dir.), *Les enjeux de la déjudiciarisation*, LGDJ, 2019 ; v. égal. O. BOSKOVIC (dir.), *La déjudiciarisation*, Paris, Mare & Martin, 2012.

⁴⁹¹ G. CORNU, « Les modes alternatifs de règlements des conflits », *op. cit.*, p. 316.

⁴⁹² Tel que précédemment défini : v. *supra* n° 121.

⁴⁹³ L'office traditionnel du juge est défini à l'art. 12 CPC. Il consiste à trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. Il s'agit de son office juridictionnel traditionnel, soit la *jurisdictio* qui désigne le pouvoir de rendre la justice, le pouvoir de réalisation formelle du Droit, à côté de son *imperium* qui se présente comme le pouvoir d'user de la force.

⁴⁹⁴ CPC, art. 21.

⁴⁹⁵ Définie comme le « concept désignant l'ensemble des processus de résolution des différends impliquant que les parties soient personnellement mises en relation pour co-construire une solution », M. REVERCHON-BILLOT, « La justice participative : naissance d'un vrai concept », *RTD civ.* 2021 (2), p. 297.

⁴⁹⁶ M. REVERCHON-BILLOT, « L'article 21 du Code de procédure civile et la procédure civile », *Revue de droit d'Assas*, n° 20, oct. 2020.

le litige dont il est saisi à l'amiable. À cet instant, « l'alternative se dédouble aussitôt entre la conciliation que tente le juge lui-même et la conciliation ou la médiation qu'assume un tiers »⁴⁹⁷ confiée par le juge (ou par les parties). La figure prépondérante est alors le juge. Il est perçu comme le critère d'analyse de la voie procédurale de résolution du différend. Le différend est résolu par le juge – dans sa mission traditionnelle de trancher le litige ou dans sa mission de concilier les parties – ou en son absence.

Toutefois, appréhendé autrement, il peut être admis que c'est n'est pas tant la justice amiable qui s'agrège à la mission du juge que le juge lui-même qui intervient dans la sphère de l'amiable. Ainsi, la justice amiable se conçoit selon une appréciation tripartite qui distingue les différents processus amiables selon les personnes chargées de leur bon déroulement. Premièrement, la justice amiable peut être révélée par le biais d'une tentative de conciliation engagée par le juge lui-même. Il s'agit d'une conciliation retenue au sein d'une instance engagée. Deuxièmement, elle peut prendre part à la résolution du différend via des conciliations et médiations déléguées. Ces dernières sont reliées à l'instance qui prévoit le risque d'échec de la mesure. Enfin, troisièmement, la justice amiable peut prendre la forme d'une médiation extrajudiciaire engagée spontanément par les parties elles-mêmes. Celle-ci est purement conventionnelle et indépendante de toute instance.

123. Justice amiable et justice traditionnelle étatique. Au regard de la diversité des processus de règlement des différends, il est difficile d'établir un cadre lisible au sein de la justice. Nonobstant leurs méthodes de réalisation distinctes, ils sont pourtant entrelacés à tel point que leur lisibilité en est obscurcie. L'intention de distinguer ces différentes voies offertes aux justiciables afin de résoudre leurs différends implique alors de s'intéresser à l'ajustement des différentes figures de justice. La dichotomie entre justice amiable et justice étatique présente quelques difficultés. En effet, elle peut être appréhendée de diverses manières selon l'analyse des processus de résolution des différends. Dans une première approche, il y aurait une distinction entre la justice amiable rendue par les parties elles-mêmes ou par le tiers et, parallèlement, la justice traditionnelle rendue par le juge. Une fois cette distinction opérée, le juge peut intervenir soit dans son office traditionnel, soit par le biais d'un mode amiable judiciaire en l'organisant lui-même ou en le confiant à un tiers. Selon ce modèle, l'amiable innerve la dimension judiciaire, la justice rendue par le juge⁴⁹⁸. Dans une autre appréhension de la matière, la dichotomie pourrait être présentée différemment. En effet, la justice pourrait être

⁴⁹⁷ G. CORNU, « Les modes alternatifs de règlements des conflits », *op. cit.*, p. 317.

⁴⁹⁸ V. annexe 2.

distinguée entre d'un côté la justice étatique traditionnelle sous sa forme juridictionnelle et de l'autre la justice amiable attribuée aux parties ou au juge, lesquels renverraient au tiers si besoin. Dans ce modèle⁴⁹⁹, c'est le juge, lui-même, qui intervient au sein de la justice amiable. La justice amiable revêt ainsi une dimension d'autant plus élevée.

Au regard de ces deux schémas présentés, se pose alors la question de savoir quel est celui qui est consacré au sein de notre système juridique. Si, à l'heure actuelle, la justice étatique est toujours perçue comme la voie classique pour régler un litige, le premier schéma représenterait l'organisation de notre système. Il s'agirait d'une autre manière de rendre la justice par la justice étatique elle-même. Tout en s'inspirant de certaines modalités de la justice amiable, elle conserverait sa figure de voie royale dans la résolution des différends. La justice amiable ne serait alors que la voie secondaire pour régler un différend. Il est alors opportun de dépasser la dualité à laquelle est attaché le juriste⁵⁰⁰. La justice amiable met en évidence une grandeur utile à la paix sociale et mérite une reconnaissance autonome. Il s'agirait alors d'appréhender précisément la voie procédurale de résolution du différend et la ou les personnes chargées la conduire. Le deuxième schéma présenté serait alors le plus favorable pour répondre à l'objectif de justice.

124. Vers une justice unifiée. En 2017, Monsieur Bertrand LOUVEL, alors premier président de la Cour de cassation, appelait de ses vœux une réforme d'ampleur pour « restaurer la confiance publique entre les Français et la justice » dans plusieurs tribunes dédiées à l'unité de la magistrature, l'unité de la juridiction, l'unité de la procédure civile et l'unité du tribunal⁵⁰¹. Il affirmait ainsi son ambition d'un système de justice efficace et lisible « mis en œuvre dans un ordre juridictionnel unique faisant l'économie d'un Tribunal des conflits, par un corps unique de magistrats (...) avec le concours de professionnels qualifiés assistant les justiciables dans la recherche d'une solution immédiate de leur conflits grâce à l'offre des modes alternatifs (...). Dans ce modèle, le juge est un dernier recours »⁵⁰². Cette volonté de placer l'avenir de la justice sous le signe de l'unité a été consacrée au sein de la récente réforme de la procédure civile, notamment par la création d'un tribunal judiciaire⁵⁰³. Les nouvelles dispositions

⁴⁹⁹ V. annexe 3.

⁵⁰⁰ V. not. L. CADIET, « La règle des quatre unités, ou l'avenir de la justice française selon le premier président de la Cour de cassation », Procédures n° 1, janv. 2018, repère 1. L'auteur affirme que « dans l'intérêt du justiciable, il faudrait en finir avec la segmentation de la justice française ».

⁵⁰¹ Tribunes disponibles sur le site de la Cour de cassation, v. <https://www.courdecassation.fr/les-membres-de-la-cour-historique/premiere-presidence/bertrand-louvel>.

⁵⁰² L. CADIET, « La règle des quatre unités, ou l'avenir de la justice française selon le premier président de la Cour de cassation », art. préc.

⁵⁰³ Décr. n° 2019-1333 du 11 déc. 2019 réformant la procédure civile (préc.), qui tire les conséquences de la création d'un tribunal judiciaire remplaçant le tribunal d'instance et le tribunal de grande instance.

applicables à ce dernier, qui a vocation à être l'unique tribunal de la justice civile, ont été accompagnées par une véritable prise en considération de la justice amiable. Les règlements amiables peuvent être imposés par le biais d'une tentative préalable obligatoire de résolution amiable du litige⁵⁰⁴. À ce titre, l'article 750-1 du Code de procédure civile avait été ajouté au sein du Titre premier intitulé « Dispositions particulières au tribunal judiciaire », pour application des dispositions de l'article 4 de la loi du 18 novembre 2016. Il énonçait l'obligation d'une tentative de règlement amiable avant l'exercice d'une action en justice « lorsqu'elle tend au paiement d'une somme n'excédant pas 5 000 euros ou lorsqu'elle est relative à l'une des actions mentionnées aux articles R. 211-3-4 et R. 211-3-8 du code de l'organisation judiciaire ou à un trouble anormal du voisinage »⁵⁰⁵. Bien que cet article ait été annulé par une récente décision du Conseil d'État au motif d'un manque de précision de ses exceptions⁵⁰⁶, un lien entre la justice amiable et la justice étatique est bien mis en exergue : le processus amiable est lié à la saisine du juge.

125. La justice tend ainsi à se concevoir comme un système global. Tant l'importance du pouvoir du juge que l'efficacité des règlements amiables sont prises en considération. Il s'agit d'un véritable cheminement processuel, dont le point de départ n'est autre que la volonté émise par les parties de résoudre leur différend. Au regard de l'examen de ces différentes offres de justice et de la reconnaissance de leur collaboration, l'unité se perçoit dès lors dans la diversité. Tel que l'écrivait CAMUS, « l'unité n'est pas l'écrasement des différences mais l'harmonie des contrastes »⁵⁰⁷. Ainsi, la question n'est plus de juger quelle sphère de justice – que ce soit la justice étatique ou la justice amiable – serait la plus importante ou aurait plus de pouvoir que l'autre ; chacune a ses avantages mais aussi ses faiblesses. L'intérêt est d'analyser quelle solution pourrait être la plus apte à résoudre le différend en cause par la constatation d'une mutualité des mécanismes de justice. Il serait ainsi davantage cohérent de dépeindre une justice unifiée dont les garanties sont protégées par divers protagonistes. Il ne doit alors plus être question d'une distinction entre justice amiable ou étatique mais d'une distinction appréhendée selon celui qui porte la justice : soit le juge, dans sa mission de juge étatique ou,

⁵⁰⁴ L. n° 2016-1547 du 18 nov. 2016, préc. ; L. n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, préc., art. 3, qui étend l'exigence d'une tentative de conciliation, de médiation ou de convention de procédure participative préalable à la saisine de la juridiction. – Cf. introduction.

⁵⁰⁵ Modifié par le décr. n° 2022-245 du 25 févr. 2022, préc., art. 1.

⁵⁰⁶ CE, 6^e et 5^e ch. réunies, 22 sept. 2022, n^{os} 436939 et 437002, v. *supra* n° 21.

⁵⁰⁷ A. CAMUS, Entretien donné à *L'Express*, 30 déc. 1955, cité par P. VANNEY, v° « Nationalisme », in J. GUÉRIN (dir.), *Dictionnaire Albert Camus*, 2009, Robert Laffont, Bouquins. La formule est aussi citée par Monsieur le professeur Loïc CADIET dans plusieurs de ses contributions.

au contraire, lorsqu'il emprunte la voie de la justice amiable⁵⁰⁸, soit le tiers, dont les pouvoirs lui ont été confiés par le juge ou par les parties en conflit, soit, enfin, les parties elles-mêmes qui sont désireuses d'administrer leur différend⁵⁰⁹.

« Que les juges, gardiens de l'ordre social et des valeurs démocratiques, participent avec la communauté des justiciables à cette transformation du système classique de justice civile témoigne que la distance entre le judiciaire et le social s'amenuise et que la société, en étant mieux comprise, sera mieux servie »⁵¹⁰. Riche de formes différentes, la justice doit être envisagée comme un aboutissement répondant tant au bien commun qu'au bien individuel de la partie qui en fait la demande⁵¹¹. Ces diverses métamorphoses de notre système juridique conduisent à reconsidérer le phénomène pourtant emblématique de la déjudiciarisation, qui ne peut alors être envisagé qu'en corrélation avec son antipode, la judiciarisation.

2. Déjudiciarisation vs judiciarisation

126. Reconsidération du phénomène de déjudiciarisation. Tout l'enjeu des politiques de déjudiciarisation menées ces dernières années est de rationaliser les moyens matériels et humains de la justice et de mettre en place de nouveaux modes de gestion des différends afin de recentrer le juge au cœur de son office. Si la définition précédemment évoquée de la déjudiciarisation reconnaît un retrait du rôle du juge au sein de la sphère de la justice⁵¹², elle reste pour autant lacunaire. Quelle forme prend ce retrait ? S'agit-il d'une diminution du rôle du juge ou d'une disparition de ce dernier ? Afin d'apprécier précisément cette politique de déjudiciarisation, encore faut-il s'intéresser aux différends aptes à être résolus autrement que par la voie classique.

127. Déjudiciarisation et matière civile. La matière la plus apte à la déjudiciarisation est très clairement la procédure civile, qui privilégie l'intérêt individuel. La procédure civile est

⁵⁰⁸ Cf. CPC, art. 21. – En ce sens, le qualificatif « alternatif », régulièrement associé aux règlements amiables, est à relativiser, notamment au regard des modes amiables judiciaires. Au même titre que les procédures gracieuses, ils ne sont pas des alternatives à la justice traditionnelle mais se retrouvent au sein de celle-ci. Il s'agit d'un aménagement de la justice étatique.

⁵⁰⁹ V. Annexe 4.

⁵¹⁰ L. OTIS, « Modes alternatifs de règlement des litiges : la médiation judiciaire », in *Le règlement précoce des litiges et le rôle des juges*. Actes de la 1^{re} conférence européenne des juges tenue du 24 au 25 novembre 2003 à Strasbourg, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 2005, p. 79.

⁵¹¹ Aucune partie ne doit être désintéressée au profit de l'autre. La justice « n'admet pas que les sacrifices imposés à un petit nombre puissent être compensés par l'augmentation des avantages dont jouit le plus grand nombre », J. RAWLS, *Théorie de la justice*, op. cit., p. 30.

⁵¹² V. *supra* n° 121.

en effet généralement perçue comme la chose des parties. En ce sens, ces dernières peuvent très bien envisager la résolution de leurs différends sans l'intervention du juge. À l'inverse, d'autres contentieux démontrent davantage de difficultés à se priver de la puissance judiciaire. Le Doyen CORNU rapprochait en effet les litiges qui relèvent du contentieux pénal, administratif et fiscal, en raison de la mise en cause d'intérêts supérieurs à défendre⁵¹³. L'ordre public étant omniprésent dans ces différents contentieux, comment pourrait-on se passer de la toute-puissance du juge ? Force est pourtant de constater que les modes amiables ont réussi à s'infiltrer dans ces diverses branches du droit et que le mouvement de déjudiciarisation ne les a pas épargnées.

128. Déjudiciarisation et matière administrative. Qu'il s'agisse de la matière civile ou administrative, les justiciables sont désormais amenés à participer à la résolution de leur différend. Le Code de la justice administrative autorise en effet la médiation à l'initiative des parties⁵¹⁴, et ce, en dehors de toute procédure juridictionnelle. Pourtant, les effets juridiques de ces accords, fruits de négociations, se révèlent quelque peu limités. Afin de bénéficier de la force exécutoire, l'accord doit faire l'objet d'une homologation du juge⁵¹⁵. Si cette dernière reste facultative⁵¹⁶, elle implique de saisir le juge compétent pour connaître du contentieux dans la matière considérée. Ainsi, dans les cas où ladite homologation est demandée par les parties, le retrait du juge ne peut être considéré comme total. Le juge est bien exclu du processus de résolution du différend, mais il intervient à nouveau afin de valider l'accord conclu et en permettre l'exécution. L'homologation marque le sceau de la justice étatique et la toute-puissance du juge. Dès lors, peut-on réellement considérer un phénomène de déjudiciarisation en ces matières ? Ce questionnement a conduit certains auteurs à reconnaître « le caractère protéiforme de la déjudiciarisation »⁵¹⁷. L'intensité de la déjudiciarisation apparaît ici réduite, du fait que le juge conserve un certain rôle.

129. Déjudiciarisation et matière pénale. *Quid* de la déjudiciarisation en matière pénale ? En raison des origines inquisitoires de la procédure pénale, il est assez paradoxal d'envisager une diminution ou, pire encore, une disparition du rôle du juge pénal. Pourtant, l'on

⁵¹³ G. CORNU, *op. cit.*, p. 320 : « l'administration poursuit le bien public, la répression protège la société. La dette fiscale est impérative ».

⁵¹⁴ CJA, art. L. 213-5 à L. 213-6.

⁵¹⁵ Concernant l'homologation, v. *supra* (introduction) et v. *infra* n^{os} 417.

⁵¹⁶ Cf. CJA, art. L. 213-4 et CPC, art. 1565 et s. – Les parties peuvent exécuter l'accord immédiatement ou estimer que l'accord sera exécuté sans difficulté. Dans ce cas, l'homologation est inutile.

⁵¹⁷ S. CIMAMONTI et J.-B. PERRIER, « Notion et définition de la déjudiciarisation : Synthèse », in *ID.* (dir.), *Les enjeux de la déjudiciarisation*, *op. cit.*, p. 35.

assiste à une véritable promotion des outils à disposition du parquet afin de recourir à la voie intermédiaire entre le classement sans suite et la répression systématique des infractions⁵¹⁸. Ce dernier choisit soit de différer la poursuite, soit de lui substituer une autre mesure. Entre espoirs et interrogations, la déjudiciarisation de la procédure pénale doit ainsi être appréhendée au regard des alternatives aux poursuites⁵¹⁹. Plusieurs solutions alternatives à la poursuite ont ainsi été consacrées par la loi. Elles sont d'une portée différente et obéissent à une idée de graduation de la réponse pénale. Selon cette hiérarchie, la déjudiciarisation est alors appréciée plus ou moins fortement. En ce sens, le rapport Guinchard de 2008 traitait des « déjudiciarisations en matière pénale »⁵²⁰, et accordait ainsi la notion au pluriel. La première perception de la déjudiciarisation envisage de soustraire au juge pénal une partie de son rôle. La seconde est davantage radicale, elle propose de « sortir du palais de justice, du périmètre de la justice, une activité jusqu'ici confiée au juge »⁵²¹.

130. Les premières alternatives peuvent être qualifiées de réparatrices⁵²². Il s'agit des alternatives au classement sans suite présentées à l'article 41-1 du Code de procédure pénale. La médiation pénale, consacrée par la loi du 4 janvier 1993⁵²³, a été intégrée en son sein par la loi du 23 juin 1999⁵²⁴. Cette mesure « vise à résoudre des conflits entre des victimes et des délinquants par la voie de la négociation »⁵²⁵. Elle soustrait ainsi au juge la réponse pénale à une infraction qui sera transférée vers le procureur de la République⁵²⁶. En cas de réussite de la médiation, l'accord conclu donne lieu à la rédaction d'un procès-verbal par le procureur de la République ou le médiateur⁵²⁷, signé également par les parties en cause. La victime aura la

⁵¹⁸ Au contraire de certains systèmes étrangers – comme en Allemagne – le procureur de la République dispose d'un principe d'opportunité des poursuites (CPP, art. 40-1). Il a ainsi trois choix : poursuivre, ne pas poursuivre (soit classer sans suite) ou user d'une alternative avant le déclenchement de l'action publique.

⁵¹⁹ Les chiffres démontrent un véritable engouement pour ces mesures alternatives aux poursuites. Si l'on considère les seules affaires poursuivables en 2020, plus de 35 % donnent lieu à une mesure alternative aux poursuites et près de 5 % à une composition pénale : v. Ministère de la Justice, Sous-direction de la Statistique et des Études, « Les chiffres-clés de la justice 2020 », disponible sur <http://www.justice.gouv.fr>. Ces statistiques sont établies à partir des données d'activité des parquets pour l'année 2019.

⁵²⁰ Rapp. Guinchard, *préc.*, p. 121 et s.

⁵²¹ Rapp. Guinchard, *préc.*, p. 48.

⁵²² S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, Paris, 13^{ème} éd., LexisNexis, 2020, pp. 904 et s. L'auteur précise que ces alternatives « tendent à la réparation du tort fait à la société ou à la victime, par une indemnisation de celle-ci ou par le reclassement de son auteur ».

⁵²³ L. n° 93-2 du 4 janv. 1993 portant réforme de la procédure pénale, JORF n° 0003 du 4 janv. 1993, art. 6.

⁵²⁴ L. n° 99-515 du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale, JORF n° 0144 du 24 juin 1999, art. 1 : qui a intégré la médiation pénale dans un ensemble de mesures alternatives. – CPP, art. 41-1-5°.

⁵²⁵ S. VOISIN, « La médiation pénale est-elle juste ? », *Petites affiches*, 26 août 2002, n° 170, p. 49.

⁵²⁶ Précision faite que le procureur de la République peut opérer « directement ou par l'intermédiaire d'un officier de police judiciaire, d'un délégué ou d'un médiateur du procureur de la République », CPP, art. 41-1, al. 1.

⁵²⁷ Le procès-verbal précise les engagements qui ont été pris par l'auteur des faits envers la victime. Il est signé respectivement par les parties et par celui – du procureur de la République ou du médiateur pénal – qui l'a dressé. Une copie est remise à chaque partie.

faculté de demander, sur le fondement de ce procès-verbal, l'exécution d'une injonction de payer⁵²⁸. À l'inverse des conventions judiciaires d'intérêt public⁵²⁹, la déjudiciarisation semble ici totale puisqu'aucun processus de validation ou d'homologation par un juge n'est prévu⁵³⁰. Or, la Cour de cassation a posé une limite à ce phénomène, considérant « qu'il résulte de [l'article 41-1] que le procureur peut, préalablement à sa décision sur l'action publique, prescrire l'une des obligations prévues par ledit article, sans que l'exécution de cette obligation éteigne l'action publique »⁵³¹. L'accord conclu à l'issue du processus de médiation, qu'il soit ou non exécuté, ne constitue alors pas un obstacle à la mise en œuvre de l'action publique. Le délinquant qui conclut un accord peut être tout de même poursuivi par la suite. La mise en œuvre de cette mesure n'entraîne, de ce fait, aucune déjudiciarisation. Cette observation fait ainsi douter de la nature de la médiation pénale. Si le processus donne une réponse pénale aux faits commis en assurant la réparation du dommage, en mettant fin aux troubles résultant de l'infraction ou en contribuant à reclasser son auteur, la condamnation n'est pour autant pas exclue. Force est de constater que la médiation pénale n'est pas un mode de résolution définitif des différends. Elle envisage la réparation morale et matérielle à la suite de la commission d'une infraction mais n'interdit pas, postérieurement, le prononcé d'une peine. Tel que l'énoncent Messieurs les professeurs Serge GUINCHARD et Jacques BUISSON, « l'expression de "poursuite différée" (...) exprime parfaitement la réalité juridique et matérielle »⁵³². Or, l'objet d'un

⁵²⁸ CPP, art. 41-1, 5°.

⁵²⁹ Créée par la loi dite « Sapin II », la convention judiciaire d'intérêt public constitue un dispositif transactionnel permettant un traitement efficace et rapide des procédures ouvertes contre des personnes morales (L. n° 2016-1691 du 9 déc. 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, art. 22 ; CPP, art. 41-1-2). Dans le cadre de la CJIP, le procureur de la République doit saisir le président du tribunal qui prendra la décision de valider ou non la proposition. L'ordonnance de validation n'emporte pas déclaration de culpabilité et n'a, de ce fait, ni la nature, ni les effets d'un jugement de condamnation. Le président dispose cependant d'un rôle important et la CJIP n'exclut pas des poursuites à l'encontre des personnes physiques (CPP, art. 41-1-2, I, dernier al.). Égal., si l'exécution des obligations prévues par ladite convention éteint l'action publique, elle ne fait pas échec au droit des victimes de poursuivre la réparation de leurs préjudices devant la juridiction civile (CPP, art. 41-1-2, IV, al. 2) ; v. not. S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, 13^e éd., LexisNexis, 2020, p. 916, *spéc.* n° 1593 et s. ; E. RASCHEL, « Section 2 : Notion et définition de la déjudiciarisation en matière pénale », in S. CIMAMONTI et J.-B. PERRIER (dir.), *Les enjeux de la déjudiciarisation, op. cit.*, p. 18 s. ; E. VERGES, « La procédure pénale hybride », *RSC*, 2017, p. 579.

⁵³⁰ En ce sens, Cass., Civ. 1^{re}, 10 avr. 2013, n° 12-13.672, *Bull. civ. I*, n° 80 ; *AJ pénal* 2013. 422, note S. LAVRIC ; *D.* 2013. 1663, note J.-B. PERRIER ; *LPA*, 26 sept. 2013, p. 12, note F. LUDWICZAK ; *Lexbase Hebdo*, édition privée n° 527, 16 mai 2013, n° LXB : N7029BTI, note R. OLLARD : « que le procès-verbal établi et signé à l'occasion d'une médiation pénale, qui contient les engagements de l'auteur des faits incriminés, pris envers sa victime en contrepartie de la renonciation de celle-ci à sa plainte et, le cas échéant, à une indemnisation intégrale, afin d'assurer la réparation des conséquences dommageables de l'infraction et d'en prévenir la réitération par le règlement des désaccords entre les parties, constitue une transaction qui, en dehors de toute procédure pénale, tend à régler tous les différends s'y trouvant compris ».

⁵³¹ Cass., Crim., 21 juin 2011, n° 11-80.003, *Bull. crim.* n° 141 ; *D.* 2011. 2349, obs. PERRIER ; *D.* 2011. 2379, note DESPREZ ; *AJ pénal* 2011. 584, note BELFANTI ; *RSC* 2011. 660, obs. DANET ; *D.* 2012, Pan. 2118, obs. PRADEL ; *Procédures* 2011, n° 312, obs. BUISSON ; *JCP* 26 déc. 2011, n° 1453, obs. LUDWISAK ; *Dalloz actualité*, 12 juill. 2011, obs. LENA.

⁵³² S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 908.

règlement amiable n'est-il pas de résoudre un différend et d'assurer la sécurité des participants pour le présent et pour l'avenir ? La médiation pénale permet d'appréhender l'entièreté du conflit mais n'éteint pas l'action publique. La considération de la matière pénale, de l'infraction commise et, ainsi, de l'atteinte portée à la société l'emporte sur la volonté de déjudiciariser le monde du droit. Si l'objectif de la procédure pénale est de protéger l'intérêt général de la société par le biais de la répression, la médiation pénale suppose davantage une considération des individus en présence. Elle œuvre pour une prise de conscience et un reclassement du délinquant et pour la réparation des préjudices de la victime directe. Dès lors, et à ce titre, le déclenchement de l'action publique est toujours possible, si nécessaire, afin de réparer le préjudice de la collectivité. La médiation pénale apparaît alors davantage comme un outil au service du parquet, afin d'éviter le classement sans suite. En ce sens, la médiation pénale ne peut être considérée comme un mode amiable de résolution des différends⁵³³. Les qualités de cette dernière ne sont en aucun cas remise en doute, il suffit d'observer l'activité des médiateurs du procureur⁵³⁴. La médiation joue un rôle essentiel tant pour l'auteur des faits que pour la victime. Cependant, elle ne correspond pas à l'ambition des règlements amiables de faire participer les justiciables à la résolution de leur propre différend, pour le présent et l'avenir.

131. La deuxième alternative permet d'éviter la poursuite, elle est susceptible d'être qualifiée de punitive. Il s'agit de la composition pénale prévue à l'article 41-2 du Code de procédure pénale. Cette procédure alternative aux poursuites consiste, pour le procureur de la République, à proposer une ou plusieurs mesures à la personne ayant commis une infraction⁵³⁵. Elle est dite punitive dans le sens où elle tend à sanctionner l'individu impliqué. Après acceptation de ce dernier, le procureur de la République doit saisir par requête le président du tribunal aux fins de validation de la composition⁵³⁶. Le président du tribunal judiciaire⁵³⁷ a le pouvoir de la rejeter, ce qui rend la proposition caduque⁵³⁸. Cette intervention du juge aux fins de validation de la proposition signe la judiciarisation de cette procédure, et ce, afin d'éviter la censure du Conseil constitutionnel⁵³⁹. Pour autant, la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de

⁵³³ Cf. introduction (n° 30). Elle doit être considérée comme un outil de régulation.

⁵³⁴ Ministère de la Justice, Sous-direction de la Statistique et des Études, « Les chiffres-clés de la justice 2021 », Paris, disponible sur <http://www.justice.gouv.fr> [consulté le 10 juin 2022], p. 30.

⁵³⁵ Auparavant limitée aux seules personnes physiques, la composition pénale peut désormais s'appliquer aux personnes morales conformément au nouvel article 41-3-1A : L. n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, préc., art. 59.

⁵³⁶ CPP, art. 41-2, al. 24.

⁵³⁷ Le tribunal de police si l'infraction reprochée est une contravention : CPP, art. 41-3, al. 3.

⁵³⁸ CPP, art. 41-2, al. 27.

⁵³⁹ V. Cons. Const., déc. 2 févr. 1995, n° 95-360 DC, relative à la loi sur l'organisation des juridictions et la procédure civile, pénale et administrative, JO 7 févr. 1995, p. 2097, concernant l'injonction pénale.

programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice a modifié le régime juridique de la composition pénale⁵⁴⁰. L'article 41-2 du Code de procédure pénale a été complété afin de prévoir une dérogation aux dispositions exigeant la validation par un juge⁵⁴¹. Désormais, la proposition de composition n'est pas soumise à validation lorsque, pour une contravention ou pour un délit puni d'une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à trois ans, elle porte sur une amende de composition n'excédant pas le montant prévu au premier alinéa de l'article 131-13 du code pénal, soit 3 000 euros, ou sur la mesure de dessaisissement au profit de l'État d'une chose, à la condition que la valeur de la chose remise n'excède pas ce même montant⁵⁴². Cette suppression de l'exigence de validation par le juge permet, dans certains cas, de « faciliter le déroulement de la procédure de composition pénale lorsque celle-ci porte sur des délits de faible gravité ou des contraventions, ne nécessitant qu'une réponse de nature pécuniaire »⁵⁴³. Dans ce cadre précis, le juge est définitivement exclu de la résolution du différend et l'action publique est éteinte⁵⁴⁴. La déjudiciarisation semble alors véritablement envisagée. Cependant, afin de préserver les droits de la victime, le législateur a prévu plusieurs dispositions aux termes desquelles l'exécution de la composition pénale ne prive pas la partie civile de citer directement le délinquant, mais uniquement en vue de statuer sur ses intérêts civils⁵⁴⁵. Les actions nées de l'infraction doivent nécessairement être distinguées.

132. Enfin, reconnue comme un degré intermédiaire au sein des alternatives aux poursuites, la transaction s'est également développée dans la matière pénale⁵⁴⁶. Ce mécanisme

⁵⁴⁰ L. n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, préc., art. 59.

⁵⁴¹ À ce sujet, art. not. modifié par les lois n° 2021-401 du 8 avr. 2021 améliorant l'efficacité de la justice de proximité et de la réponse pénale, JORF n° 0084 du 9 avr. 2021, texte n° 1 (art. 3) et n° 2021-1729 du 22 déc. 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire, préc. (art. 14).

⁵⁴² CPP, art. 41-2, al. 27. Cette modification a été déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2019-778 DC du 21 mars 2019.

⁵⁴³ La validation par le juge reste cependant nécessaire quand le procureur propose au délinquant de réparer les dommages causés par l'infraction : Circ. du 8 avr. 2019 relative à la présentation des dispositions immédiatement applicables de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice relatives aux alternatives aux poursuites, aux poursuites et au jugement, p. 3.

⁵⁴⁴ L'exécution des mesures proposées, qu'il s'agisse de l'amende ou de la remise de la chose, a les mêmes effets qu'une composition pénale soumise à l'exigence de validation, à savoir l'inscription de la mesure au casier judiciaire (CPP, art. 41-2, al. 31) et l'extinction de l'action publique à la condition que l'auteur exécute les mesures décidées (CPP, art. 41-2, al. 14 et al. 29).

⁵⁴⁵ V. Cass., Crim., 24 juin 2008, n° 07-87.511, *Bull.* n° 162 : « la composition pénale, si elle éteint l'action publique, ne fait pas échec au droit de la partie civile de délivrer citation directe devant le tribunal correctionnel statuant sur les seuls intérêts civils ». Cette citation peut également être effectuée par le procureur de la République, v. CPP, art. 41-2, al. 30.

⁵⁴⁶ V. not. Rapp. S. GUINCHARD, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, La documentation Française, Coll. des rapports officiels, 2008, p. 123 : « Procédure intermédiaire entre la poursuite et le classement, la transaction offre à l'auteur d'une infraction la possibilité d'éviter une action en justice et les inconvénients qui en résultent ». – Dans la hiérarchie des réponses pénales, la transaction est davantage considérée que les mesures alternatives de l'article 41-1, et ce, en raison de ses effets. Elle n'a cependant pas pour objet de punir, au contraire de la composition pénale.

essentiellement de nature civile, permettant de transiger sur une demande soumise à l'appréciation d'une juridiction, est traditionnellement étranger à l'exercice de l'action publique⁵⁴⁷. L'action publique est en effet indisponible et donc insusceptible de faire l'objet d'une transaction⁵⁴⁸. Dès lors, une transaction peut-elle être envisagée comme une cause d'extinction de l'action publique⁵⁴⁹ ? À la lecture de l'article 6 du Code de procédure pénale, il semble bien que la réponse soit positive⁵⁵⁰. Il n'en reste pas moins vrai que la transaction pénale est le plus souvent présentée comme un mode d'extinction exceptionnel de l'action publique⁵⁵¹. « Tout d'abord pensée pour constituer une réponse à des infractions techniques et/ou répétitives, plutôt de nature contraventionnelle »⁵⁵², la transaction pénale s'est multipliée dans les domaines spécialisés⁵⁵³. Le droit de transiger appartient directement aux administrations ou services spécifiés par la loi. L'administration a la faculté de proposer au délinquant, qui reconnaît avoir commis une infraction, l'abandon des poursuites en échange du versement d'une somme d'argent au Trésor public ou de l'exécution d'une prestation déterminée. Dans

⁵⁴⁷ En ce sens, v. *ibid.* ; M. REDON, « Transaction pénale », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, janv. 2022 ; v. aussi J.-F. DUPRE, *La transaction en matière pénale*, préf. E. FAURE, Litec, 1978 – La transaction intervenue entre la victime et le délinquant éteint l'action civile mais ne fait pas disparaître l'action publique : C. civ., art. 2046 ; Cass., Crim. 4 juin 1998, n° 96-85.871, *Bull.* n° 183 (*Gaz. Pal.* 1998 II Chr. crim. 177) : « Selon l'article 6, dernier alinéa, du Code de procédure pénale, sauf disposition légale contraire, la transaction, qui ne fait pas disparaître l'infraction, est sans effet sur l'exercice de l'action publique ». Pourtant, en vertu de l'art. 132-59 du Code pénal, le fait que le dommage causé à la victime soit réparé peut permettre au coupable d'obtenir, dans certaines situations favorables, une dispense de peine qui est une véritable absolution judiciaire (v. B. BOULOC, *Droit pénal général*, 26^e éd., n° 708 s).

⁵⁴⁸ L'action publique appartient à la société. Si elle est confiée par la loi au ministère public ou à certains fonctionnaires, ceux-ci n'en ont que l'exercice et pas la disposition. Dès lors, le ministère public n'a pas la faculté de transiger avec le délinquant et d'arrêter les poursuites en lui imposant le versement d'une somme d'argent dans les caisses du Trésor public ou entre les mains de la victime (ce, sous réserve de la possibilité qui lui est offerte de ne pas poursuivre à la suite de la réalisation d'une médiation pénale et d'une composition pénale, v. *supra* n°s 130 et 131) : B. BOULOC, *Procédure pénale*, 28^e éd., Dalloz, Coll. « Précis », 2021, n° 232, pp. 204-205. – Ce constat témoigne notamment de l'une des raisons ayant conduit à la suppression de la transaction par l'officier de police judiciaire (CPP, art. 41-1-1 abrogé par la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, art. 59).

⁵⁴⁹ À défaut de la possibilité de conclure une véritable transaction sur l'action publique : v. M. REDON, « Transaction pénale », *préc.*, n° 1.

⁵⁵⁰ Le dernier alinéa de l'art. 6 CPP dispose en effet que l'action publique peut « s'éteindre par la transaction lorsque la loi en dispose expressément ou par l'exécution d'une composition pénale... ».

⁵⁵¹ V. not. rapp. GUINCHARD *préc.* et B. BOULOC, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 204. – Mais encore, la seule formule de l'art. 6 CPP le laisse entrevoir : « peut, en outre, s'éteindre par transaction lorsque la loi en dispose expressément... ».

⁵⁵² S. CIMANONTI, « Le développement de la transaction en matière pénale », *AJ Pénal*, 2015, p. 460, *in* Dossier « Quelle place pour la transaction pénale ? », *AJ Pénal*, n° 10/2015, 2015.

⁵⁵³ Not. dans les domaines suivants : contributions indirectes (LPF, art. L. 247, 3°, L. 248, L. 249 et L. 251) et infractions douanières (C. douanes, art. 350), police de l'eau (C. envir., art. L. 216-14) et de la pêche (C. envir., art. L. 437-14), parcs nationaux (C. envir., art. L. 173-12 et L. 331-25), droit rural (C. rur., art. L. 205-10), droit forestier (C. for., art. 161-25), circulation (C. pr. pén., art. 529-6) et transports publics (C. transp., art. L. 1721-2 s.), voirie routière (CGCT, art. L3213-5) et contraventions au préjudice des communes (C. pr. pén., art. 44-1), domaine fluvial (CGPPP, art. L. 2132-25 ; C. transp., art. L. 4313-2), discriminations (L. org. n° 2011-333 du 29 mars 2011, art. 28) et pratiques commerciales (C. consom., art. L. 523-1 s. et L. 216-11).

ces différents dispositifs transactionnels, le magistrat du siège est absent⁵⁵⁴. Certaines transactions nécessitent l'accord du ministère public⁵⁵⁵ ou son homologation⁵⁵⁶. D'autres, mises en œuvre par une administration disposant de l'exercice de l'action publique, peuvent même être réalisées sans recueillir au préalable l'accord du ministère public, « lorsque aucune action judiciaire n'est engagée »⁵⁵⁷. Si la nature de ces mécanismes reste particulièrement discutée en doctrine⁵⁵⁸, la mesure consentie ne fait référence ni à une peine ni à une mesure ayant le caractère d'une punition⁵⁵⁹. Ce dispositif semble alors revêtir la forme de déjudiciarisation la plus aboutie⁵⁶⁰. Cependant, la déjudiciarisation est subordonnée à la réussite de la transaction pénale⁵⁶¹. Si les parties ne parviennent pas à trouver un accord, des poursuites pourront être diligentées et le juge sera alors saisi. Ainsi la déjudiciarisation présente l'aléa de la réussite de la transaction. La mise en œuvre de la transaction « n'est jamais synonyme d'une déjudiciarisation certaine, seulement d'une déjudiciarisation possible »⁵⁶².

133. Dès lors, force est de constater qu'à la suite de la conclusion d'un accord, les parties souhaitent solidifier son contenu. Pour ce faire, c'est bien au juge que les parties s'adressent. Il s'agit d'obtenir la certitude de la réalisation matérielle de l'accord par le biais de l'homologation⁵⁶³. Le juge est alors rarement totalement absent des processus de résolution des différends à l'amiable. Il intervient *a posteriori* pour homologuer l'accord et constater le respect des libertés individuelles. Ainsi, la déjudiciarisation est-elle envisagée comme « partielle ». Si

⁵⁵⁴ Seule la transaction proposée par le maire de la commune, prévue par l'art. 44-1 du CPP, prévoit l'intervention du juge lorsque la transaction proposée à l'intéressé comporte l'engagement d'accomplir un travail non rémunéré (CPP, art. 44-1, al. 5). Dans les autres cas, « la transaction proposée par le maire et acceptée par le contrevenant doit être homologuée par le procureur de la République » (al. 2). – À ce titre, v. E. RASCHEL, *op cit.*, p. 29 ; J.-B. PERRIER, « Réflexions et perspectives sur la transaction en matière pénale », *AJ pénal*, 2015, p. 474.

⁵⁵⁵ Ex. C. consom., art. L. 523-1.

⁵⁵⁶ Ex. C. for., art. 161-25.

⁵⁵⁷ C. douanes, art. 350.

⁵⁵⁸ Un premier courant doctrinal attribue une nature administrative à ces transactions particulières. Prévu par la loi, le mécanisme est initié par l'administration qui propose la transaction pénale. *A contrario*, certains pénalistes estiment que la transaction revêt une nature pénale en raison de la commission d'une infraction et du déclenchement de l'action publique dans le cas où l'individu n'accepterait pas ladite transaction. – E. GHERARDI, « Réflexions sur la nature juridique des transactions pénales », *RFDA* 1999. 905.

⁵⁵⁹ Le texte qui a généralisé la transaction environnementale a notamment été soumis au Conseil constitutionnel : Cons. Constit., 26 sept. 2014, QPC (v. *Revue sciences criminelles*, 2015, p. 511), lequel en a déduit que « les mesures fixées dans la transaction pénale ne revêtent pas le caractère de sanction ayant le caractère d'une punition ».

⁵⁶⁰ Le caractère déjudiciarisé du règlement est notamment traduit au regard de l'extinction de l'action publique.

⁵⁶¹ V. Cass., Crim., 19 mai 2015, n° 14-85.885, *Bull. crim.* n° 112, p. 230 : « Selon l'article L. 141-2 du code de la consommation, l'action publique est éteinte lorsque l'auteur de l'infraction a exécuté, dans le délai imparti, les obligations résultant pour lui de l'acceptation de la transaction ».

⁵⁶² E. RASCHEL, *op cit.*, p. 29, spéc. n° 45.

⁵⁶³ Pour une étude plus précise de l'homologation, v. *infra* n°s 416 s.

tel est un bel exemple de collaboration entre la justice étatique et la justice amiable, la judiciarisation desdits accords réinvestit le monde juridique.

134. Entre déjudiciarisation et judiciarisation des modes de règlement des différends. Le constat est tel que se pose nécessairement la question de savoir quel est le phénomène à privilégier : la déjudiciarisation de la procédure de règlement des différends ou la judiciarisation des processus consensuels de résolution des différends ? Il faut reconnaître qu'un phénomène n'empêche pas l'autre⁵⁶⁴. La déjudiciarisation n'a, en effet, pas pris le relais du mouvement antérieur de judiciarisation. Au contraire, les deux mouvements sont amenés à coexister dans le parcours du droit et peuvent interférer. Une complémentarité entre déjudiciarisation et judiciarisation est perceptible, et figurent parfois au cœur d'un même texte de loi⁵⁶⁵. Les règlements amiables sont intégrés dans « le cadre de la justice d'État », et ainsi sont-ils nécessairement judiciarisés⁵⁶⁶.

135. Intégration dans l'ordre processuel. L'évolution de la justice démontre une volonté de cohésion d'ensemble. Les modes amiables de résolution des différends œuvrent désormais avec la justice traditionnelle. Dans un contexte de justice plurielle, les deux formes qu'elle regroupe sont amenées à rechercher la paix sociale par leur complémentarité. Les précisions apportées par la loi quant au développement des règlements amiables des différends – indépendamment ou conjointement avec la justice étatique – établissent ainsi leur intégration au sein d'un véritable ordre processuel. Cette considération induit inévitablement la question de la place accordée aux droits et libertés dans de tels processus. De cette articulation des modes

⁵⁶⁴ V. S. CIMAMONTI, « La déjudiciarisation, une notion ambiguë », in « La médiation, expériences, évaluations et perspectives », Actes du colloque du jeudi 5 juill. 2018, Mission de recherche Droit et Justice.

⁵⁶⁵ L'ex. le plus prégnant reste la loi du 8 févr. 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative (préc.). Si l'occasion d'organiser un fonds commun entre ces trois procédures a été manquée, ladite loi s'intéresse largement à la médiation. Pour d'autres illustrations : le développement des actions de groupes avec la loi Hamon du 14 mars 2014 relative à la consommation, la loi n° 2016-41 du 26 janv. 2016 de modernisation de notre système de santé, ou encore la loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle qui incite à rechercher la conclusion d'un accord amiable et à « privilégier la voie consensuelle ». Mais encore, la codification de la partie législative du Code de la consommation opérée par l'ord. n° 2016-301 du 14 mars 2016 illustre également cette complémentarité. Elle regroupe, en effet, des formes déjudiciarisées – not. la médiation aux articles L. 611-1 à L. 616-3 – et judiciarisées au sein d'un même livre IV sur le « règlement des litiges ». – Il est cependant à relever l'effort de déjudiciarisation opéré par la loi du 22 déc. 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire (préc.) eu égard à la nouvelle procédure d'obtention de la formule exécutoire par le greffe, v. *infra* n° 364.

⁵⁶⁶ V. A. JEAMMAUD, « Judiciarisation / Déjudiciarisation », in L. CADJET (dir.), *Dictionnaire de la justice, op.cit.*, p. 677. L'auteur expose une nouvelle acception du terme judiciarisation : « l'admission, dans le cadre de la justice d'État, de certains modes non juridictionnels de règlement des disputes comme la conciliation et la médiation (notamment depuis la loi du 8 février 1995 pour la justice judiciaire) ».

amicales et du procès, « il résulte nécessairement, sinon une osmose, du moins une certaine porosité de leurs principes mutuels »⁵⁶⁷.

La question de savoir si les modes amiables constituent une terre irriguée par de telles prérogatives ou s'ils demeurent au contraire un territoire assez aride ne se pose plus⁵⁶⁸. Les modes amiables, malgré leur âme contractuelle, tendent à la résolution d'un différend, ils rendent la justice aux citoyens. De ce fait, ils doivent nécessairement être encadrés.

Paragraphe 2 : Les règlements amiables, une justice nécessairement encadrée

136. Urgence à l'organisation de l'amiable. À l'heure où la société devient de plus en plus procédurière, comment réconcilier, défendre au mieux les intérêts de l'ensemble des citoyens et promouvoir la compréhension mutuelle ? Très certainement par le choix de la rhétorique de la proximité et du partenariat⁵⁶⁹. Privilégier la solution amiable traduit l'émergence d'un nouveau mode de régulation sociale, d'un nouveau modèle d'action régissant les rapports entre les individus et, plus encore, entre l'État et la société civile⁵⁷⁰. Eu égard à son objet, la justice amiable est alors nécessairement soumise à l'élaboration d'une configuration organisée et d'une cohérence d'ensemble. Ce faisant, elle est apte à relier, dans un rapport de convenance, les relations sociales qui se verraient privées de vitalité.

Sans déposséder la justice amiable de son essence, qui est la liberté, diverses raisons liées à la nature humaine incitent à l'établissement de principes directeurs (A). L'univers du droit est alors perceptible dans une approche protectrice de l'individu et les règlements amiables ne peuvent en être privés (B).

⁵⁶⁷ L. CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, op. cit., p. 133.

⁵⁶⁸ R. DUMAS, « Les MARD (modes alternatifs de résolution des différends) au prisme des droits fondamentaux substantiels », art. préc.

⁵⁶⁹ N. FRICERO et a., *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, op.cit., p. 6.

⁵⁷⁰ V. not. J.-P. BONAFE-SCHMITT, « Les médiations », *Communication et organisation*, n° 11, 1997. DOI : 10.4000/communicationorganisation.1914.

A) *Les raisons à l'établissement de principes directeurs de la justice amiable*

137. Avènement d'une démocratie participative. Le constat fait l'unanimité : le climat de violence verbale, physique et morale est croissant dans notre société. S'il est vrai que les profondes mutations sociétales récentes⁵⁷¹ ont eu de réelles conséquences, la problématique réside davantage dans un interventionnisme de l'État de plus en plus marqué. Cet interventionnisme étatique a bouleversé les formes traditionnelles de sociabilité⁵⁷². Il s'est accompagné d'une juridicisation croissante des relations sociales. L'engorgement des tribunaux, qui en découle, aboutit – entre autres causes – à une inefficacité croissante de l'institution judiciaire. L'échec de la figure universelle de l'État et la perte de confiance envers ses institutions a nécessairement entraîné une véritable déconnexion avec les justiciables. Dans ce contexte, l'espoir des sociétés modernes n'est plus appréhendé dans la recherche du fonctionnement collectif mais dans l'autonomie individuelle. L'individu prend conscience de ses pleines possibilités et s'émancipe de ses tutelles traditionnelles. Les citoyens tolèrent mal les limites et les contraintes que les institutions étatiques leur imposent⁵⁷³ et souhaitent désormais – en tant que sujets libres et responsables – participer directement à la résolution de leurs propres différends. Ainsi, les règlements amiables prennent tout leur sens dans une société de démocratie participative et leur développement coïncide avec l'individualisme post-moderne⁵⁷⁴. Cependant, la montée en puissance de ce phénomène impose des garde-fous en raison de ses effets négatifs (1.). Dès lors, l'intégration des règlements amiables dans les différents codes de notre droit positif a entraîné leur procéduralisation et la consécration d'un schéma processuel commun (2.).

1. La montée en puissance de l'individualisme post-moderne

138. Individualisme et règlements amiables. L'individualisme est cette logique qui défend et valorise le point de vue des sujets particuliers⁵⁷⁵. Cette tendance à faire prévaloir l'individu sur toute autre forme de réalité se distingue par un progrès des consciences

⁵⁷¹ Qu'il s'agisse de l'industrialisation, de l'urbanisation, de l'internationalisation ou encore des diverses crises passées.

⁵⁷² Ce, au profit d'une « sociabilité étatique » (F. EWALD, *L'État providence*, Grasset, 1986).

⁵⁷³ D. SCHNAPPER, *La démocratie providentielle. Essai sur l'égalité contemporaine*, Gallimard, 2002, p. 239.

⁵⁷⁴ N. FRICERO et a., *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, op.cit., p. 6.

⁵⁷⁵ V. L. DUMONT, *Essais sur l'individualisme*, Points Essais, Seuil, 1983, 305 p.

individuelles, qui gouvernent désormais la conscience collective. Il s'agit concrètement de l'état de fait favorisant l'initiative et la réflexion individuelle⁵⁷⁶. L'individu est alors appelé à se faire tout seul⁵⁷⁷. Cela ne veut pas dire qu'il ne peut pas profiter des autres éléments de son environnement, mais simplement qu'il est le plus à même de résoudre les difficultés auxquelles il fait face⁵⁷⁸. « L'attente légitime des parties ne réside plus nécessairement dans la solution juridique dont les termes échappent la plupart du temps aux colitigants. Les parties (...) veulent garder la haute main sur le litige, qu'elles "gèrent" comme elles le feraient d'une affaire commerciale ou financière. Elles n'abandonnent plus aussi facilement leur différend aux seuls spécialistes du droit »⁵⁷⁹. En tant qu'acteurs sociaux⁵⁸⁰, les individus ont la volonté d'être associés tant à la conception des normes qui leurs seront applicables qu'à l'organisation de la résolution de leurs propres différends. L'individualisme se traduit ainsi par une large reconnaissance des droits individuels et une construction progressive de l'autonomie. Le lien social est transformé, en passant, selon DURKHEIM, de la solidarité mécanique à la solidarité organique⁵⁸¹. La personnalité individuelle n'est plus absorbée par la personnalité collective. Les individus sont valorisés pour ce qu'ils sont, et non plus pour ce qu'ils représentent⁵⁸². L'essence de l'individualisme est alors de considérer l'individu pour ce qu'il est. Fort de sa propre personnalité au sein du groupe, il fait preuve d'ipséité. Il n'est plus question de similitudes avec

⁵⁷⁶ A. REY (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, op. cit., v° « Individualisme ».

⁵⁷⁷ À l'image du « self-made man », v. J.-C. TROADEC, « Le *self made man* : "un étalon de la mesure du réel" », *La cause du Désir*, vol. 99, n° 2, 2018, pp. 186-190.

⁵⁷⁸ « *L'homo democraticus* tend à penser qu'il ne peut être représenté que par lui-même », D. SCHNAPPER, op. cit., p. 239.

⁵⁷⁹ C. JARROSSON, « Les modes alternatifs de règlement des conflits. Présentation générale », *RIDC*, vol. 49, n° 2, avr-juin 1997, pp. 325-345, spéc. p 326.

⁵⁸⁰ Pourvus d'un esprit d'indépendance, les individus ne sont plus de simples agents d'une société – comme ils l'étaient dans le système holiste – mais deviennent de véritables acteurs.

⁵⁸¹ E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, op.cit. : La solidarité mécanique était envisagée au sein des sociétés traditionnelles qui prônaient une conscience collective des normes. Le poids du collectif est tel que « l'individu ne s'appartient pas, c'est littéralement une chose dont dispose la société » (p. 100). Les individus forment un tout, tel un mécanisme. Les évolutions sociétales, à l'instar de l'industrialisation, ont engagé ce changement vers une solidarité organique. L'auteur met en avant la division du travail qui valorise le rôle de chaque individu. L'usage du terme « organique » vient de la comparaison avec les organes du corps humain, chacun a sa fonction mais ils sont interdépendants les uns des autres : « Chacun dépend d'autant plus étroitement de la société que le travail est plus divisé, et ... l'activité de chacun est d'autant plus personnelle qu'elle est spécialisée » (p. 101).

⁵⁸² L'individualisme est ainsi mis en exergue par un dédoublement entre l'identité sociale et l'identité personnelle de l'individu. Ce dédoublement de l'individu peut, dès lors, être perçu *mutatis mutandis* dans l'évolution de la justice, qui présente une voie traditionnelle et une voie amiable. À l'instar de l'individu qui mobilise ses capacités afin de promouvoir une affirmation personnelle (une véritable norme sociale délaissant les appartenances passées), la justice laisse émerger la possibilité de donner une réponse autre aux différends dont elle est sollicitée, une réponse qui était déjà bien connue historiquement mais qui n'avait eu jusqu'alors que peu de reconnaissance en raison du pouvoir attribué aux institutions étatiques.

les autres mais d'une complémentarité qui se perçoit par les liens qu'ils entretiennent⁵⁸³. Il est rendu compte d'une interdépendance entre Moi et les autres⁵⁸⁴.

139. La réunion entre l'individualisme et la dépendance vis-à-vis des autres apparaît toutefois quelque peu antinomique. C'est à ce titre que DURKHEIM s'interrogeait : « comment se fait-il que, tout en devenant plus autonome, l'individu dépende plus étroitement de la société ? Comment peut-il être à la fois plus personnel et plus solidaire ? »⁵⁸⁵. L'interaction entre le processus d'individualisation et le processus de socialisation tend, selon l'auteur, à « une transformation de la solidarité sociale, due au développement toujours plus considérable de la division du travail »⁵⁸⁶, qui « n'est pas spéciale au monde économique ; on en peut observer l'influence croissante dans les régions les plus différentes de la société », à l'instar des fonctions judiciaires qui se spécialisent de plus en plus⁵⁸⁷. L'œuvre de justice se développe ainsi par le biais de l'autonomisation de l'individu.

140. Ainsi que l'énonçait le sociologue Monsieur François DE SINGLY, « l'individu n'existe que dans les liens sociaux. La différence entre les sociétés individualistes et les sociétés non individualistes ne tient donc pas à la diminution des liens sociaux. Elle réside dans l'importance accordée aux liens plus personnels, plus électifs, plus contractuels »⁵⁸⁸. L'individualisme doit alors être compris comme un mode d'organisation particulier de la société moderne, au sein de laquelle la liberté de choix est prééminente. Les individus partagent toujours des normes communes, pour autant, les dogmes sont moins pesants.

Ainsi inséré dans un univers juridique et normatif, le processus amiable crée un « espace de paroles » au sein duquel chacune des parties est libérée de la rigidité imposée par les institutions étatiques et s'exprime selon ses propres pensées⁵⁸⁹. L'enjeu n'est plus la répression

⁵⁸³ La multiplication des individualités engendre ainsi une diversité des liens qui pourraient apparaître moins solides, mais qui, considérés ensemble, sont d'autant plus forts. Cette réunion entre les individus, considérés individuellement, crée une complémentarité nécessaire à la vie en société. À l'image de la division du travail, les individus sont interdépendants les uns des autres pour aboutir à l'œuvre commune.

⁵⁸⁴ La bonne marche de la société dépend de l'interdépendance des individualités.

⁵⁸⁵ E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, *op. cit.*, p. XLIII.

⁵⁸⁶ *Ibid.*

⁵⁸⁷ E. DURKHEIM, *op. cit.*, p. 2.

⁵⁸⁸ F. DE SINGLY, *L'individualisme est un humanisme*, L'aube, 2005, Coll. « L'Aube poche essai », 2011, p. 24. – Ainsi le phénomène de l'individualisme est-il lié à la contractualisation, *Cf n°s 62 s.*

⁵⁸⁹ L'individu devient auteur et acteur « d'une parole propre », v. B. GORCHS, « La conciliation comme "enjeu" dans la transformation du système judiciaire », art. préc. – La philosophie d'ARISTOTE reconnaît, à ce titre, la nécessité de laisser les faits ébranler nos propres catégories de pensées. En effet, le désintérêt de soi-même pourrait être perçu comme une pathologie. L'individu qui n'exprimerait pas de désirs ou qui subirait les faits par abandon de sa propre volonté, et par résignation, serait certainement troublé. Ce symptôme se perçoit notamment au sein des études psychiatres, milieu habité par des personnes n'ayant pas autant d'intérêt pour l'autonomie individuelle que le reste de la société.

– tel était jusqu’alors le cas en raison de la force des valeurs partagées – mais la réparation, le dédommagement.

141. Effets négatifs de l’individualisme. Si les mérites de l’individualisme peuvent nécessairement être vantés et mettent en exergue le développement positif d’une autre manière de résoudre les différends, le phénomène suscite également de nombreuses inquiétudes. Il apparaît régulièrement comme une forme de déliquescence de la société⁵⁹⁰ ; chacun s’occupant de lui-même au détriment de la communauté⁵⁹¹. Le fondement et la finalité de la démocratie sont le bien-être des personnes prises individuellement. Or, force est d’admettre qu’une certaine version de cet individualisme peut la corrompre jusqu’à la rendre impuissante et installer le règne du plus fort. Les liens sociaux, davantage souples, peuvent entraîner l’insouciance et faire perdre aux individus des repères importants. En raison de l’absence de cadre précis, le choix offert aux individus quant à l’application et au respect de certaines normes peut nécessairement donner une impression de perte de contrôle. C’est alors que des conduites anormales peuvent survenir, telles que la délinquance, l’indifférence, l’incivilité⁵⁹². De ce fait, il est assez courant que l’individualisme soit mal perçu et soit assimilé à un libéralisme exacerbé, à une montée en puissance de l’égoïsme et à une absence de sens commun⁵⁹³.

142. Lutte contre les effets négatifs de l’individualisme. Seule l’émergence de principes fondamentaux, guidant les esprits dispersés, sera en mesure d’éviter les inconvénients liés à l’individualisme. L’individualisme pourra alors être envisagé non pas comme quelque chose qui fonctionne contre la société mais comme une nouvelle forme d’organisation de la société au sein de laquelle l’individu participe directement. La fondamentalisation⁵⁹⁴ est, à l’origine, étroitement liée à l’individualisme eu égard à la place centrale accordée au sujet de droit dans le projet social. Mais également, les droits fondamentaux cristallisent-ils cette tension perçue entre la multiplication des poussées individualistes et la force de la communauté. Ils permettent d’éviter les inconvénients issus de l’individualisme, les conduites antinomiques et

⁵⁹⁰ En ce sens, v. P. SILIPRANDI, *L’illusione individualista e la Società europea*, Torino, Bocca, 1922. L’auteur condamne l’individualisme et affirme que ce phénomène infecte tout le fonctionnement de l’état de la vie politique du continent européen, à tous les niveaux.

⁵⁹¹ Monsieur Edgar MORIN résume l’aspect dual de l’individualisme avec sa célèbre citation, in *Dialogue sur la connaissance*, L’aube, 2002, p. 65 : « Le côté positif de l’individualisme moderne est de donner à chacun plus de responsabilité et d’autonomie ; son côté négatif est de dégrader les solidarités et d’accroître les solitudes ».

⁵⁹² DURKHEIM dénonçait l’apparition d’éléments pathologiques, qu’il a appelé « anomies », *op. cit.*

⁵⁹³ BALZAC, dans *Une fille d’Ève*, associe l’individualisme à la solitude. Mais plus encore, d’autres auteurs dépassent l’analyse du mal-être individuel de la personne pour constater les maux de la société tout entière qui en seraient la conséquence directe. La confusion entre le *je* relatif au for intérieur du sujet et celui de son égo pur, attestant son égoïsme, pourrait aboutir à des dérives.

⁵⁹⁴ Étude *supra*, n^{os} 76 s.

de réguler la possible inégalité entre les parties, laquelle pourrait conduire à un résultat injuste. La crainte de voir la demande du puissant l'emporter sur celle du faible a permis de se questionner sur un certain encadrement de ces modèles conventionnels. L'absence de garde-fous risquerait, en effet, d'engager les parties dans un processus qui les priverait de règles protectrices. Sans ignorer les abus pouvant être générés par de tels accords, la prudence a nécessairement induit à l'institutionnalisation des règlements amiables.

2. Institutionnalisation des règlements amiables et consécration d'un schéma processuel commun

143. Intégration des modes amiables dans les différends codes de procédure. La véritable prise en considération de la justice amiable s'est observée par l'ajout au sein du Code de procédure civile d'un livre V relatif à « la résolution amiable des différends »⁵⁹⁵. Il constitue le pendant des titres VI et VI bis du livre premier respectivement consacrés à la conciliation et à la médiation judiciaires. L'entrée de la médiation et de la conciliation extrajudiciaires, puis de la procédure participative assistée par avocat⁵⁹⁶, dans le Code de procédure civile marque ainsi l'avènement d'une justice plurielle. Les processus judiciaires et les processus par lesquels les parties, à leur initiative, peuvent tenter de conclure un accord (médiation, conciliation, procédure participative⁵⁹⁷) sont centralisés dans le même code. En matière administrative, il aura fallu attendre la loi du 18 novembre 2016⁵⁹⁸ pour constater une véritable innovation. L'article 5 de ladite loi crée, en effet, un nouveau chapitre au sein du Code de justice administrative dédié à la médiation administrative. Ainsi, la justice administrative développe également la voie amiable dans son code de procédure. Le Code de procédure pénale n'a évidemment pas échappé, lui non plus, à cette immersion de l'amiable parmi ses lignes et s'est enrichi de la médiation pénale par la loi du 4 janvier 1993⁵⁹⁹. Cette première figure du pluralisme de la réponse pénale a été complétée, avec la loi du 23 juin 1999⁶⁰⁰ par de nouvelles

⁵⁹⁵ Décr. n° 2012-66 du 20 janv. 2012 relatif à la résolution amiable des différends, préc.

⁵⁹⁶ L. n° 2010-1609 du 22 déc. 2010 relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires, « Chapitre X : Dispositions relatives à la profession d'avocat », art. 37.

⁵⁹⁷ Cf. C. civ, art. 2068 : « La procédure participative est régie par le code de procédure civile ».

⁵⁹⁸ L. « Justice du XXI^e siècle ».

⁵⁹⁹ L. n° 93-2 du 4 janv. 1993 portant réforme de la procédure pénale, préc., art. 6.

⁶⁰⁰ L. n° 99-515 du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale, préc., « Chapitre Ier : Dispositions relatives aux alternatives aux poursuites et à la composition pénale ».

alternatives aux poursuites – réparatrices ou pédagogiques – à l'article 41-1, et par une autre alternative davantage coercitive, la composition pénale, à l'article 41-2⁶⁰¹.

Les différents codes de procédure envisagent dès lors les règlements amiables indépendamment de toute instance ou bien conjointement avec celle-ci. Les règlements amiables participent au règlement du différend soit individuellement, soit en lien avec la justice traditionnelle. Ils œuvrent pour la résolution des différends au même titre que les procédures étatiques.

144. Un cadre amiable influencé ou renouvelé ? À l'instar de leur inscription au sein des textes de procédure, certains auteurs n'hésitent pas à dénoncer l'influence du procès subie par les modes amiables⁶⁰². Or, cette influence est à préciser : il n'est pas question d'imposer la rigidité du procès aux règlements amiables mais d'instituer des valeurs fondamentales à suivre afin d'éviter les dérives. Ce n'est alors pas une simple transmission des idéaux d'un modèle à l'autre. Précisément, c'est tout le modèle processuel traditionnel de la justice qui est repensé. Les règlements amiables engagés par le juge sont, évidemment, sous l'emprise de certains éléments de nature judiciaire. Pour autant, la nouveauté vient de la considération des règlements extrajudiciaires. Ces derniers intègrent la sphère processuelle et ne doivent plus être seulement traités comme des procédés contractuels.

Cette mise en regard rejoint l'analyse de Monsieur le professeur Xavier LAGARDE, selon laquelle : « dès lors que les règlements amiables s'institutionnalisent et tendent à devenir un mode normal de résolution des différends, ils se procéduralisent et appellent naturellement l'application d'un minimum de principes »⁶⁰³.

145. Délaissement du modèle contractuel au profit du modèle processuel. Une certaine partie de la doctrine – qui ne perçoit les règlements amiables autrement que par la figure du contrat⁶⁰⁴ – estime que cette consécration pervertit la nature conventionnelle des modes amiables. Substantiellement fondé sur une logique contractuelle, qui rejette le procédé judiciaire, leur imposer des principes conduirait inéluctablement à leur échec⁶⁰⁵. La nature hybride des modes amiables de résolution des différends crée en effet une certaine difficulté à

⁶⁰¹ V. *supra* n° 131.

⁶⁰² V. not. L. CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs des conflits*, *op. cit.*, p. 131.

⁶⁰³ In S. GUINCHARD et a., *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, *op. cit.*, n° 810, p. 1496.

⁶⁰⁴ V. not. J. TIMSIT, « La médiation : une alternative à la justice et non une justice alternative », *Gaz. Pal.*, 15 nov. 2001, n° 319, p. 53.

⁶⁰⁵ V. not. N. FRICERO, « Modes alternatifs de règlement des conflits et procès équitable » in *Libertés, justice, tolérance : mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, vol. 1, 2004, p. 843.

l'appréciation de leurs contours⁶⁰⁶. Malgré toute l'importance reconnue à la liberté contractuelle, une simple application du droit des contrats ne pourrait suffire à préserver les justiciables des malversations procédurales. Les règlements amiables revêtent des conséquences processuelles, ils résolvent un différend. À ce titre, la théorie des vices du consentement est sans doute d'une portée trop limitée pour empêcher les « abus de règlement amiable ». Ainsi qu'il a été constaté, les règlements amiables sont des procédures avant d'être des contrats⁶⁰⁷.

146. Consécration d'un schéma processuel commun. Dans la mesure où les règlements judiciaires et les règlements amiables poursuivent les mêmes objectifs de résolution des conflits et de rétablissement de la paix sociale, ils doivent nécessairement être dotés de garanties équivalentes⁶⁰⁸. De même, alors qu'ils sont encouragés par les autorités publiques, et qu'ils ont été institutionnalisés au sein même des codes de procédure, on ne saurait admettre qu'ils puissent favoriser l'insécurité juridique. Il convient ainsi d'imposer un schéma processuel commun aux différentes voies de justice⁶⁰⁹. En ce sens, Monsieur le professeur Loïc CADIET avait conclu que « la frontière est assez mince entre la solution juridictionnelle et la solution conventionnelle des litiges. Entre ces deux modes de solutions, les nuances s'observent davantage que les contrastes. Bien que l'épithète ne soit plus de saison, appelons cela, si l'on veut, le modèle de la justice plurielle. Au rebours d'un discours associant les modes alternatifs de règlement des conflits à une entreprise de déjudiciarisation, il est permis de défendre l'idée que les modes de solution amiable doivent être articulés aux modes judiciaires de règlement des conflits. Les uns n'excluent pas les autres et, pour un même conflit, il doit être possible d'aller de l'un à l'autre et *vice-versa*. Si elles ne sont pas identiques, les garanties qu'offrent ces deux modes de règlement des litiges doivent donc être équivalentes »⁶¹⁰.

Il est vrai qu'un encadrement trop précis figerait le développement des règlements amiables et irait à l'encontre de leur philosophie. Ces derniers se caractérisent par une certaine flexibilité et une certaine souplesse. Or, malgré qu'ils soient fondés essentiellement sur la liberté contractuelle, « les modes alternatifs ne sont pas dans le non-droit ; au contraire, ils se

⁶⁰⁶ Cf. introduction n° 34.

⁶⁰⁷ Cf. introduction n°s 31 et s.

⁶⁰⁸ En ce sens, v. L. CASAUX-LABRUNEE et J.-F. ROBERGE (dir.), *Pour un règlement amiable des différends. Des défis à relever pour une justice de qualité*, op. cit.

⁶⁰⁹ Cf. réflexion menée par la Commission européenne, v. *supra* n° 93.

⁶¹⁰ L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, Paris, 2^e éd., PUF, Coll. « Thémis », 2013, pp. 233-234 ; L. CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, op. cit., p. 145.

situent dans le droit, mais ils s’y meuvent ailleurs ou autrement que les procédés juridictionnels classiques »⁶¹¹.

B) L’adaptabilité du droit au sein de la justice amiable

147. Vers une émancipation de l’emprise juridique. Face aux nouvelles attentes des justiciables, le politique a tenté de rendre la justice plus accessible en la dé-professionnalisant. L’intervention du juge dans un tout autre rôle que celui qui lui était dévolu à l’origine, celle d’un tiers ou, à défaut, le seul dialogue entre les parties, en vue de la résolution d’un différend, démontrent toute l’ambition de se défaire du carcan des chaînes procédurales inhérentes aux processus judiciaires et de renouveler le modèle de la justice. Ce recul de l’emprise juridique dans le processus conduit à se poser à la question de savoir quelle est la place du droit dans les règlements amiables. Si difficilement appréhendé soit-il, le droit est régulièrement perçu comme une contrainte envers les assujettis. Or, la caractérisation d’un assujettissement se révèle bien lointaine de l’esprit inhérent aux règlements amiables. Dès lors, si l’application du droit est envisagée comme l’obligation d’apposer une solution sur la ligne directrice et intangible des textes de loi, il est exclu des règlements amiables. Les individus qui s’engagent dans un tel processus ne réclament pas à une lecture explicite des textes, sans modulation possible. Ils aspirent, au contraire, à apporter leur vision créative à la situation qui les préoccupe et à aboutir à une solution innovante, qui les satisfasse pleinement. Ils s’émancipent de l’intransigeance du système juridique.

148. Le droit inhérent aux relations humaines. Malgré cette résistance à la rigidité du droit, les règlements amiables ne conduisent en aucun cas à la disparition pure et simple de tout référent normatif. Ils ne placent pas la relation envisagée dans le non-droit⁶¹². Au risque de s’insérer dans la tendance au « panjurisme » dénoncée par le Doyen CARBONNIER⁶¹³, force est de constater que la liberté des parties dans les règlements amiables rencontre cette seule limite

⁶¹¹ C. JARROSSON, « Les modes alternatifs de règlement des conflits. Présentation générale », art. préc., p. 326.

⁶¹² V. not. B. GORCHS, « La conciliation comme « enjeu » dans la transformation du système judiciaire », art. préc., pp. 253-254 ; C. YOUNES, « Médiation, subjectivation de la norme et décentrage du sujet », in C. YOUNES et E. LE ROY (dir.), *Médiation et diversité culturelle : pour quelle société ?*, Paris, Karthala, p. 55.

⁶¹³ L’auteur dénonce en effet ceux qui « pensent, sinon que tout est droit, du moins que le droit a vocation à être partout », in J. CARBONNIER, *Flexible droit*, 10^e éd., LGDJ, 2001, p. 25.

d'un rejet absolu du droit⁶¹⁴. L'auteur n'énonçait-il pas lui-même, et avec toute la prudence nécessaire : « quand nous parlerons de non-droit, il sera loisible d'entendre, non pas le vide absolu de droit, mais une baisse plus ou moins considérable de la pression juridique »⁶¹⁵ ? Ainsi en témoigne l'assertion d'une présence, si évanescence soit-elle, du droit au cœur des règlements amiables.

149. « Le droit n'est pas un ensemble de décisions prises au nom d'un pouvoir par une autorité désignée comme formellement compétente, qui dirait autoritairement ce qu'il doit en être des rapports juridiques entre les individus. Le droit n'est pas extérieur aux relations humaines, il est dans les relations humaines »⁶¹⁶. Dès lors peut-il être admis que si le Droit est partout, l'action est ailleurs⁶¹⁷. Le droit ne trouve pas seul refuge au sein des arènes de la justice, et ne prend pas la seule forme des instruments de combat auquel doit faire face le justiciable lorsqu'il s'engage devant les tribunaux. Par sa célèbre formule, DEMOLOMBE définissait l'action comme « le droit à l'état de guerre au lieu d'être à l'état de paix »⁶¹⁸. Cela revient à admettre que le droit peut nécessairement exister à l'état de paix, par un mouvement autre : un mouvement engagé conjointement par les colitigants avec une volonté de résoudre le différend ensemble⁶¹⁹. Les règlements amiables seraient ainsi le processus dans lequel le droit est engagé à l'état de paix.

En effet, par le biais de la justice amiable, les parties souhaitent participer librement et directement à la résolution de leur problématique. Mais encore faut-il que cet espace de liberté

⁶¹⁴ Le mouvement du droit au non-droit, représenté par le Doyen CARBONNIER comme « l'abandon, par le droit, d'un terrain qu'il occupait ou qu'il aurait été de sa compétence d'occuper », permet d'appréhender le « non-droit, en ce qu'il a de plus significatif » comme « le retrait ou la retraite du droit » (*ibid.*, p. 27). Le non-droit semblerait, dès lors, être assimilé à de l'anti-droit, à un phénomène contraire au droit. Ce que refuse l'auteur lorsqu'il énonce : « Ce n'est pas, bien entendu, l'anti-droit, le droit injuste, qui est un phénomène positif » (p. 26).

⁶¹⁵ *Ibid.*

⁶¹⁶ A.-J. ARNAUD., « Présentation : Autour d'un dialogue imaginaire entre Michel VILLEY et Friedrich HAYEK », Dossier « Michel VILLEY, vingt ans déjà », *Droit et Société*, n° 71, 2009, p. 14. – Du reste, ne se forme-t-il pas et ne se pratique-t-il pas tous les jours en dehors du prétoire ? (Cf. H. MOTULSKY, « Le droit subjectif et l'action en justice », *Archives de Philosophie du Droit*, Sirey, 1964, pp. 215-230 ; repris in *Écrits*, tome 1, *Études et notes de procédure civile*, Dalloz, 1973, pp. 85-100, spéc. p. 85).

⁶¹⁷ Dans une conception classique, l'action était, en effet, assimilée au droit substantiel. L'action n'était « pas autre chose que le droit lui-même », E. GLASSON, 2^e éd., 1898, n° 289, p. 483, lequel attribue la formule à GARSONNET ; v. aussi S. AMRANI-MEKKI et Y. STRICKLER, *Procédure civile*, PUF, Coll. « Thémis droit », 2014, pp. 54 s. – Ce sont nécessairement les théories processualistes postérieures qui ont distingué les deux notions et admis que l'action est un accessoire, un « aspect » du droit substantiel : J. HERON et Th. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 5^e éd., 2012, n°42.

⁶¹⁸ C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon, Traité des contrats*, Paris, A. Durand et L. Hachette, 1855-1866, tome I, vol. IXe, n° 338, p. 201. Cette rhétorique de la guerre employée par DEMOLOMBE a notamment été désignée par VIZIOZ comme « l'une des plus belles trouvailles de la phraséologie juridique » (H. VIZIOZ, *Études de procédures*, Bordeaux, éd. Bière, 1956, p. 30).

⁶¹⁹ En référence à l'analyse réalisée *supra* relativement au différend, qui représente le désaccord non encore porté devant le juge mais qui démontre cependant la volonté de le résoudre (Cf. n°s 101 s.).

ne cède pas tous ses bienfaits aux mains d'une seule partie, soit la seule partie qui aurait la force de se faire entendre ou qui disposerait d'une puissance lui offrant une certaine reconnaissance. Comment cette nuit du non-droit pourrait-elle être paisible sans la sécurité de se réveiller après un sommeil peuplé de cauchemars⁶²⁰ ? Dès lors, ce n'est pas tant le droit – lequel se manifeste comme le garant des droits de chacun – que les participants au processus ont la volonté de fuir que le commandement autoritaire des institutions étatiques et les règles du combat.

150. Droit vs règle de droit. Toute la difficulté de la compréhension du phénomène réside dans la distinction entre le Droit et la règle de droit puisqu'ainsi que l'écrivait le Doyen CARBONNIER, « le droit est plus grand que la règle de droit »⁶²¹.

Quelle soit envisagée selon une approche macro-juridique⁶²² – « qui envisage le droit dans sa globalité, comme un phénomène social »⁶²³ – ou selon une approche micro-juridique⁶²⁴ – centrée sur la technique –, la règle de droit appartient à la sphère des institutions étatiques. Dès lors, elle ne peut avoir la même portée au sein du règlement amiable que celle dont elle bénéficie dans le cadre de l'instance. Dans le processus amiable, la règle de droit ne s'impose pas par elle-même, mais parce que les parties ont résolument accepté d'en retirer les avantages. Leur liberté de choix se traduit par la volonté d'exploiter ou de renoncer à l'exercice de la norme étatique. Il ressort de l'autonomie de la volonté, la liberté, ou encore la faculté, tant de créer ses propres règles applicables à la résolution du différend individuel que de « demeurer dans la pure absence »⁶²⁵. Cette pure absence ne doit être assimilée qu'à un retrait de l'aspect institutionnel, de la contrainte, qui ne serait pas utile en cet espace amiable. Le droit au non-droit ne reste qu'illusoire et ne peut être constaté dans les processus amiables.

En effet, régis par les textes de loi⁶²⁶, qui leurs ont offert la reconnaissance tant attendue, les règlements amiables font désormais partie de l'environnement judiciaire qu'est le droit processuel. Au cours du dialogue entre les parties, les règles de droit peuvent nécessairement

⁶²⁰ En référence à l'expression reconnue par le Doyen CARBONNIER d'une « nuit paisible du non-droit » (*op. cit.*, p. 36) ; v. aussi « Chapitre V : Le sommeil » (*in ibid.*).

⁶²¹ J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 22.

⁶²² En ce sens où la règle de droit est perçue comme un précepte, une norme de portée générale assortie d'une sanction mise en œuvre par l'État, v. F. LEBORGNE, « Le Droit selon Henri Motulsky », *Revue juridique de l'Ouest*, 2015-2, pp. 9-37.

⁶²³ J.-P. DELVILLE, « Norme et règle », in R. POIRET et *Id.*, *Penser la norme. Approches juridiques et philosophiques*, Publication du Centre de Recherche sur la Logique et Histoire, Université Rennes 1, 1994, pp. 21 s., spéc. p. 22.

⁶²⁴ MOTULSKY y voyait une structure comportant une présupposition et un effet juridique (H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Paris, 1948, rééd. Dalloz, Coll. « Bibliothèque Dalloz », 2002, spéc. n° 16, p. 18).

⁶²⁵ J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 38. L'auteur évoque un abandon par le droit d'une terre dont il était le souverain.

⁶²⁶ Cf. institutionnalisation des règlements amiables, v. *supra* n°s 15 s. Seul le droit positif rend les règlements amiables tolérables et leur a ainsi donné une place au sein du système.

être évoquées et discutées contradictoirement. Le droit ne peut dès lors être exclu du processus, il est seulement adapté selon les aspirations des parties⁶²⁷.

151. Un droit souple ? En contraste avec le droit absolu et inflexible, venu d'en-haut, certains auteurs ont associé le développement des règlements amiables à l'émergence d'un droit souple, ou « *soft law* » d'essence contractuelle. Envisagé comme un droit simplement proposé, recommandé ou conseillé⁶²⁸, « le droit souple dérange »⁶²⁹. Le rapport annuel 2013 du Conseil d'État, relatif à l'étude du droit souple, constate que ce dernier peut apparaître tout à la fois comme un oxymore et un paradoxe : « Oxymore parce que la notion même de droit souple entre en conflit avec la conception du droit léguée par Hans Kelsen et communément acceptée aujourd'hui, selon laquelle celui-ci est un "*ordre de contrainte*". Paradoxe car le droit souple parvient parfois à agir sur les comportements de manière plus efficace que le droit dur, alors que ses destinataires ne sont, par définition, pas tenus de le respecter »⁶³⁰. Il est alors régulièrement considéré « comme le vecteur de la dérégulation du droit »⁶³¹. *A contrario*, il peut être perçu « comme l'expression juridique de la "postmodernité", ou la flexibilité du droit »⁶³². Dès lors, il ne doit pas être envisagé individuellement. La complémentarité d'un droit souple – jeune, vert et ambitieux – et d'un droit dur – mûre et sérieux – est nécessaire à la bonne gestion

⁶²⁷ Il convient ainsi de « considérer le droit autrement » et de « reconsidérer son rôle dans le règlement des conflits », de « lui trouver une place mieux dosée, davantage proportionnée aux besoins des justiciables », et de « faire appel à d'autres outils » : L. CAS AUX-LABRUNEE, « La confiance dans le règlement amiable des différends. Pour un changement de culture juridique », in L. CAS AUX-LABRUNEE et J.-F. ROBERGE, *Pour un droit du règlement amiable des différends. Des défis à relever pour une justice de qualité, op. cit.*, p. 21.

⁶²⁸ Le droit souple est régulièrement identifié par le triptyque « droit mou, doux et flou » : Trilogie initiée par M. DELMAS-MARTY dans son article « Le mou, le doux et le flou sont-ils des garde-fous ? », in J. CLAM, G. MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, LGDJ, 1998, pp. 209 et s. ; v. égal. C. THIBIERGE, « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », *RTD civ.*, 2003, p. 599.

⁶²⁹ V. Actes du colloque « Le droit souple » du 27 mars 2008, organisé par l'association H. Capitant des amis de la Culture juridique Française, avec le concours de la Faculté de droit et du Laboratoire de recherche juridique de l'Université du Littoral-côte d'Opale, Coll. « Thèmes et commentaires », 2009, 178 p.

⁶³⁰ CE, « Le droit souple », rapp. annuel du Conseil d'État (ancienne Coll. « Étude et document du Conseil d'État »), EDCE, 2013, p. 19.

⁶³¹ *Ibid.*, p. 190 ; v. aussi M. MEKKI, « Propos introductifs sur le droit souple », in Association Henri Capitant, *Le droit souple*, Dalloz, 2009, p. 4 : « Le droit dur serait le seul vrai et bon droit alors que le droit souple est renvoyé aux abysses de la morale et de l'éthique ».

⁶³² *Ibid.*

de la société moderne⁶³³ ; comme en témoigne cette citation d'HORACE : « *Quid leges sine moribus, quid mores sine legibus ?* »⁶³⁴.

152. L'évolution humaine a fait son chemin et permet désormais d'atteindre le droit autrement que par la force⁶³⁵. Le droit peut revêtir diverses formes et investir les relations sociales dans toutes leurs convenances. Il convient dès lors de délaisser l'austérité de cette vision duale. Le droit n'est pas dur ou souple, pas plus qu'il n'est clément ou sévère ; « il est l'un et l'autre, voire l'un par l'autre, au sens de la dialectique »⁶³⁶.

Dès lors, le Droit – qui se veut unitaire – dépasse sa catégorisation de simple objet ou d'étiquette pour prendre la forme d'un état d'esprit propre aux sociétés modernes. Telle une onde, il régit l'ambiance des relations entre les hommes et la propagation de son mouvement ne tend qu'à l'appréhension du juste, à la recherche d'un équilibre entre les pensées de chacun⁶³⁷.

153. Le droit, un discours pluriel. Sa raison d'être se retrouve dans le message qu'il véhicule, et c'est à ce titre que le droit doit être perçu comme un discours ; un discours, amiable

⁶³³ Monsieur Jean-Marc SAUVE, Vice-Président honoraire du Conseil d'État, reconnaissait notamment les vertus d'un droit souple qui « puisse être l'oxygénation du droit et favoriser sa respiration dans les interstices du corset parfois un peu trop serré des sources traditionnelles de la règle ». Il remarquait ainsi que le droit souple pourrait accompagner le « droit dur » et permettre une adaptabilité du système, v° Avant-propos J.-M. SAUVE, Conseil d'État, *Le droit souple*, Étude annuelle 2013, Paris, La Documentation française, pp. 5 s. – En ce sens d'une complémentarité nécessaire, Monsieur le professeur Mustapha MEKKI exposait notamment la vision de CARBONNIER, selon laquelle « la flexibilité est peut-être affaire de moment et de contexte : les adultes savent bien qu'il n'est qu'un temps pour jouer ; bientôt les dures obligations inhérentes aux métiers du droit positif » (J. CARBONNIER, *Droit civil. Introduction*, 27^e éd., PUF, coll. « Thémis droit privé », 2002, n° 12, p. 23) et qui semblait alors suggérer que le droit dur est le seul à devoir être pris au sérieux, in *Le droit souple*, Dalloz, Coll. « Thèmes et commentaires », 2009, p. 1.

⁶³⁴ HORACE, vingt-quatrième ode : « Que sont les lois sans les mœurs, que sont les mœurs sans les lois ? ». Tant la morale que le droit orientent le corps social vers la pacification et la réglementation des liens sociaux.

⁶³⁵ V. not. H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, op. cit., spéc. n° 11, p. 14. Selon l'auteur, le Droit n'existait que par la contrainte : « Le but social du Droit ne peut, en l'état actuel de l'évolution humaine, être atteint que par la force ». Pour autant, MOTULSKI soulignait qu'il en était ainsi à l'époque de son discours. Cela appelait alors nécessairement à une évolution ; évolution qui peut être constatée aujourd'hui.

⁶³⁶ M. MEKKI, op.cit., p. 1 ; F. OST, « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge », in P. BOURETZ (dir.), *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, Esprit, série « Philosophie », 1991, pp. 241-272, spéc. p. 245. – Pour d'autres auteurs, du fait qu'il soit « créé pour les hommes et par les hommes, le droit n'a d'autre valeur que celle qu'ils lui attribuent, à savoir une valeur instrumentale » (M. DOUCHY, « La notion de non-droit », *RRJ Droit prospectif*, 1992, pp. 433-476, spéc. p. 437).

⁶³⁷ « Au fond, le droit ne trouve son contenu, propre et spécifique, que dans la notion du juste, notion primaire, irréductible et indéfinissable, impliquant essentiellement, ce semble, non pas seulement les préceptes élémentaires de ne faire tort à personne (*neminem taedere*) et d'attribuer à chacun le sien (*suum cuique tribuere*), mais la pensée plus profonde d'un équilibre à établir entre des intérêts en conflit, en vue d'assurer l'ordre essentiel au maintien et au progrès de la société humaine » (F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t. I, p. 50).

ou juridique, qui contribue à façonner le monde⁶³⁸. Parce qu'il œuvre pour l'organisation et l'ordonnement de la société humaine, le droit constitue les rouages subtils des relations sociales, toute l'horlogerie affective et intellectuelle, si dispersée et si compliquée, du capital humain. En ce sens, Monsieur le professeur Jacques CHEVALLIER énonce que ce même discours « fixe les repères indispensables à la cohésion sociale et assure la diffusion des valeurs fondamentales qui sont au cœur de l'ordre social »⁶³⁹. Dans une volonté de guider les travaux des individus, la fonction directive du droit devient moins autoritaire et dépend davantage de l'assentiment des récepteurs du discours. En fixant les comportements et en contribuant à l'organisation de la résolution d'un différend, le droit fait son œuvre par la parole. Cette parole s'adapte ainsi à l'environnement dans lequel elle est portée. De ce fait, elle s'est accommodée à la logique du règlement amiable en ne garantissant que le vouloir-être des parties ; elle qui est seule susceptible de redonner à chacun le Bien⁶⁴⁰.

154. A-formalisme des règlements amiables. Finalement, alors que certains auteurs assimilent les règlements amiables à des processus a-juridiques⁶⁴¹, il conviendrait d'évoquer plus précisément un « a-formalisme »⁶⁴². Dans sa lutte contre l'abus, le droit reste nécessairement présent dans tout mode de résolution des différends, et ce, quelle que soit sa nature. Certes, ce dernier doit faire preuve d'adaptabilité : d'une part, parce que les modes amiables s'accrochent mal des obligations procédurales et, d'autre part, en raison de l'origine précise des textes qui furent conçus dans une optique juridictionnelle. Pour autant, il

⁶³⁸ V. R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit, Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, 2013, spéc. n° 90. L'auteur émet l'hypothèse que le droit ne serait qu'un « discours de la collectivité sur elle-même » (p. 131), un « miroir où la société se contemple » (p. 141). Il entend ainsi « saisir la notion de droit tout à la fois par les normes, par le cadre global où il s'épanouit, et enfin par les pratiques individuelles qui le mobilisent à tout moment » (p. 193).

⁶³⁹ J. CHEVALLIER, in « La normativité, Études réunies et présentées par J. Chevallier », *Cah. Const. Const.*, janv. 2007, n° 21.

⁶⁴⁰ Au-delà de « donner à chacun le sien », en référence à l'adage « *suum cuique tribuere* » (formule du jurisconsulte romain ULPPIEN recueillie par le Digeste, D. 1,1,10).

⁶⁴¹ Madame le professeur Natalie FRICERO en précise la signification : « A-juridique signifie que les parties peuvent ignorer la réponse qui serait donnée en droit, à condition de ne pas méconnaître les règles d'ordre public », in *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, op. cit. p. 7. Ainsi convient-il de ne pas faire œuvre de confusion. La manifestation de l'exercice du pouvoir d'appréciation est a-juridique, en raison de la non-professionnalisation des acteurs du processus. Mais le processus n'est pas a-juridique parce qu'il serait privé de toute considération juridique. Or, il est pleinement envisagé par le droit.

⁶⁴² Cette affirmation se justifie d'autant plus au regard de la définition de la déjudiciarisation, appréciée comme une « notion ambiguë où se mêlent des réalités distinctes relevant tantôt de la simple déformalisation, tantôt de la déjuridictionnalisation, tantôt de la déjudiciarisation stricto sensu » (A. JEAMMAUD, v° « Judiciarisation/Déjudiciarisation », in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, op. cit.) ; cité par Monsieur le professeur Loïc CADIET lors de son audition par la commission GUINCHARD. – La déformalisation associée aux règlements amiables des différends n'est dès lors pas synonyme de déjudiciarisation, et ce, en raison de la non-absoluité du phénomène (v. *supra* nos 126 s. relativement à la déjudiciarisation partielle). La déformalisation s'applique au regard d'une présence, quoi que lointaine, du juge, de l'environnement du processus amiable et de l'absence de toute forme procédurale contraignante.

n'est en aucun cas ôté du processus. « La forme s'efface mais le fond ne disparaît pas. Ainsi, certains principes de droit processuel paraissent incontournables »⁶⁴³. Le retrait de la forme ne retire point l'assujettissement aux idéaux que sont les droits fondamentaux processuels, les principes « immortels »⁶⁴⁴ et structurants, qui transcendent les principes directeurs de chaque contentieux et qui sont naturels aux hommes⁶⁴⁵.

155. Le droit naturel à une solution juste. Défini par MOTULSKY comme « l'influx que donnent au droit positif les exigences supérieures de l'idéal de justice »⁶⁴⁶, le droit naturel « inspire et vivifie les règles positives ; il complète celles-ci ; et il les combat à l'extrême limite »⁶⁴⁷. Son rôle premier s'observe dès lors par la protection de la relation envisagée par les parties. Si les règles sont susceptibles d'être éludées – pour ne pas dire transgressées – dans les règlements amiables, le droit naturel – ou les principes qui en ressortent – y seront nécessairement appréhendés. À l'instar de la conception D'ARISTOTE et de SAINT THOMAS D'AQUIN, à laquelle MOTULSKY estime adhérer, le droit naturel est centré autour de la recherche du « juste », de la solution juste, et non de celle imposée par un corps de règles immuables. Ce « phénomène essentiel à la vie du droit »⁶⁴⁸ sera le seul à permettre une véritable cohésion sociale.

Conclusion du Chapitre 1

156. Une discussion guidée dans un but de protection. Imposés tant par la droite raison que par la nature des choses, les principes fondamentaux processuels rayonnent dans le réseau des liens humains dont ils sont emprunts. Ils innervent ainsi les règlements amiables afin d'assurer la protection des participants.

Forts d'une infrastructure solidifiée, les règlements amiables ne pourront dès lors aboutir qu'au succès escompté. Il convient de délaïsser l'idée selon laquelle les règles sont des

⁶⁴³ X. LAGARDE, « Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges », *Rev. arb.*, 2001, spéc. n° 10, p. 434.

⁶⁴⁴ 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. pp. 17 s., reproduit in *Écrits. Études et Notes de procédure civile*, Dalloz, 1973, réimp. Dalloz, Coll « Bibliothèque Dalloz », 2010, pp. 275 s., spéc. n° 6, p. 279.

⁶⁴⁵ Cf. *infra* nos 227 s.

⁶⁴⁶ H. MOTULSKY, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », in *Mél. en l'honneur de Paul Roubier*, 1961, t. 2, pp. 175 s., reproduit in *Écrits. Études et Notes de procédure civile*, *op. cit.*, pp. 60 s., spéc. n° 5, p. 63.

⁶⁴⁷ *Ibid.*

⁶⁴⁸ *Ibid.*

murailles qui empêchent et limitent la libre expression des parties. Les règlements amiables ne sont pas enfermés par des règles strictes, mais guidés par des valeurs absolues et indépendantes, des données de droit naturel⁶⁴⁹, des garanties permettant aux individus d'obtenir une solution juste, parce que tel est leur désir.

Engagés dans un processus amiable, les participants sont bien des détenteurs du pouvoir de résoudre leurs différends et ne subissent pas les charges du procès. Pour autant, ils restent destinataires des garanties consacrées au cœur du modèle, universel et proportionné à leurs besoins, qu'est le droit processuel. Si ce dernier s'est construit sous les desseins du procès équitable, les principes universels qui en ressortent seront un soutien consubstantiellement attaché à la réussite du processus. Ainsi que l'observait le Doyen CARBONNIER, « cette aire d'action où les hommes peuvent s'ébrouer sans contrainte (...) si le droit continue à la ceinturer de sa protection, elle se transforme en droit subjectif, à tout le moins en faculté ou liberté, et c'est encore du droit »⁶⁵⁰. La protection perpétuelle du droit au profit du bien-être des relations engagées par les parties, en vue de parvenir à un accord, tend ainsi à offrir aux participants un droit au règlement amiable ôté de toute embrasure néfaste, soit un droit à un règlement amiable équitable.

⁶⁴⁹ V. *infra* : « le droit naturel à un procès équitable ».

⁶⁵⁰ J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 39, lorsqu'il analyse lequel, du droit ou du non-droit, soutient l'autre. Ainsi, la première hypothèse envisage le droit comme « latent derrière les phénomènes de non-droit, et seul il les rendrait tolérables ».

CHAPITRE 2 : RECOURS AU MODELE UNIVERSEL DU PROCES EQUITABLE PAR LES REGLEMENTS AMIABLES

157. Modélisation du droit processuel et consécration du modèle du procès équitable. L'eupéanisation du droit a nécessairement entraîné une modélisation du droit processuel et l'apparition d'un modèle universel : le procès équitable. Cette opération de modélisation, permettant d'étudier plus commodément le système processuel et de mesurer les effets des variations de ses éléments sur celui-ci, tend à la recherche progressiste de l'idéal de justice. Pour autant, le modèle européen ne doit pas être considéré comme une fin. Il doit être légitimé par ce qu'il peut produire.

158. Dans ce contexte de création d'une communauté européenne, la méfiance a incité à sanctuariser des règles et des principes directeurs communs aux États membres et aux différentes procédures suivies. Afin de favoriser le rapprochement des droits au sein des États membres, la consécration d'un cadre juridique commun était un moyen efficace pour l'harmonisation. Or, dépassant les limites spatio-temporelles, l'accréditation de ce modèle universel doit également se délester des limites intellectuelles. C'est alors que l'esprit novateur démontre un recul des règles techniques au profit de « valeurs de civilisation », de principes directeurs qui s'évincent de la thèse universaliste du modèle du procès équitable. Ce recul de la rigidité de la règle au profit de principes idéologiques entraîne dès lors, dans une large mesure, la prise en considération des modes de résolution des différends à l'amiable.

La réunion de ces valeurs, entendues comme des idéaux à atteindre afin de rendre une justice de meilleure qualité, met dès lors en exergue la toile sur laquelle se dessine la mise en scène que constitue le droit processuel⁶⁵¹. Les influences européennes ont permis la création du modèle du procès équitable ainsi que son développement au sein du droit processuel français. Pour autant, quelle est la dimension de ce socle procédural commun ? Quelles sont les limites de son domaine ? Ce modèle processuel fait œuvre de structuration et est appliqué à l'ensemble des modes de règlement des différends (Section 1). Dépassant la diversité des offres de justice

⁶⁵¹ V. W. HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2^e éd., Verlag Beck, 1990, p. 135 ; repris in H. HENRION, « L'article préliminaire du Code de procédure pénale : vers une "théorie législative" du procès pénal ? », *Archives de politique criminelle*, vol. 23, n°1, 2001, pp. 13-52.

que propose notre système juridique, ce « cadre commun de référence »⁶⁵², à l'usage des États membres, avait pour but d'améliorer la cohérence des différentes procédures. À cet effet, il était destiné à contenir l'ensemble des principes directeurs du procès et des procédures. Aussi est-il devenu le socle procédural universel, dont l'applicabilité au sein des règlements amiables sera considérée (Section 2).

Section 1 : Un modèle processuel applicable à l'ensemble des modes de règlement des différends

159. Un pluralisme non sans unité structurelle. Notre système juridique présente une réelle diversité des modes de règlement des différends, permettant aux justiciables de choisir la réponse la plus adaptée à la résolution des conflits qui les opposent. Cette articulation entre les règlements contentieux et les règlements amiables conduit à la reconnaissance d'un pluralisme juridique (§1). Toutefois, l'évolution contemporaine tend à élaborer une unité structurelle de l'ensemble du système de justice (§2).

Paragraphe 1 : Un pluralisme des modes de règlement des différends

160. Diversité des offres de justice. Comme précédemment démontré, le système juridique français admet diverses manières de résoudre le différend qui affecte une relation entre deux ou plusieurs individus. Dès la discorde mise en exergue, les justiciables ont le choix de s'engager dans la voie judiciaire, vers le procès qui aboutira à une décision unilatérale rendue par le juge, ou dans la voie amiable, vers un processus amiable plus personnel qui conduit à un accord selon leur bon vouloir.

À la lecture des codes, des lois nouvelles, des rapports récemment remis au Gouvernement ou encore des textes de doctrine, la pluralité de l'offre de justice est largement mise en lumière. Une foule de mécanismes alternatifs à la résolution contentieuse du différend a progressivement émergé, démontrant un système processuel élargi et vigoureux afin de

⁶⁵² Expression employée par la Commission européenne pour la réalisation d'un droit européen des contrats. Après avoir proposé l'édification d'un code européen des contrats (rejetée de manière très vive par la majorité des États membres), elle s'est orientée vers ce qu'elle avait appelé un CCR (ou CFR en anglais), destiné à contenir des définitions, des principes directeurs et règles modèles afin de créer une cohérence des textes communautaires existants et à venir.

répondre à la demande sociale. Dès lors, un certain pluralisme juridique est reconnu (A) notamment en raison de l'essor des règlements amiables des différends (B).

A) *La reconnaissance d'un pluralisme juridique*

161. Le pluralisme, une réalité transcendante. Pour une totale compréhension de la notion, il est avant tout nécessaire de distinguer « pluralité » et « pluralisme ». En effet, « si la pluralité n'a qu'une acception mathématique, au sens de *plusieurs*, le pluralisme possède incontestablement une valeur transcendante au-delà du nombre »⁶⁵³. Le pluralisme va bien au-delà de la simple reconnaissance de la pluralité⁶⁵⁴. Il fait référence à une philosophie selon laquelle le monde ne serait pas gouverné par un tout unique mais dévoilerait une multiplicité de catégories individuelles. Ce concept est dès lors inhérent au droit. Il révèle un rejet du monisme absolu⁶⁵⁵, et se reconnaît dans l'air démocratique et populaire ainsi que dans l'émergence de l'individualisme post-moderne⁶⁵⁶. Ainsi, « il apparaît que le pluralisme juridique, c'est-à-dire l'idée que le droit est essentiellement multiple et hétérogène, est étroitement dépendant du développement de la sociologie du droit »⁶⁵⁷ ; science qui étudie les phénomènes juridiques en analysant précisément les pratiques effectives des acteurs du champ juridique, et pas seulement les textes. La transcendance, qui définit le pluralisme, conduit à adopter une vision plurielle des sciences sociales.

162. Le pluralisme, un phénomène sociétal. Assimilé à un besoin d'émancipation, le pluralisme se révèle utile, voire nécessaire, selon les époques et séduit le plus grand nombre. Certains auteurs n'hésitent d'ailleurs pas à admettre que « le pluralisme est dans l'air »⁶⁵⁸ ou

⁶⁵³ J.-M. SOREL, « Le rôle du droit international dans le développement du pluralisme (et *vice versa*) : une liaison moins naturelle qu'il n'y paraît », in L. FONTAINE (dir.), *Droit et pluralisme*, Actes du colloque de Caen organisé par le Centre de recherche sur les droits fondamentaux et les évolutions du droit (C.R.D.F.E.D), 30 nov. et 1^{er} déc. 2006, Bruxelles, Bruylant, Coll. « Droit et justice », 2007, p. 73.

⁶⁵⁴ Il s'apparente à « un mouvement impliqué par la transcendance de la pluralité vers le pluralisme, en ce que le pluralisme dépasse la simple reconnaissance de la pluralité » : *Ibid.*, p. 73-74 ; v. égal. B. REBER et R. SEVE, « Avant-propos », *Archives de philosophie du droit*, Le Pluralisme, vol. 49, 2005, pp. 3-7.

⁶⁵⁵ Ce « système philosophique qui considère l'ensemble des choses comme réductible à l'unité » : CNRTL, v^o « Monisme », sens A. – V. not. B. BARRAUD, *Mesurer le pluralisme juridique. Une expérience*, Paris, L'Harmattan, Coll. « Le Droit aujourd'hui », 2017, 308 p.

⁶⁵⁶ V. *supra* n^{os} 137 s.

⁶⁵⁷ D. TERRE, « Le pluralisme et le droit », *Arch. Phil. Droit*, 49, 2005, pp. 69-83, spéc. p. 78. Disponible sur : <http://www.philosophie-droit.asso.fr/APDpourweb/338.pdf>. – V. égal. J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris, PUF, 1992, pp. 356 et s.

⁶⁵⁸ H. N. GARDINER, « Histoire et solution des problèmes métaphysiques », *Psychological Review*, vol. 10, iss. 3, 1903, p. 322 ; A. K. ROGERS, *Philosophical Review*, 1903, p. 577, cité par J. WAHL, *Les Philosophies pluralistes d'Angleterre et d'Amérique*, 1^{re} éd., Les empêcheurs de penser en rond, 1920, rééd. 2005, p. 141.

qu'il « gagne avec rapidité »⁶⁵⁹. Il va même jusqu'à être présenté comme la « nouvelle orthodoxie du droit »⁶⁶⁰. Appréhendé juridiquement, il expose dès lors la diversité des offres de justice et pose une nouvelle manière de concevoir le rapport de l'un et du multiple⁶⁶¹. Aussi est-il nécessaire d'appréhender cette multiplicité, et d'en apprécier l'intérêt.

De manière générale, le pluralisme représente la simultanéité de courants, de valeurs et d'idéaux hétérogènes au sein de la société. Cette définition, associée à la présente étude, implique de ne pas envisager le droit comme une complétude mais comme un laboratoire permanent. Le droit serait issu, non pas seulement de la législation étatique, mais des forces sociales les plus vives⁶⁶². Ce « pluralisme créateur »⁶⁶³, invoqué par GURVITCH, relève ainsi de la dynamique sociale et du potentiel créateur de la société qui se libère des contraintes étatiques. À l'instar de la « théorie du droit vivant » élaborée par l'allemand EHRLICH⁶⁶⁴, GURVITCH estime que le droit s'exprime par une « expérience spontanée et intuitive du sentiment de justice »⁶⁶⁵. Le pluralisme juridique pourrait alors être appréhendé comme un ensemble regroupant tant du droit organisé que du droit spontané⁶⁶⁶ ; ce qui rend compte des diverses idéologies propres à la résolution d'un conflit entre deux ou plusieurs citoyens. Ainsi, le pluralisme se situe notamment dans les phénomènes tels que les règlements amiables des différends.

163. Définition. Pour Monsieur le professeur Norbert ROULAND, il s'agit d'un « courant doctrinal insistant sur le fait que toute société, à des degrés dont la variabilité dépend

⁶⁵⁹ CALKINS, *Persistent Problems*, cité par J. WAHL, *op. cit.*, p. 141. Madame le professeur Dominique TERRE évoque à ce titre un « raz de marée pluraliste » dans les pays anglophones au début du XXe siècle (*in* « Le pluralisme et le droit », art. préc., p. 70).

⁶⁶⁰ V. J.-G. BELLAY, « Le pluralisme juridique comme orthodoxie de la science du droit », CJLS/RCDS, 26-2, 2011, p. 276.

⁶⁶¹ Les pluralistes auraient dès lors formulé ce qu'ils appellent « une nouvelle théorie de la réalité », HOWISON, cité par J. WAHL, *op. cit.*, p. 140 ; v. D. TERRE, « Le pluralisme et le droit », art. préc.

⁶⁶² Comme le pense GURVITCH, qui a imaginé la formule de « fait normatif ». D'autres auteurs, à l'instar d'Auguste COMTE, DURKHEIM, et DUGUIT pour la France, ou encore GIERKE pour l'Allemagne, ont également insisté sur le rôle déterminant des forces sociales dans la création du droit. Ainsi, pour DUGUIT, « il y a droit dès qu'un individu dans un groupe social donné est plus ou moins conscient d'avoir à respecter un principe inspiré par la raison humaine ». V. not. H. MOUTOUH, « Pluralisme juridique », *in* D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF-Lamy, 2003, spéc. p. 1160.

⁶⁶³ J. LE GOFF, *Georges Gurvitch – Le pluralisme créateur*, Michalon, Coll. « Le bien commun », 2012, 126 p.

⁶⁶⁴ Selon laquelle « le centre de gravité du droit ne se trouve ni dans la législation, ni dans la science juridique, ni dans la décision judiciaire, mais dans la société elle-même », E. EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Duncker und Humblot, Munich-Leipzig, 1913, Préface ; cité *in* J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, *op. cit.*, p. 23.

⁶⁶⁵ Pour davantage de précisions, v. not. J.-G. BELLEY, « L'État et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique », *Sociologie et sociétés*, vol. XVIII, n° 1, avr. 1986, pp. 11-32.

⁶⁶⁶ V° not. « Pluralisme » *in* J. SALMON (dir.), *Dictionnaire du droit international public*, préf. G. GILBERT, Bruylant, Bruxelles, 2001, pp. 838-839. Le pluralisme y est envisagé comme une « doctrine » selon laquelle il existe, au sein d'une société donnée, « plusieurs ordres juridiques ». À côté du droit international, il existerait des ordres juridiques spécifiques et des ordres « spontanés » faiblement institutionnalisés.

essentiellement de sa structuration sociétale, pratique une multiplicité hiérarchisée d'ordonnements juridiques, lesquels établissent ou non entre eux des rapports de droit. Le droit étatique reconnaît, ignore ou combat la pluralité de ces ordres juridiques suivant les mythes juridiques fondateurs propres à la société dominante qui l'a produit »⁶⁶⁷. Toute société serait ainsi essentiellement plurale, que la diversité soit valorisée ou, qu'au contraire, l'uniformité soit recherchée. Selon le constat de l'auteur, les sociétés traditionnelles reconnaissent généralement leur pluralisme, « et le conçoivent en termes de complémentarité »⁶⁶⁸. *A contrario*, les sociétés modernes – à l'instar de la France – prônent le centralisme, soit une « logique uniformisante, qui voisine cependant avec des relations de compétitions entre les groupes sociaux »⁶⁶⁹. Tel est alors l'objet de l'étude que de bouleverser cette vision d'un système refermé sur lui-même créant une certaine concurrence au sein de cette diversité. La diversité actuelle a, en effet, l'ambition de s'enrichir et de prospérer par la collaboration de ses différents éléments.

164. Cette définition du pluralisme corrobore les premières réflexions formulées par le professeur VANDERLINDEN en 1969 lors d'un colloque international organisé par le Centre d'histoire consacré au pluralisme juridique ainsi qu'en 1989, dans le *Journal of Legal Pluralism*⁶⁷⁰. Selon l'auteur, le pluralisme souligne « l'existence, au sein d'une société déterminée, de mécanismes juridiques différents s'appliquant à des situations identiques »⁶⁷¹. Au sein de notre système juridique, les différents mécanismes exposés n'ont d'autres rôles que d'assurer le service de justice. Ils s'apparentent ainsi aux divers modes de règlement des différends ; ces dispositifs juridiques qui permettent de mettre fin à un désaccord. En effet, le mécanisme, défini comme un « mode de fonctionnement de ce qu'on assimile à une machine », est synonyme de « processus »⁶⁷². Or, la médiation et la conciliation ne sont-elles pas définies comme des « processus structurés » au sein du Code de procédure civile⁶⁷³ ? De plus, la simple évocation de la « machine judiciaire » implique en effet de considérer les différents processus

⁶⁶⁷ N. ROULAND, « Le pluralisme juridique en anthropologie », *Revue de la recherche juridique*, 1993, 2, p. 568.

⁶⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁶⁹ *Ibid.*

⁶⁷⁰ J. VANDERLINDEN, « Return to Legal Pluralism: Twenty Years Later », *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, n° 28, 1989, pp. 149-157.

⁶⁷¹ J. VANDERLINDEN, « Essai de Synthèse », in *Le pluralisme juridique*, Bruxelles, Éditions de l'Institut de Sociologie, 1971, p. 19 ; Définition reprise dans le *Dictionnaire encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit* (A.-J. ARNAUD (dir.), Paris-Bruxelles, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Story-Scientia, 1988), aux rubriques « Pluralisme juridique » et « Pluralisme juridique et anthropologie juridique » dues respectivement à J. G. BELLEY et à N. ROULAND (pp. 300 et 303).

⁶⁷² J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), *Le Petit Robert. Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, op. cit.*, v° « Mécanisme », I, 2, p. 1558.

⁶⁷³ CPC, art. 1530.

de résolution des différends comme des dispositifs agencés en vue d'un mouvement précis et d'un objectif affirmé : faire œuvre de justice par la résolution du différend. Le pluralisme juridique peut dès lors être appréhendé par la diversité des offres de justice instituées au sein du droit processuel.

165. Cependant, il ressort de cette définition que les différents modes de résolution des différends, qu'il s'agisse des règlements contentieux ou des divers règlements amiables, pourraient s'appliquer à des situations identiques. Un conflit entre deux individus, si violent soit-il, pourrait ainsi être résolu par n'importe quel mode de justice, et il en serait de même pour un conflit relativement simple à dénouer. Or, cette hypothèse ne va-t-elle pas à l'encontre des avantages même du pluralisme ? La variété des modes de règlement des différends donne la possibilité d'analyser la problématique mise en exergue par les parties à l'aide d'une procédure adaptée. Chaque situation doit nécessairement être envisagée par le mode qui convient le mieux à son aboutissement. Il est en effet des situations qui ne peuvent être résolues par tous les mécanismes juridiques. Pour illustration, les droits indisponibles ou encore ceux protégés par des dispositions d'ordre public sont exclus du champ des règlements amiables⁶⁷⁴. Il est alors nécessaire de résoudre ces différents litiges par le biais d'une procédure judiciaire. De même, une transaction, qui sous-tend une négociation entre deux ou plusieurs personnes, n'aboutira pas si l'un des participants la refuse. Dès lors que la discussion est rompue, la situation ne pourra trouver solution par une transaction et nécessitera un autre mécanisme pour être résolue. Ainsi la définition donnée méritait d'être précisée ; ce qui a été fait.

166. Renouveau du pluralisme, l'individu au cœur du phénomène. Comment concilier le multiple sans le réduire à l'identique⁶⁷⁵ ? Pour ce faire, le professeur VANDERLINDEN a abandonné sa vision selon laquelle le pluralisme « ne se conçoit qu'au sein d'une société »⁶⁷⁶ et a déplacé l'approche du phénomène en direction de l'individu. « Confronté à un choix éventuel entre les solutions que lui offrent deux ou plusieurs ordonnancements concurrents le sujet de droits, effectue un choix qui le conduit à préférer l'un à l'autre ou aux autres. Il établit ainsi lui-même, pour la circonstance, une hiérarchie ad hoc des ordonnancements juridiques qui convergent vers lui »⁶⁷⁷. Le sujet de droits – qui est le point de

⁶⁷⁴ V. not. J. JOLY-HURARD, *Conciliation et médiation judiciaires*, PUAM, 2003, pp. 225-248.

⁶⁷⁵ M. DELMAS-MARTY, « Les forces imaginantes du droit (II) », *Le pluralisme ordonné*, Paris, Le Seuil, 2006, p. 8.

⁶⁷⁶ J. VANDERLINDEN, « Return to Legal Pluralism: Twenty Years Later », art. préc., p. 150.

⁶⁷⁷ J. VANDERLINDEN, « Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique », *Revue de la recherche juridique*, 1993, 2, p. 581.

rencontre de multiples réseaux sociaux⁶⁷⁸ – dispose ainsi d’un large choix de mécanismes pour résoudre la situation en cause. Le pluralisme est dès lors centré sur cet individu et se définit comme « la situation, pour un individu, dans laquelle des mécanismes juridiques relevant d’ordonnements différents sont susceptibles de s’appliquer à cette situation »⁶⁷⁹. L’individu se retrouve au cœur de la définition du pluralisme, comme il est au cœur de la résolution de son différend au sein des règlements amiables. Le choix du processus à entreprendre pour résoudre sa problématique lui revient et, ainsi, le champ des possibilités qui s’offre à l’individu fait figure de pluralisme juridique. La mise en exergue de ce pluralisme impose alors nécessairement d’appréhender la multiplicité de ces processus – dont il ressort divers droits processuels – et de l’ordonner.

167. Multiplicité de droits processuels verticaux. Nommés par certains auteurs comme des droits processuels verticaux, par opposition au droit processuel horizontal⁶⁸⁰, il s’agit des contentieux spécifiques à une matière. Au regard des litiges qui s’y réfèrent, les logiques de chaque règlement des différends sont formellement dissemblables. Pour n’exposer qu’en peu de mots les différences intelligibles aux différentes procédures traditionnelles, force est de constater qu’à la différence de la procédure pénale, ancrée dans un climat autoritaire, la procédure civile est régulièrement assimilée à la sociabilité, au dialogue et au « devoir de vivre ensemble, au quotidien, sans heurt [...] au sein de la grande cité, mais aussi de communautés particulières »⁶⁸¹. À ce titre, il est régulièrement admis que les règlements amiables y trouvent plus facilement une assise stable. Quant à la procédure administrative, elle se rapproche de la

⁶⁷⁸ V. not. *supra* n° 72.

⁶⁷⁹ Nouvelle définition donnée par le professeur VANDERLINDEN (*Ibid.*, p. 583).

⁶⁸⁰ S. GUINCHARD et a., *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, *op. cit.*, n° 17 s., pp. 68 et s.

⁶⁸¹ J. CARBONNIER, « Regard d’ensemble sur la codification de la procédure civile », in *Le nouveau Code de procédure civile : vingt ans après*, Actes du colloque de la Cour de cassation, 11-12 déc. 1997, La documentation française, 1998, pp. 15 et s., v. p. 17. – Pour autant, certains n’hésitent pas à dénoncer la férocité du droit civil, à côté duquel le droit pénal ne serait qu’une « amusette » : « “Le droit civil, le plus féroce des champs de bataille”. Le pénal, à côté, c’est une amusette. Oui, d’accord, les homicides, les crimes, mais au moins avec passion – amour, jalousie, vengeance. Alors qu’au civil, ce ne sont qu’enfants qui dépouillent leurs parents, frère qui laisse mourir de faim un autre frère pour une misérable bouchée de pain, époux qui se frappent d’interdiction mais s’envoient à l’asile d’aliénés pour un appartement de trois pièces, gens d’une même famille qui se haïssaient se déchirent comme les deux cousins » (C. MAGRIS, *Classé sans suite*, Folio, 2019, p. 63).

procédure pénale au regard des parties au procès – lesquelles ne sont pas deux particuliers –, mais s'apparente davantage à la procédure civile, notamment au regard du principe dispositif⁶⁸².

La singularité de chacune de ces procédures se perçoit dès lors dans leur esprit général et dans la finalité précise recherchée⁶⁸³. Pour autant, si les règlements amiables des différends ont fait leur apparition dans chacune de ces procédures traditionnelles, leur particularité ne tient pas à la matière considérée mais au processus de résolution lui-même. Ils pourraient dès lors être perçus comme une autre procédure proposée au justiciable, soit un autre usage dans le champ des possibles que permet la justice. Aux procédures civile, pénale et administrative se verrait associer le processus amiable de résolution des différends. La pluralité observée au sein du droit processuel n'est alors plus appréciée par les différentes matières mais par les différentes manières de résoudre le différend. Si l'objectif des modes de résolution des différends est le même, à savoir rétablir la paix sociale, et qu'ils convergent dès lors vers un but unique, leurs processus sont très différents par leur esprit et démontrent des divergences qui doivent nécessairement être prises en considération. Ainsi, le système juridique revêt-il une palette de couleurs à utiliser selon les besoins et les attentes de chaque justiciable afin de concrétiser l'emblématique tableau final. Cela confirme alors la nouvelle définition du pluralisme exposée précédemment.

168. En référence aux différents contentieux dont la réglementation est structurée selon leurs particularités, les règlements amiables disposent également d'une idéologie identifiable, d'une logique personnelle et d'un raisonnement distinctif. La liberté contractuelle et l'autonomie des parties conditionnent la réalité de ces processus. Elles sont les propriétés inhérentes aux règlements amiables. Pour autant, ces derniers « ne peuvent prospérer sans un certain contrôle »⁶⁸⁴. En effet, quelle que soit la nature du domaine pris en considération, la qualité du processus est un gage de paix sociale et une garantie que les droits de chacune des

⁶⁸² Le principe dispositif régit les rôles respectifs des parties et des juges au cours de l'instance. En vertu de ce principe, les parties ont la maîtrise exclusive de la détermination de l'objet du litige et le juge bénéficie de certaines prérogatives qui lui permettent contrôler le droit applicable : v. A. DANET, « Principes directeurs du procès », *Répertoire de procédure civile*, oct. 2020 (Actualisation juill. 2022), n^{os} 71 s. Cependant, cette dichotomie des rôles de chacun parfaitement délimités ne traduit plus la réalité, de sorte que la doctrine contemporaine y voit un « principe de coopération » : L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 11^e éd., 2020, LexisNexis, n^{os} 509 s. ; cité in A. DANET, *op. cit.*, n^o 116.

⁶⁸³ En effet, la procédure pénale oscille entre un esprit sanctionnateur et protecteur des libertés de la personne poursuivie. Malgré un objectif répressif, elle œuvre pour la réinsertion du condamné dans le réseau des liens de droit qu'il a abandonné en commettant l'infraction. La procédure administrative vise à restaurer les liens entre l'administration et les administrés. La procédure civile, quant à elle, est nécessaire pour la création, la réparation ou la dissolution des liens de droits civils et commerciaux.

⁶⁸⁴ S. AMRANI-MEKKI et Y. STRICKLER, *Procédure civile*, *op. cit.*, p. 260. Les auteurs affirment que « malgré la séduction qu'apporte la liberté contractuelle, une alternative à l'action en justice peut être dangereuse pour les droits fondamentaux. C'est ce qui justifie une réglementation de plus en plus précise de leur processus » (p. 263).

parties soient assurément respectés. Il s'agit bien d'une exigence qui s'impose tant à la justice amiable qu'à la justice étatique. On ne saurait en effet admettre que les règlements amiables favorisent l'inégalité, la déloyauté ou l'insécurité juridique en raison de la défaillance du système législatif⁶⁸⁵. Ainsi les règlements amiables trouvent place au cœur du droit processuel pluriel, aux côtés des autres modes de règlement des différends.

B) L'essor des règlements amiables au cœur du système pluriel

169. Le respect de certaines modalités. L'équilibre recherché entre la liberté du processus amiable et la sécurité juridique ne pouvait être établi que par l'apposition de certaines modalités à respecter. L'article 1530 du Code de procédure civile désigne notamment la médiation et la conciliation comme des processus structurés. Dès lors, force est d'admettre que ces deux modes amiables connaissent une organisation précise afin d'assurer leur efficacité. Les modes amiables de règlement des différends sont ainsi nécessairement dotés de garanties procédurales. Pour autant, l'interrogation est grande quant à ces garanties offertes aux participants. De quelles garanties s'agit-il ? Sont-elles nécessaires ? Sont-elles suffisantes pour protéger les participants au processus amiable ? Sont-elles équivalentes à celles du procès ? Ou, plus encore, peuvent-elles être assimilées à celles du procès ?

170. L'étude a déjà démontré que la consécration de principes applicables aux règlements amiables était nécessaire pour assurer tant la qualité du processus et son bon fonctionnement que la protection de la relation *inter partes*. Seule la reconnaissance d'un cadre processuel est à même de susciter une confiance certaine en ces modes que ce soit de la part du monde judiciaire ou des justiciables eux-mêmes⁶⁸⁶. L'absence de précision maintient la confusion. Un panel de principes applicables au sein des règlements amiables est alors régulièrement envisagé.

Les diverses études engagées démontrent que certains auteurs n'hésitent pas à exclure du champ de l'amiable les garanties inhérentes au procès, les jugeant inappropriées et inapplicables⁶⁸⁷. Toute l'ambiguïté réside pourtant dans le fait qu'elles admettent une certaine

⁶⁸⁵ N. FRICERO, « Modes alternatifs de règlement des conflits et procès équitable », in *Libertés, justice, tolérance. Mél. en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 839-853, spéc. n° 2, p. 840.

⁶⁸⁶ L. CASAUX-LABRUNEE, « La confiance dans le règlement amiable des différends. Pour un changement de culture juridique », *Droit soc.* 2019, p. 617.

⁶⁸⁷ L. CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs des règlements des conflits, op. cit.*, pp. 126 et s.

influence de leur part⁶⁸⁸. Aussi, des principes spécifiques aux règlements amiables sont reconnus ; lesquels justifient leur logique particulière. C'est ainsi que Madame le professeur Lise CASAUX-LABRUNEE affirme que « ces principes sont en émergence, insuffisamment établis en France, mais de plus en plus visibles et déjà en vigueur dans un nombre de législations et codes d'éthique professionnelle à travers le monde »⁶⁸⁹.

171. Émergence de principes directeurs de la justice amiable. Dans l'ouvrage collectif *Pour un droit du règlement amiable des différends*⁶⁹⁰ – qui révèle l'émergence d'un véritable droit du règlement amiable des différends en France structuré autour de principes directeurs clairement définis – Monsieur le professeur Jean-François ROBERGE reconnaît que les modes amiables respectent les huit principes suivants : « (1) contribution à l'information et à l'éducation, (2) autonomie des parties et liberté contractuelle, (3) bonne foi et transparence, (4) confidentialité, (5) équité procédurale et substantive, (6) impartialité et diligence, (7) compétence, (8) intégrité »⁶⁹¹.

Certains de ces principes sont déjà exposés et présents au sein des textes du droit positif. En effet, concernant le tiers, l'article 21-2 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 précise que « le médiateur accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence ». Ledit article a été repris au sein du Code de procédure civile à l'article 1530 qui prévoit « l'aide du tiers choisi [par les parties] qui accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence ». De même, le principe de confidentialité, affirmé à l'article 21-3 de la loi du 8 février 1995 précitée, a également été établi au sein de l'article 1531 du Code de procédure civile. D'autres principes évoqués, et notamment la bonne foi, sont en réalité des principes appréciés en droit des contrats. En effet, en vertu de l'article 1104 du Code civil, les parties s'engagent, par le contrat de règlement amiable, à présenter leur cause de bonne foi dans le respect de l'autre⁶⁹². L'article 2062 du même code dispose, concernant la convention de procédure participative assistée par avocat, que « les parties à un différend s'engagent à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend ». Envisagé sous l'angle contractuel, les règlements amiables aspirent également à une protection des contractants. Pour autant, il convient de

⁶⁸⁸ *Ibid.*, pp. 134 et s.

⁶⁸⁹ L. CASAUX-LABRUNEE, « Introduction, I – Une recherche en droit au service de la justice », *in ID.* et J-F. ROBERGE (dir.), *Pour un droit du règlement amiable des différends. Des défis à relever pour une justice de qualité*, LGDJ, 2018, p. 8.

⁶⁹⁰ Fruit d'une collaboration entre des chercheurs canadiens et français (*Ibid.*).

⁶⁹¹ J.-F. ROBERGE, « Les défis d'une justice participative. Garantir des qualités procédurales aux modes de prévention et règlement des différends », *in op. cit.*, pp. 57-77, spéc. pp. 58-59. – V. aussi N. ALEXANDER, F. IBRAHIM et J.-F. ROBERGE, *Mediation Essentials Guidebook*, Publications Professionals, LLC, 2016.

⁶⁹² C. civ., art. 1104 : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi ».

souligner que ces principes contractuels trouvent pareillement à s'appliquer en droit processuel, mais sous une appellation autre⁶⁹³. Ils ont pu être détaillés au sens processuel afin d'en acquérir la logique et d'être davantage protecteurs des parties au regard des stratagèmes inhérents au domaine processuel. Ainsi convient-il de « soumettre le processus amiable à des principes fondamentaux de nature procédurale permettant d'éviter des stratégies déloyales, l'exploitation de la faiblesse et le manque d'information de l'une des parties »⁶⁹⁴.

Il est dès lors nécessaire de prévoir des procédés permettant de lutter contre les déséquilibres entre les parties, contre l'inévitable rapport de force et les stratégies liés aux processus contractualisés. Tant l'égalité des parties au processus qu'« une obligation d'information égalitaire et effective des parties sur les éléments du différend, les enjeux de la solution, et le processus de négociations »⁶⁹⁵ doivent être appréciées.

172. Principes directeurs de l'amiable vs principes directeurs du contentieux.

Enfin, quelle différence existe-t-il entre les principes directeurs de l'amiable et ceux du contentieux ? Force est d'observer que ces garanties d'ordre processuel s'apparentent résolument aux garanties procédurales présentes au sein du procès. Dès lors, ne pourrait-il pas être admis que le droit processuel, appréhendé par ses droits fondamentaux, s'applique à l'ensemble des modes de règlement des différends ? Dans la mesure où les règlements amiables des différends sont conçus comme une « autre justice », qui s'épanouit au côté de la justice étatique, on ne saurait admettre qu'ils ne soient pas soumis à une protection inhérente à leur fonction de rendre justice.

173. La complexité de la question réside encore nécessairement au cœur de la distinction entre *processus* et *procédure*⁶⁹⁶. Le processus, tout d'abord, génère une suite continue de faits de manière régulière et unitaire⁶⁹⁷. Ainsi, le déroulement du processus amiable peut-il regrouper la rencontre entre les parties en conflit, les discussions, les excuses, une remise en question, une négociation, etc. ; tant de faits qui permettent de tendre vers la résolution du différend affectant la relation entre les parties. La procédure, quant à elle, s'apparente davantage à une suite continue de règles à respecter, une manière de procéder juridiquement dans le but de parvenir

⁶⁹³ Pour illustration, le principe de bonne foi en droit des contrats s'apparente au principe de loyauté en droit processuel. Cf : triptyque établi par Monsieur le professeur Serge GUINCHARD, v. *infra* n° 211 – Pour une étude de ces principes, v. deuxième partie.

⁶⁹⁴ Hypothèse exposée in N. FRICERO et a., *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, *op.cit.*, n° 221.122, p. 220.

⁶⁹⁵ L'auteur précise que « l'accès égal aux informations constitue un enjeu démocratique », *ibid.*

⁶⁹⁶ Pour une étude de la nature de ce cheminement qui entreprend de résoudre un différend à l'amiable, Cf. introduction n° 32.

⁶⁹⁷ Cf. introduction ; v° aussi « Processus », CNRTL.

à une solution. Ainsi la procédure contentieuse est plus stricte, et ce, afin de résoudre le litige. Elle impose des délais, des formalités ou encore l'intervention de personnes précises. D'une manière générale, ces deux méthodes de résolution des différends ne se distinguent qu'au regard de la rigidité de la règle. Pour autant, le Code de procédure civile et le Code de justice administrative ne précisent-ils pas un cadre propre à la conduite des règlements amiables⁶⁹⁸ ? Il s'agit, dans les deux cas, d'un déroulement organisé dont l'objectif est de répondre à la demande sociale. Ainsi que l'énonçaient Messieurs les professeurs Loïc CADIET et Thomas CLAY dans leur ouvrage *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, « du processus à la procédure, il n'y a qu'un pas que franchissent les conciliations institutionnalisées par la loi, comme celles qui sont confiées aux conciliateurs de justice dans le ressort des juridictions judiciaires, celles qui sont organisées sous l'égide d'organismes spécialisés, centres de médiation, et même certains modes amiables de règlement des conflits nés de la pratique contractuelle »⁶⁹⁹.

174. Ce regard processuel, qui pourrait être dénoncé comme trop strict pour une justice dite amiable, n'est autre qu'un voile protecteur pour les participants au processus amiable. Il n'est plus l'heure d'observer le droit processuel comme un droit chargé en réglementation, autoritaire et inflexible. Assimilé à la protection des droits et libertés fondamentaux des individus, il revêt une tout autre figure ; celle d'un « nuage de pluie [qui] s'étale au-dessus de la terre pour l'arroser »⁷⁰⁰. L'ambition du droit processuel renouvelé réside dans l'appréhension commune des différents mécanismes juridiques, qui restent autonomes dans leur fonctionnement.

175. Autonomie des règlements amiables. Afin d'admettre officiellement le pluralisme du système, la question qui perdure est de savoir si les modes amiables de règlement des différends pourraient être aujourd'hui reconnus comme une discipline juridique autonome⁷⁰¹, à l'instar des autres procédures traditionnelles. La discipline est régulièrement assimilée à une science, une matière pouvant faire l'objet d'un enseignement spécifique. Or, il est communément admis que les règlements amiables mettent en évidence un certain manque

⁶⁹⁸ V. not. CPC, art. 131-3 qui précise la durée initiale de la médiation ; art. 131-5 qui pose les conditions que doit satisfaire la personne physique qui assure la mesure de médiation ; art. 1530 qui expose certains principes directeurs tels que l'impartialité, la compétence et la diligence du tiers. Dans le même sens, v. CJA, art. L 213-1 et s.

⁶⁹⁹ L. CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, op. cit., p. 132.

⁷⁰⁰ S. GUINCHARD et a., *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, op.cit., n° 18, p. 69.

⁷⁰¹ L. VIAUT, « Le droit des modes alternatifs de règlement des conflits peut-il être une discipline juridique autonome ? », *LPA*, 11 juin 2020, n° 117, p. 9.

de clarté et de cohérence, qu'ils manquent de précision dans leur terminologie et leur organisation⁷⁰². Nonobstant ces constats, un véritable engouement a été porté à leur étude. Leur ascension – bien qu'hardie – résulte des nombreuses recherches consacrées à l'harmonisation de la justice amiable, des textes ratifiés pour une meilleure cohérence d'ensemble et des diverses mesures envisagées pour sa promotion au-devant de la scène juridique. Les règlements amiables représentent un nouveau concept qui a le vent en poupe depuis quelques dizaines d'années au sein de notre système juridique. Leur institutionnalisation a en effet démontré l'émergence d'une branche spécifique à l'amiable. D'un esprit exempt de toute contrainte, les règlements amiables ont pu développer leur logique propre et être consacrés par une discipline, de plus en plus enseignée⁷⁰³.

176. Quant à l'autonomie de ladite discipline, il est admis que les règlements amiables disposent bien de leurs propres lois ; appréhendées tant au sens de l'apport des textes législatifs qu'au sens d'une idéologie consacrée. En effet, divers textes – à l'instar de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 – ont été dédiés au développement des modes amiables et ont permis leur reconnaissance au sein du système juridique français. Les règlements amiables ont dès lors trouvé leur place au sein des différents codes de procédure, aux côtés des procédures traditionnelles.

Qu'ils se soient construits pour répondre au phénomène de rejet de la puissance étatique⁷⁰⁴ ou avec l'ambition de développer une justice de meilleure qualité, les règlements amiables ne sont pas « des modes substitutifs au règlement juridictionnel mais doivent leur venir en complément, de façon autonome, sans s'opposer au processus juridictionnel avec lequel ils se combinent du reste très souvent »⁷⁰⁵. N'est-ce d'ailleurs pas cette notion d'autonomie qui a conduit le législateur français à créer au sein du Code de procédure civile un Livre V, distinct et autonome, relatif à « la résolution amiable des différends » ? Cette insertion au sein du Code de procédure civile opère une distinction entre les différentes procédures aptes

⁷⁰² V. N. FRICERO, « Modes alternatifs de règlement des conflits et procès équitable », in *Libertés, justice, tolérance, mél. en hommage au Doyen Gérard COHEN-JONATHAN*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 839-853, spéc. p. 840. – Cf. introduction.

⁷⁰³ Les modes amiables de résolution des différends font l'objet d'enseignements spécifiques dans les licences et masters. Ils s'insèrent également dans les cours de droit processuel. Ainsi, malgré les formations privées de médiation, la matière trouve place dans les matières proposées dans les facultés de droit.

⁷⁰⁴ Et plus précisément comme réaction pragmatique face aux difficultés de l'État d'organiser une justice satisfaisante.

⁷⁰⁵ P. ANCEL et C. PEULVE, « La médiation parmi les modes de règlement des différends civils et commerciaux », lors du Colloque *Les médiations : la justice autrement ? Dans les matières pénale, civile et commerciale*, organisé le 3 févr. 2011 par l'Université de Créteil. – V. égal. C. PEULVE, « Présentation générale des modes alternatifs de résolution des litiges », in Dossier « La procédure dans les modes de résolution extrajudiciaire des litiges », Maison du barreau de Paris, 23 janv. 2014, *Gaz. Pal.*, 24 mai 2014, n°179.

à résoudre des différends, tout en admettant la personnalité autonome des règlements amiables. Ils sont dès lors « devenus un élément à part entière du système de régulation juridique »⁷⁰⁶.

Pour autant, autonomie ne veut pas dire indépendance. Si l'autonomie de la justice amiable lui permet de conserver ses particularités, elle ne doit pas l'éloigner des principes officiels de bonne justice.

177. Autonomie et assujettissement aux principes fondamentaux processuels. Les principes reconnus au sein des modes amiables ne doivent pas heurter avec trop de vigueur le droit positif et les garanties processuelles offertes à tout justiciable. La nature hybride des règlements amiables des différends implique qu'ils empruntent des principes tant à la sphère contractuelle qu'à la sphère judiciaire. En effet, dès lors qu'ils ont pour objectif de résoudre un différend et de rétablir la paix sociale, ils répondent à la nécessité de faire respecter les principes fondamentaux processuels. L'assujettissement des règlements amiables à ces principes se conçoit d'autant plus lorsque l'on s'intéresse précisément à ces différents types de processus.

178. Lorsqu'il s'agit d'un mode amiable judiciaire, tel que les médiations judiciaires ou les conciliations judiciaires, le juge n'est jamais bien loin. Il peut, tout d'abord, organiser lui-même une conciliation⁷⁰⁷. Plus encore, même lorsqu'il délègue à un conciliateur de justice le soin de mener celle-ci⁷⁰⁸, ou qu'il a désigné une tierce personne – le médiateur – chargée d'entendre les parties et de confronter leurs points de vue pour leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose⁷⁰⁹, le juge est omniprésent. Il organise tout le déroulement du processus⁷¹⁰ et reste saisi de l'affaire⁷¹¹. Le processus amiable envisagé est alors incorporé dans l'atmosphère technique qui environne la sphère judiciaire. Ainsi, ces modes amiables ne sont pas indépendants du droit processuel. Du fait que la procédure amiable reste liée au juge, elle

⁷⁰⁶ L. CADIET, « Panorama des modes alternatifs de règlement des conflits en droit français », *RLR*, p. 147.

⁷⁰⁷ Cf. CPC, art. 128 et 129.

⁷⁰⁸ Cf. CPC, art. 129 qui prévoit la possibilité pour le juge de déléguer la mission à un conciliateur judiciaire ; v. également CPC, « Section II : La conciliation déléguée à un conciliateur de justice », art. 129-2 à 129-6.

⁷⁰⁹ CPC, art. 131-1.

⁷¹⁰ Le juge fixe la durée de la mission du tiers au processus et, lui seul, peut la renouveler, v. l'art. 129-2 CPC pour la conciliation déléguée et l'article 131-3 CPC pour la médiation judiciaire. C'est également le juge qui fixe la rémunération du médiateur (CPC, art. 131-13).

⁷¹¹ Cf. CPC art. 131-2, « En aucun cas [la médiation] ne dessaisit le juge ». Il peut mettre fin à la mesure à tout moment sur demande d'une partie ou à l'initiative du juge (CPC, art. 131-10). Dans le cadre de la conciliation, il peut même y mettre fin d'office lorsque le déroulement de la mesure apparaît compromis (CPC, art. 129-5). En outre, le juge est informé par le tiers des difficultés rencontrées dans l'accomplissement de sa mission et de ce que les parties sont ou non parvenues à trouver une solution au conflit qui les oppose (v. CPC, art. 129-5 pour la conciliation et CPC, art. 131-9 et art. 131-11 pour la médiation).

est judiciarisée. À cet égard, les principes directeurs du procès doivent nécessairement s'appliquer⁷¹².

179. La question est plus complexe concernant les modes extrajudiciaires de règlement des différends. Le recours à ces modes est régulièrement envisagé pour échapper à la puissance judiciaire. Dès lors, pourquoi les principes régis par celle-ci trouveraient-ils une place ? Vraisemblablement antagonistes, ces différends modes de résolution des différends sont pourtant liés et complémentaires en vue de la résolution du problème. En effet, les réformes successives tendent à la consécration de la tentative de règlement amiable préalable obligatoire avant toute saisine du juge. Les décrets n° 2019-1333 du 11 décembre 2019 et n° 2022-245 du 25 février 2022 poursuivent, en matière de recours préalable obligatoire aux modes de résolution amiable des différends, l'œuvre initiée par la loi « Justice du XXI^e siècle » et développée par la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice. L'article 4 du décret du 11 décembre 2019 insère un chapitre sur l'introduction de l'instance qui contient l'article 750-1 du Code de procédure civile⁷¹³. Ce dernier, récemment annulé par une décision du Conseil d'État⁷¹⁴, avait pour objectif de préciser l'obligation du recours préalable à un mode de résolution amiable posée par l'article 4 de la loi du 18 novembre 2016⁷¹⁵. Le temps qui précède l'audience est mis à profit pour tenter de mettre d'accord les parties et, à défaut, de progresser dans la résolution du litige par l'échange que permet le processus de médiation. De même, en matière familiale, la pratique de la double convocation se généralise devant les tribunaux⁷¹⁶ ; au côté de la tentative de médiation familiale préalable obligatoire⁷¹⁷. Les parties sont convoquées une première fois devant un tiers indépendant et impartial et reçoivent en même temps une seconde convocation, quinze jours plus tard en général, devant le juge. Si la conciliation échoue, le procès n'est pas ralenti. Ainsi, la tendance est à l'organisation d'une négociation en vue de préparer le terrain au juge ; dans le cas où ce

⁷¹² V. not. E. JEULAND, « Principes procéduraires, médiation et procédure participative », *Gaz. Pal.*, 24 mai 2014, n° 144.

⁷¹³ Modifié par décr. n° 2022-245 du 25 févr. 2022, préc., art. 1. – La place de cet article est d'ailleurs hautement symbolique, en ce sens qu'il se trouve en tête des dispositions communes (à ce sujet v. n° 40 et n° 185).

⁷¹⁴ CE, 22 sept. 2022, n°s 436939 et 437002, préc.

⁷¹⁵ Malgré l'annulation de cet article par le Conseil d'État (déc. préc.), il y a tout lieu de penser que les précisions exigées seront prochainement apportées (Cf. introduction n° 21)

⁷¹⁶ Prévues par le décr. n° 2010-1395 du 12 nov. 2010 relatif à la médiation et à l'activité judiciaire en matière familiale, JORF n° 0265 du 16 nov. 2010, texte n° 59.

⁷¹⁷ Tout d'abord « tentative de médiation préalable à l'audience », prévue par l'art. 15 de la L. n° 2011-162 du 13 déc. 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles ; devenue TMFPO avec la L. n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, préc., art. 7. – À ce sujet, v. V. BOUSSARD, « L'évaluation de la tentative de médiation familiale préalable obligatoire (TMFPO). Quand médier n'est pas remédier », rapp. 18-21, Mission de recherche Droit et Justice, déc. 2020, 164 p.

dernier serait saisi. Or, ne se rapprocherait-on pas d'une certaine assimilation à une mise en état de l'affaire⁷¹⁸ ? Le parallèle peut d'ailleurs être réalisé avec la procédure participative assistée par avocat⁷¹⁹ ; qui s'inscrit dans une tendance à la managérialisation de la justice⁷²⁰. Dès lors, le lien entre la justice amiable et la justice étatique est envisagé en cas d'échec de la tentative amiable. Au regard de cette éventualité d'une transmission de l'affaire entre les mains du juge, l'indépendance de la justice amiable ne peut être totale.

180. Enfin, l'intégration des modes amiables, judiciaires et extrajudiciaires, au sein des différents codes de procédure⁷²¹ est un argument supplémentaire à cet assujettissement. Institutionnalisés, les règlements amiables sont nécessairement sous l'emprise de garanties processuelles inhérentes à tout mode de résolution des différends. Ces garanties sont en effet essentielles à la protection des participants au processus. Autonomes dans leur fonctionnement, ils ne sont pas indépendants du droit processuel qui les régit et qui protège les justiciables. Dès lors, un modèle processuel – reconnu comme unitaire et applicable aux divers modes de résolution des différends – prévaudrait, malgré les droits propres à chacun. Ce fonds commun processuel aurait ainsi une valeur d'autant plus importante qu'il dépasse les caractéristiques et idéaux des différents processus de justice. C'est à ce titre que le Doyen CARBONNIER émettait quelques résistances à l'admission d'un pluralisme juridique. En effet, « l'unité est restaurée à travers ce système global qui en assure l'ensemble »⁷²². La combinaison entre le procès et les règlements amiables tend ainsi à la reconnaissance d'un « pluralisme ordonné »⁷²³, présentant des références communes qui permettent la conciliation entre le pluriel et l'universel, et, par là, à l'admission d'une unité au sein du système du droit français⁷²⁴.

⁷¹⁸ Qui a pour but de mettre une affaire en état d'être jugée : Cf CPC, art. 762 s.

⁷¹⁹ Créée par la loi n° 2010-1609 du 22 déc. 2010 dite loi Béteille et le décret n° 2012-66 du 20 janv. 2012 relatif à la résolution amiable des différends modifiés par la loi n°2016-1547 du 18 nov. 2016 et le décr. n° 2019-1333 du 11 déc. 2019, dont les dispositions sont codifiées aux articles 2062 à 2068 du Code civil et 1542 à 1567 du Code de procédure civile. En vertu des 1546-1 et 1546-2 du CPC, les parties peuvent conclure une convention de procédure participative « aux fins de mise en état » à tout moment de l'instance, en première instance ou en appel.

⁷²⁰ Phénomène qui tend à une logique de résultats en prenant en considération les notions de coût, d'efficacité, d'efficience, de qualité et d'évaluation de l'action. Il consacre, en matière judiciaire, la primauté de l'argument gestionnaire. V. not. J. COMMAILLE et B. HURREL, « La réforme de la justice française. Un enjeu entre instrumentalisation et démocratie », *Droit et société*, 2011/2, n° 78, pp. 391-404, spéc. pp. 393-394 ; D. MOCKLE, « La justice, l'efficacité et l'imputabilité », *Les Cahiers de droit*, vol. 54, n° 4, déc. 2013, pp. 613-688.

⁷²¹ Cf. institutionnalisation des règlements amiables n°s 15 s., 143 s. et 351 s.

⁷²² J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, op. cit., p. 360.

⁷²³ M. DELMAS-MARTY, « Les forces imaginantes du droit (II), *Le pluralisme ordonné*, op. cit., p. 8.

⁷²⁴ En ce sens, le professeur DELMAS-MARTY exprimait qu'« il serait nécessaire de louer entre le pluralisme de fusion (et l'utopie de la grande unité juridique du monde) et le pluralisme de séparation (et l'illusion de l'autonomie parfaite) », in *Les forces imaginantes du droit (II), Le pluralisme ordonné*, op. cit., p. 8 ; cité in J.-M. SOREL, op. cit., p. 94.

Paragraphe 2 : L'unité structurelle du système de justice

181. Appréciation du système de justice comme un tout substantiel et cohérent. Au-delà de la pluralité présente au sein du système processuel, une cohésion d'ensemble est perceptible. Le système bat au rythme incessant des instruments qui le composent, et ce, sous le commandement d'un cadre structuré de principes qui veille à l'interprétation juste de l'œuvre de justice. Il en ressort dès lors une unité ; unité qui a pu être programmée (A), consacrée (B) et qui peut désormais être démontrée (C).

A) Une unité programmée

182. Une ambition de clarification et de simplification. Eu égard à la complexité du système de justice⁷²⁵, le droit processuel français appelait nécessairement à une structuration afin d'offrir aux justiciables une meilleure lisibilité des différentes voies procédurales propices à la résolution de leurs différends. À ce titre, les objectifs présentés par les dernières réformes du Gouvernement prônent un service de justice plus efficace et plus simple pour les citoyens. Il est dès lors clair que la simplification et la clarification des procédures sont au cœur de l'ambition de la justice du XXI^e siècle.

La structuration de notre système de justice, et par là-même de notre droit processuel, a mûri en vertu d'une double programmation : l'insertion de principes communs en tête des codes de procédure (1.) et l'insertion des règlements amiables dans les codes de procédure (2.).

1. Programmation par l'insertion de principes communs en tête des codes

183. L'insertion dans les codes de procédure de principes directeurs communs. L'apposition, en-tête des codes de procédure, de standards juridiques applicables à l'ensemble des procédures de la matière marque l'avènement de la modélisation du droit processuel. En effet, la consécration d'une idéologie commune à toutes les procédures de résolution des différends met en exergue une justice unifiée. Par le biais de ces codifications, la diversité des voies procédurales se révèle sous l'unité apparente du modèle. Il est question d'harmonisation

⁷²⁵ Et des critiques mises en exergue, not. le manque de lisibilité et la complexité de la justice : v. la tribune de la conférence nationale des premiers présidents des cours d'appel de France du 21 mai 2021, *Confiance dans l'institution judiciaire, Appel à refonder le pacte républicain pour la justice*, préc.

du champ processuel. Se pose pourtant la question de savoir comment et sous quelles influences a été bâti ce socle procédural commun. Quel serait l'élément déclencheur de cette évolution processuelle ? D'où proviennent ces influences qui auraient inspiré les autres procédures à établir un panel de principes généraux en introduction de leurs dispositions spécifiques ? Davantage qu'une influence, cela s'apparente même à un mimétisme. Il appert en effet une identification au modèle de la procédure civile.

184. Influence de la procédure civile. La procédure civile apparaît comme la plus ancienne et la plus égalitaire. Elle représente régulièrement un modèle de procédure en agissant sur l'organisation et la gestion des autres procès. En effet, depuis les premiers décrets de 1971 – prélude à la grande codification réalisée en décembre 1975 – la procédure civile est nettement en avance sur les autres contentieux en raison de ses vingt-cinq premiers articles⁷²⁶ qui constituent la base réglementaire des principes directeurs du procès civil. Les treize premiers articles présentent le principe dispositif et s'attachent à définir la répartition des rôles entre les parties et le juge dans le procès civil⁷²⁷. Quant aux autres, ils exposent les principes offrant toutes les garanties d'une bonne justice⁷²⁸. Ces articles sont « l'esprit du code, sa philosophie, sa charte, son âme »⁷²⁹. Force est alors d'admettre que ce titre préliminaire du Code de procédure civile a « influencé la création d'articles préliminaires dans le Code de procédure pénale et le Code de la justice administrative »⁷³⁰.

185. L'article préliminaire du Code de procédure pénale. Les principes directeurs du procès pénal – dont l'ambition première était d'intégrer dans le droit positif des objectifs philosophico-politiques⁷³¹ – ont été consacrés au sein de l'article préliminaire du Code de procédure pénale par la loi du 15 juin 2000⁷³². Sensible aux propositions du rapport Delmas-

⁷²⁶ Les articles 1 à 24, ainsi que l'article 23-1 CPC.

⁷²⁷ CPC, art. 1^{er} à 13.

⁷²⁸ On y trouve le principe du contradictoire (CPC, art. 14 à 17), la liberté de la défense (CPC, art. 18 et 19), le pouvoir du juge d'entendre les parties et de les concilier (CPC, art. 20 et 21), la publicité des débats (CPC, art. 22), les principes applicables aux plaideurs non francophones ou malentendants (CPC, art. 23 et 23-1) et enfin le respect dû à la justice (CPC, art. 24).

⁷²⁹ S. GUINCHARD et a., *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, op. cit., n° 744, p. 1360.

⁷³⁰ E. JEULAND, *Droit processuel général*, op. cit., n° 21, p. 59. Et ce, malgré le fait que « le titre préliminaire du CPC porte sur des principes directeurs qui visent l'organisation de la procédure (principe de coopération), tandis que le CPP et le CJA comportant essentiellement des principes fondamentaux ». – à ce sujet, v. aussi F. BUSSY, « L'attraction exercée par les principes directeurs du procès civil sur la matière pénale », *RSC* 2007, p. 39.

⁷³¹ Ainsi avaient été prises en considération les propositions du rapp. Delmas-Marty, qui préconisait déjà, en 1990, l'insertion de principes fondamentaux en tête du code ; v. not. H. HENRION, « L'article préliminaire du Code de procédure pénale : vers une "théorie législative" du procès pénal ? », art. préc., pp. 13-52.

⁷³² L. n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, JORF n° 0138 du 16 juin 2000, texte n° 1.

Marty⁷³³, le législateur a fait œuvre de cohérence par l'insertion de principes directeurs en tête du Code. Si les besoins d'accessibilité, de clarté et par là même d'intelligibilité du droit et de la justice étaient soulignés, l'entrée en vigueur de cet article a permis de « rendre visibles aux justiciables et aux professionnels du droit les lignes de force de la procédure pénale dont les règles techniques ne sont que le reflet plus ou moins intelligible »⁷³⁴. Au regard de la valeur expressive de cette disposition, Monsieur Hervé HENRION présente notamment une métaphore architecturale en affirmant que « l'article préliminaire serait – de par son contenu – la fondation du Code et – de par son contenant – le fronton de celui-ci »⁷³⁵ ; le contenu désignant les principes directeurs et le contenant sa place première dans le Code de procédure pénale.

186. Le Titre préliminaire du Code de la justice administrative. Il en va de même du Titre préliminaire du Code de la justice administrative créé par la réforme du 4 mai 2000⁷³⁶. Ce titre préliminaire, comptabilisant dix articles, fut rapidement envisagé comme la « déclaration des principes de la justice administrative »⁷³⁷. La commission de codification avait, elle-même, utilisé la notion de « principes »⁷³⁸. Pour autant, *quid* de la nature et de la portée de ces principes ? Les spécialistes s'entendent pour les appréhender comme les « principes essentiels de la justice administrative » réunis en « quelques formules concises et éclairées »⁷³⁹, comme les « principes les plus éminents »⁷⁴⁰ de la matière ou encore comme « les grands principes »⁷⁴¹. Si, comme l'énonçait CHAPUS, l'« on exprime aussi significativement que possible qu'ils ont le caractère de principes fondamentaux »⁷⁴², l'importance de ces principes est largement mise en exergue.

⁷³³ M. DELMAS-MARTY (dir.), Rapp. de la Commission « Justice pénale et droits de l'homme », La mise en état des affaires pénales [Rapport préliminaire, nov. 1989 ; Rapport final, juin 1990], La Documentation française, 1991.

⁷³⁴ *Ibid.*, p. 13 ; v. égal. D. THOMAS, « Le concept de procès pénal », *Mél. Offerts à Pierre Couvrat, La sanction du droit*, PUF, 2001, pp. 401-416, spéc. n° 27 et s.

⁷³⁵ H. HENRION, « L'article préliminaire du Code de procédure pénale : vers une « théorie législative » du procès pénal ? », *Archives de politique criminelle*, 2001/1, n° 23, pp. 13-52, spéc. p. 14.

⁷³⁶ Le CJA a été édicté par l'ord. n°2000-387 du 4 mai 2000 dans sa partie législative et par les décrets n°s 2000-388 et 389 du 4 mai 2000 dans sa partie réglementaire. Il est entré en vigueur le 1^{er} janv. 2001.

⁷³⁷ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Paris, 13^e éd., Montchrétien, Lextenso éditions, Coll. « Domat droit public », 2008, p. 168. – Monsieur Daniel CHABANOL, à qui l'on doit la consécration de l'indépendance des juges administratifs, parle également de « principes » (*in* Le Code de justice administratif, éd. Le Moniteur, 2001), tout comme le Président LABETOULLE dans la Préface dudit Code ou encore Jacques ARRIGHI DE CASANOVA, Corinne LEPAGE et Christian HUGLO dans le Code Litec (p. 11).

⁷³⁸ V. le rapp. au président de la République relatif à la partie législative du Code de justice administrative, JORF n° 107 du 7 mai 2000, texte n° 3.

⁷³⁹ Code Moniteur, *op. cit.*, p. 6.

⁷⁴⁰ J. ARRIGHI DE CASANOVA, *op. cit.*, p. 640.

⁷⁴¹ C. LEPAGE et C. HUGLO, Code Litec, p. 12.

⁷⁴² R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif, op. cit.*, p. 168.

Pour autant, dans le contentieux administratif, le juge ne fonde pas son analyse uniquement sur les principes du titre préliminaire. Il a en effet pour habitude de se référer à des articles précis du Code de justice administrative relatifs au régime juridique de la procédure en question ou à des principes généraux ne disposant pas de support textuel. Ceci s'explique par le fait que le Titre préliminaire dudit Code ne recouvre pas toutes les hypothèses ; à l'instar de celle du nécessaire principe d'impartialité⁷⁴³. À ce sujet, la Cour administrative d'appel de Bordeaux, réunie le 18 novembre 2003 en formation plénière, a notamment jugé : « Considérant qu'en vertu d'une règle générale de procédure applicable même sans texte, un membre d'une juridiction administrative qui a publiquement exprimé son opinion sur un litige ne peut participer à la formation de jugement statuant sur le litige ou sur le recours formé contre une décision statuant sur ce litige ». Tout en soulevant l'imprécision du Titre préliminaire du Code de justice administrative – qui omet l'énonciation de certains principes fondamentaux de procédure –, cette décision tend à reconnaître l'existence de règles générales qui doivent être appliquées, et ce, malgré le fait qu'elles ne soient pas inscrites dans les textes. L'on assiste dès lors à la reconnaissance d'un panel de principes directeurs du procès.

187. La place première donnée aux principes directeurs dans les codes. L'importance de ces principes se conçoit notamment au regard de la place leur ayant été attribuée dans les textes. En effet, cet emplacement témoigne d'une certaine signification, déjà soulevée par le Doyen CARBONNIER, selon laquelle, dans l'article premier, l'on consacre « l'âme » de la loi⁷⁴⁴. Cette place première peut être envisagée à plusieurs égards. Elle peut en effet être appréhendée comme un guide permettant de comprendre les dispositions subséquentes, mais également comme le concept général qui mène au particulier⁷⁴⁵. Quelle que soit la représentation choisie, il convient de reconnaître l'intérêt et la valeur de cet ordre sur l'ensemble du code. Les *common lawyers* ont dès lors pu envisager qu'il était nécessaire d'« indiquer d'abord les principes directeurs de la loi et les définitions »⁷⁴⁶. Cependant, un titre

⁷⁴³ Ainsi, lorsque la question s'est posée de savoir si le juge du référé-suspension pouvait siéger à l'occasion de la résolution du litige au fond, le Conseil d'État a remis son avis du 12 mai 2004 en vertu du seul article L. 521 du CJA (CE, *Commune de Rogerville*, 12 mai 2004). Dans une autre affaire, c'est en vertu du « principe d'impartialité applicable à toutes les juridictions administratives » que le Conseil d'État a encore précisé que le rapporteur d'une chambre régionale des comptes ne peut participer au jugement des comptes dont il a eu à connaître à l'occasion d'une vérification de gestion (CE Ass., 17 oct. 2003, req. n° 237290).

⁷⁴⁴ CARBONNIER dans le dialogue qui constitue une grande part de la *Presentazione*, in J. CARBONNIER de A. VITA, *Flessibile diritto*, Milano, Giuffrè, 1997, p. XXVI. – En ce sens, v. introduction.

⁷⁴⁵ V. not. G. ROUHETTE, « L'article premier des lois », in N. MOLFESSIS (dir.), *Les mots de la loi*, Economica, 1999, pp. 37 et s., spéc. p. 42.

⁷⁴⁶ *Ibid.*; v. égal. The preparation of legislation (the Renton Report, 1975, Cmnd. 6053), n°6.9 à 6.12, pp. 30-31 ; G.C. THORNTON, *Legislative Drafting*, London, Butterworth, 1979, pp. 140-142 ; *Handbook of the national conference of commissioners on uniform state laws*, Buffalo, W.S. Hein, 1985, rule 24.

préliminaire n'a pas un seul effet d'affichage. Il révèle une véritable importance eu égard à ses articles qui entrent en tête de l'ordre numéral.

188. Utilité de la place attribuée. En tant qu'article premier, son positionnement au sein du code marque son rang de priorité. Plus encore, il est le premier d'une longue liste d'autres articles. Cette chronologie met dès lors en exergue une certaine hiérarchie. De manière emblématique, il inaugure l'accès à la justice et au droit et de manière programmatique, il prévoit la marche à suivre au cœur de la procédure envisagée. La présentation des principes directeurs au sein des articles premiers du code apparaît comme la formulation des objectifs à atteindre pour que justice soit faite. De la priorité à la primauté, il n'y a qu'un pas qu'ont franchi les principes directeurs du procès. Si l'originalité des aspects formels et structurels de l'insertion de ces principes a été soulevée⁷⁴⁷, leur autorité suprême doit ainsi être reconnue.

189. Cette structuration a dès lors permis de démontrer l'unité qui se dégage des codes de procédures. Mais dans le triple objectif de clarification, d'harmonisation et de simplification de notre justice, les règlements amiables des différends ont également trouvé place dans les textes de procédure. Serait-ce pour être enfin appréhendés comme de véritables procédures amiables, pour revêtir le cadre procédural lisible des procédures contentieuses ou encore acquérir les garanties offertes aux justiciables ?

2. Programmation par l'insertion des règlements amiables dans les codes

190. La structuration des modes amiables. L'institutionnalisation des modes amiables⁷⁴⁸ au sein des codes de procédures a mis en exergue une volonté de structurer le processus. Leur consécration dans le voisinage des procédures contentieuses a contribué à admettre une articulation avec la justice étatique, que ce soit dans le principe même de leur mise en œuvre ou, seulement, dans le contrôle de leur efficacité⁷⁴⁹. Cette tendance à la structuration de la justice amiable et à la procéduralisation de ses modes de règlements était en effet attendue et nécessaire à leur essor.

⁷⁴⁷ Not. en droit du contentieux administratif : v. C. BAILLON-PASSE, « Le titre préliminaire du Code de justice administrative : retour sur un objet juridique à identifier », *LPA*, 31 déc. 2004, n°262, p. 6.

⁷⁴⁸ Pour précision, v. *supra* n°s 143 s.

⁷⁴⁹ L. CADIET, « Une justice contractuelle, l'autre », in *Études offertes à Jacques Ghestin*, Paris, LGDJ, 2001, pp. 177-199.

191. Cette volonté de structurer le paysage juridique n'est pas nouvelle. Le Code civil de 1804 avait déjà eu l'ambition de subordonner le recours à la transaction à des conditions de fond⁷⁵⁰ et de forme⁷⁵¹. Pour autant, ces garanties relèvent du droit substantiel. Elles concernent l'accord, et non pas le processus en lui-même⁷⁵².

Or, l'appréhension de l'amiable a évolué. Il n'est plus question d'analyser seulement l'accord final, mais le processus qui conduit à l'aboutissement souhaité par les participants. Désormais assimilé à une procédure avant d'être un contrat⁷⁵³, le règlement amiable doit présenter des garanties processuelles au même titre que les autres modes de résolution des différends. La justice doit en effet être appréciée tant dans le contrat conclu que dans le déroulement de la procédure qui y conduit. Ainsi, Monsieur le professeur Loïc CADIET précisait : « si une procédure juste ne prémunit pas de conventions ou de jugements injustes, il y a peu de chance, en revanche, qu'une procédure injuste conduise à de justes sentences ou à de justes contrats »⁷⁵⁴. L'objectif de la procéduralisation de ces nouveaux modes de règlement des différends n'était autre que d'offrir aux justiciables les garanties nécessaires afin d'obtenir une solution juste dans le respect des droits de chacun. Leur insertion au sein des codes de procédure a dès lors entraîné leur assujettissement aux principes directeurs du procès.

192. Le cadre juridique français et les règlements amiables des différends. Comme précédemment évoqué, le Livre Premier du Code de procédure civile « Dispositions communes à toutes les juridictions » s'applique au Code dans son intégralité, et par conséquent au Livre Cinquième relatif à « La résolution amiable des différends ». Cette partie du code constitue le socle procédural commun ayant vocation à régir le plus grand nombre de situations. Ainsi doit-il nécessairement être admis que les principes directeurs de la procédure civile, exposés au sein de son Livre Premier, s'appliquent aux règlements amiables des différends. Il en va de même pour l'article préliminaire du Code de procédure pénale qui régit l'ensemble de la matière pénale, et ainsi les mesures alternatives aux poursuites telles que la médiation pénale de l'article 41-1. De même, le Titre préliminaire du Code de justice administrative gouverne les neuf livres composant le code et notamment la médiation administrative.

Ce regroupement des divers modes de règlement des différends au sein des codes de procédures ne fait que reconnaître une justice unitaire régie par un ensemble de principes

⁷⁵⁰ Nécessité, pour les parties, d'avoir la libre disposition des droits litigieux et exigence des concessions réciproques : C. civ., art. 2044, al. 1.

⁷⁵¹ Exigence de rédiger le contrat par écrit : C. civ., art. 2044, al. 2.

⁷⁵² L. CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, op. cit., p. 133.

⁷⁵³ V. *supra* nos 32 s. et 173.

⁷⁵⁴ L. CADIET, « une justice contractuelle, l'autre », art. préc., p. 195.

fondamentaux processuels. Cette volonté de créer un socle procédural commun applicable à l'ensemble des règlements des différends, qu'il s'agisse des règlements juridiques traditionnels ou des règlements amiables, a trouvé consécration ailleurs. L'évolution du cadre juridique du Québec est en effet allée en ce sens ; cette étude de droit comparé peut apparaître opportune.

193. Aperçu de l'évolution du cadre juridique du Québec. Si la France était précurseur en termes d'encadrement législatif des modes amiables – du fait que la conciliation judiciaire fut intégrée au sein du Code de procédure civile dès le milieu des années 1970 –, les avancées québécoises ont été telles que la justice canadienne est devenue pionnière en la matière. En effet, un cadre législatif propre aux modes privés de PRD⁷⁵⁵ a été consacré dès le 1^{er} janvier 2016⁷⁵⁶. Le Code de procédure civile canadien consacre les modes privés – que sont la négociation, la médiation et les autres modes amiables – aux articles 1 à 7 ainsi que leur complémentarité avec les modes juridictionnels⁷⁵⁷. Cette approche complémentaire à la justice traditionnelle favorise l'adhésion citoyenne à l'État de droit. Le code s'interprète « comme un ensemble »⁷⁵⁸ et les principes directeurs énoncés s'appliquent tant aux modes privés de prévention et de règlement de différends qu'aux modes de résolution étatiques. Cette alliance permet ainsi une plus grande lisibilité pour les justiciables, qui n'ont plus à s'inquiéter des difficultés techniques et organisationnelles. La clarté est désormais de mise.

⁷⁵⁵ Appellation des modes amiables de règlement des différends retenue au Québec, « modes de prévention et de règlement des différends (PRD) ».

⁷⁵⁶ L'adoption du nouveau Code de procédure civile a eu lieu le 20 févr. 2014. L'obligation de considérer les modes de PRD est en effet un élément essentiel de la réforme de procédure québécoise visant à favoriser l'accès à la justice ; v. c. 25.01, art. 1^{er} : « Les modes privés de prévention et de règlement des différends sont choisis d'un commun accord par les parties intéressées, dans le but de prévenir un différend à naître ou de résoudre un différend déjà né. Ces modes privés sont principalement la négociation entre les parties au différend de même que la médiation ou l'arbitrage dans lesquels les parties font appel à l'assistance d'un tiers. Les parties peuvent aussi recourir à tout autre mode qui leur convient et qu'elles considèrent adéquat, qu'il emprunte ou non à ces modes. Les parties doivent considérer le recours aux modes privés de prévention et de règlement de leur différend avant de s'adresser aux tribunaux » (à ce sujet, v. *infra* n° 358) – La Ministre de la Justice, Madame Stéphanie VALLEE, énonçait en effet : « Par la réforme du Code de procédure civile, nous réalisons une avancée considérable en matière d'accès à la justice. Dans ce changement, nous souhaitons voir les Québécoises et les Québécois passer de la culture du procès à celle de l'entente. En effet, le nouveau Code de procédure civile privilégiera le recours aux modes de prévention et de règlement des différends (PRD), comme la médiation, la négociation, la conférence de règlement à l'amiable et l'arbitrage » (Québec, le 16 déc. 2015, lors de l'annonce de l'adoption par le Conseil des ministres du décret sur l'entrée en vigueur de la Loi instituant le nouveau Code de procédure civile, décret 1066-2015).

⁷⁵⁷ V. Disposition préliminaire du Code de procédure civile : « Le Code de procédure civile établit les principes de la justice civile et régit, avec le Code civil et en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne (chapitre C-12) et les principes généraux du droit, la procédure applicable aux modes privés de prévention et de règlement des différends lorsque celle-ci n'est pas autrement fixée par les parties, la procédure applicable devant les tribunaux de l'ordre judiciaire de même que la procédure d'exécution des jugements et de vente du bien d'autrui ». – Pour davantage de prévisions v. not. J.-F. ROBERGE, S. A.-L. HOUNTOHOTEGBE et E. GRAHOVIC, « L'article 1^{er} du Nouveau Code de procédure civile du Québec et l'obligation de considérer les modes de PRD : des recommandations pour réussir un changement de culture », *Rev. Juridique Thémis*, vol. 49, n° 2, 2015, p. 487-524.

⁷⁵⁸ Nouveau Code de procédure, C-25.01, Disposition préliminaire, al. 3.

Cette nouvelle conception de la justice canadienne amène à se questionner sur le changement de culture tant souhaité en France. Le cadre juridique pourrait ne plus être perçu comme un rigide instrument dirigeant la conduite des justiciables mais comme un guide, les incitant à trouver la meilleure solution à leur problématique. Dans le sillage des avancées canadiennes, le développement des règlements amiables se poursuit au sein de notre droit positif français. En effet, la sanctuarisation des principes directeurs tend à reconnaître un modèle processuel applicable également aux modes amiables.

B) Une unité consacrée

194. La consécration d'un fonds procédural commun aux différents modes de résolution des différends. La consécration de principes directeurs garantissant les libertés et droits fondamentaux des justiciables en tête des différents codes de procédure traduit l'émergence d'un « droit réflexif »⁷⁵⁹, un droit qui envisage l'entièreté de la procédure et qui enrichit la pure technique procédurale pour répondre à l'exigence d'une bonne justice. Il s'agit d'un droit de la procédure, et plus encore, d'un « droit du droit »⁷⁶⁰ qui implique de considérer la procédure de résolution d'un différend de manière globale.

195. Le déploiement des principes directeurs, synonyme d'une sanctuarisation de ces derniers, avait en effet pour objectif de régir l'ensemble des procédures inhérentes aux différentes matières, de simplifier l'organisation de la justice et de faciliter l'accès au droit. Parallèlement, et dans une tendance à la procéduralisation, l'insertion des règlements amiables dans les textes procéduraux a supposé l'application commune de ces standards procéduraux. L'émergence de principes communs, associée à l'institutionnalisation des règlements amiables, a dès lors permis la reconnaissance d'une structure inhérente à toute procédure, qu'elle soit amiable ou contentieuse. Il a ainsi été fait œuvre de structuration et de la modernisation au sein du droit processuel ; ce droit qui « a l'immense mérite de faciliter la reconnaissance d'un droit commun, latent, des procédures »⁷⁶¹. Depuis lors, il offre des garanties procédurales de bonne justice à tous les modes de résolution des différends.

⁷⁵⁹ Expression de Monsieur le professeur Gunther TEUBNER, *in* « Substantive and reflexive elements in modern law », *in Law and Society*, vol. 17, 1983, pp. 239-285, spéc. p. 239.

⁷⁶⁰ D. SALAS, « État et droit pénal. Le droit pénal entre "Thémis" et "Dikè" », *Droits* 1992, p. 84.

⁷⁶¹ W. BARANES, M.-A. FRISON-ROCHE et J.-H. ROBERT, « Pour le droit processuel », *D.* 1993, chron., p. 9-11, spéc. p. 9.

196. Un modèle universel. Cette corrélation entre la consécration d'un fonds procédural commun et l'insertion des modes amiables aux cotés des procédures contentieuses renforce le dogme de l'unité du droit processuel. Un seul modèle processuel innerve toute la justice ; si bien que l'on parle d'un modèle universel⁷⁶². Ce modèle universel composé de principes fondamentaux processuels applicables au sein de tout processus de résolution des différends démontre une idéologie unitaire dans l'offre de justice. Tout justiciable dispose de garanties inhérentes à son statut de citoyen. Il est dès lors protégé des dérives processuelles éventuelles, qu'il se soit engagé dans un processus amiable ou dans un processus juridictionnel. Ce droit à une justice juste et équitable met en exergue « l'évidente nécessité – de droit naturel ?⁷⁶³ – de soumettre le procès à un minimum de garanties, exprimées sous forme de principes fondamentaux »⁷⁶⁴. Ce panel de principes s'assimile ainsi à un *jus commune*.

197. L'admission d'un « jus commune ». La consécration des règlements amiables dans les textes démontre bien la reconnaissance, par le législateur français, d'une diversité des voies menant à la justice. Force est pourtant de constater que ces derniers ont été inscrits au sein même des codes de procédure de notre droit positif. Cette complémentarité des modes de résolution des différends, dès lors mise en exergue, permet d'affirmer que la gamme de mécanismes permettant de résoudre les problèmes juridiques s'est agrandie. Les modes amiables sont bien inclus dans la notion de justice. Alors qu'ils ont vocation à favoriser la paix sociale et à faire œuvre de justice, il est nécessaire de les soumettre aux mêmes idéaux que les procédures étatiques. En effet, « toutes les procédures, des plus prestigieuses aux plus obscures, sont en fusion, en ce sens qu'elles obéissent de plus en plus à des principes, à des standards qui les transcendent. Progressivement se crée un fonds commun procédural, essentiellement européen qui marque le retour à un “*jus commune*” »⁷⁶⁵. Il est évident que l'idée contemporaine d'un *jus commune* ne correspond pas à la représentation d'un droit commun romain et canonique, tel que les juristes du Moyen-Âge l'appréhendaient⁷⁶⁶. Pour autant, elle exprime pareillement le fait que les juristes de notre temps travaillent sur la base de textes et de notions

⁷⁶² À noter que le terme « universel » doit être entendu au sens d'une application non pas à l'ensemble des États, mais à l'ensemble des procédures ; Cf. W. BARANES, M.-A. FRISON-ROCHE et J.-H. ROBERT, « Pour le droit processuel », art. préc.

⁷⁶³ Ce point sera étudié en aval de l'étude. V. *infra* n°s 229 s., étude concernant le droit naturel.

⁷⁶⁴ S. GUINCHARD et a., *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, *op. cit.*, n° 798, p. 1446.

⁷⁶⁵ *Ibid.*, n° 19, p. 70.

⁷⁶⁶ V. not. J.-L. HALPERIN, « L'approche historique et la problématique du *jus commune* », *RIDC*, vol. 52, n° 4, oct.-déc. 2000, pp. 717-731.

juridiques semblables et qu'ils appliquent des méthodes, si ce n'est identiques, tout au moins apparentées⁷⁶⁷.

198. En ce sens, ce *jus commune* est inséré dans un pluralisme juridique au sein duquel les logiques de chaque procédure jouent un rôle essentiel. Comme précédemment évoqué, la reconnaissance de ce *jus commune* ne tend pas à l'anéantissement des particularismes. Au contraire, elle s'efforce d'en tenir compte et d'en assurer le respect. L'unité est ainsi à distinguer de l'uniformité ; qui se rapprocherait d'une conception moniste du droit sur laquelle les juristes contemporains ne peuvent plus se fonder. Cette idée d'un *jus commune* de la procédure permet dès lors d'associer chaque procédure à un système autonome de pensée, de vocabulaire et de règles. C'est bien l'esprit de chaque procédure qui permet de créer la multiplicité. Pour autant, cette multiplicité est appréciée par la complémentarité, au regard des techniques identiques qui peuvent être utilisées.

199. La modernité inhérente à cette idée d'un *jus commune* en droit processuel implique de reconsidérer la matière, de l'envisager de manière globale et d'apprécier les liens existants entre les divers modes de résolution des différends. Correspondant au développement d'un droit commun qui dépasse les idéologies de chacune des procédures, le *jus commune* s'apparente à une science juridique commune ; ce qui explique les exercices de comparaison, la prise en considération de l'histoire et l'analyse des éléments communs à tout mode de résolution d'un différend. En effet, à l'instar d'un droit comparé interne des procédures traditionnelles, la justice amiable a été mise en perspective. La question portant sur les dissemblances et les analogies entre la justice amiable et la justice étatique a déjà été appréciée. Il en est ressorti, d'une part, leurs particularités propres et, d'autre part, la mise en exergue de la diversité des offres de justice. L'approche historique permet généralement de faciliter la perception de ce qui est essentiel et de faire apparaître les éléments communs aux objets étudiés. Elle permet dès lors de réajuster ou de rejeter ce qui ne doit plus être ; à l'instar de l'arbitraire inhérent aux décisions juridiques de l'ancien régime⁷⁶⁸ ou présent dans les règlements amiables lorsque l'une des parties est en position de faiblesse. Ainsi, des principes essentiels communs et traditionnels – qualifiés de fondamentaux – ne peuvent être délaissés, et ce, quelle que soit la procédure engagée.

⁷⁶⁷ V. R. SCHULZE, « La renaissance de l'idée de *jus commune* », in M. DELMAS-MARTY, H. MUIR WATT et H. RUIZ FABRI (dir.), *Variations autour d'un droit commun*, Premières rencontres de l'UMR de droit comparé de Paris, Paris, Sorbonne, 28 et 29 mai 2001, *Société de législation comparée*, p. 181.

⁷⁶⁸ Cf. référence à l'évolution du régime de la procédure pénale : du régime inquisitoire à un régime mixte (résultant de l'association inquisitoire et accusatoire).

200. Ce *jus commune* contemporain considère l'unité de manière positive. Il n'envisage en aucun cas d'évincer la liberté des parties dans les règlements amiables, mais d'agir comme un soutien et de permettre la pleine expression de leurs volontés communes. C'est à ce titre que la bonne avancée de chaque procédure est subordonnée à un panel de principes contribuant à leur réussite. Les principes processuels fondamentaux apportent en effet une conception précise du résultat à atteindre et du cheminement entrepris par les parties au processus. Ils se perçoivent au cœur d'un « phénomène de foi » que Bruno OPPETIT reconnaissait déjà comme fondement du *jus commune*⁷⁶⁹. L'unité est alors envisagée par ces principes structurants qui transcendent les principes directeurs propres à chaque contentieux. Cette supériorité marquée de la référence procédurale est essentiellement accueillie en raison de la recherche du bien suprême⁷⁷⁰ et doit ainsi être démontrée.

C) Une unité démontrée

201. Objectif de la démonstration. La démonstration est l'action qui consiste à démontrer quelque chose. Il s'agit du raisonnement qui établit la vérité d'une proposition déductivement, c'est-à-dire en la rattachant par un lien nécessaire à d'autres propositions admises comme vraies.

Dans un esprit de logique, inhérent à toute science, l'unité du droit processuel peut être démontrée par le biais d'un raisonnement mathématique (1.). Il s'agira dès lors d'établir une vérité juridique par la déduction émise d'une démonstration mathématique. En outre, ainsi que l'énonce la définition même de l'exercice de démonstration, cette unité pourra être révélée au regard de l'existence d'un triptyque déjà bien établi (2.).

1. Démonstration par le biais d'un raisonnement mathématique

202. Intérêt du raisonnement mathématique. Si la démarche réflexive aboutissant à l'admission de ce modèle processuel commun applicable à l'ensemble des modes de règlement des différends est purement juridique, elle peut également être appréhendée par un raisonnement mathématique. En effet, la rigueur logique entre la science du droit et la science

⁷⁶⁹ B. OPPETIT, *Droit et modernité*, PUF, Coll. « Doctrine juridique », 1998, p. 75.

⁷⁷⁰ Puisqu'ainsi que le prônait ARISTOTE, « le bien, c'est la visée de tout », *Éthique à Nicomaque*, I, 1, 1094 a 1.

mathématique n'est-elle pas similaire ? Sauf à admettre que le droit serait davantage créatif, le syllogisme⁷⁷¹ se prête aux deux matières. Dès lors, la pensée mathématique peut nécessairement apporter ses avantages à l'étude des relations entre les différentes catégories juridiques recensées par le droit processuel.

203. Catégories juridiques et structures mathématiques. La mise en œuvre du droit passe nécessairement par des concepts bien précis qui rattachent des situations ou des règles spécifiques à des situations ou des règles plus larges⁷⁷². Le cas particulier se réfère à un modèle général et lui emprunte dès lors son idéologie et ses caractéristiques. Les juristes sont ainsi conduits à établir des catégories juridiques, c'est-à-dire « des ensembles de droits, de choses, de personnes, de faits ou d'actes ayant entre eux des traits communs caractéristiques et obéissant à un régime commun »⁷⁷³. Ainsi, les catégories juridiques sont des ensembles structurés. Or, qu'est-ce qu'un ensemble ? Un ensemble est une collection d'éléments qui ne comporte ni organisation, ni structure. Ce n'est que lorsqu'il apparaît nécessaire de structurer et d'organiser ledit ensemble que des contraintes doivent être nécessairement considérées. L'ensemble devra alors être muni d'une ou plusieurs lois. C'est alors que l'on peut parler de structures algébriques en sciences mathématiques et de catégories juridiques en sciences juridiques. Chaque processus permettant de résoudre un différend fait apparaître des caractéristiques propres et représente ainsi une catégorie juridique ; elle-même insérée dans la catégorie juridique plus vaste des modes de règlement des différends, qui est régie par le droit processuel.

204. D'un point de vue mathématique, plus les lois associées à un ensemble auront de propriétés remarquables, plus la structure sera solide. Dans la continuité de la présente étude juridique de la structure processuelle, ce constat permet d'affirmer que tout mode de règlement des différends sera davantage favorisé si sa conduite est précisée. La structuration n'est pas synonyme de réduction et de limites mais d'ouverture et de considération. Néanmoins, la difficulté réside dans les relations existantes entre ces différentes catégories instituées au sein de l'ordre juridique français. Plus précisément, l'interrogation porte sur le domaine soumis au droit processuel. Si la complémentarité entre les différents modes de règlement des différends

⁷⁷¹ Ce raisonnement déductif rigoureux ne tend qu'à la certification qu'une chose est ou n'est pas et réduit ainsi toute impression à l'affirmation de l'alternative.

⁷⁷² V. J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5^e éd., Dalloz, Coll. « Méthode du droit », 2012, p. 207.

⁷⁷³ *Ibid.*, p. 226.

a été admise précédemment, *quid* des relations qu'ils entretiennent ? Comment s'articulent-ils ? Et notamment, comment admettre qu'ils puissent fusionner au sein de la sphère processuelle ?

La théorie des catégories – branche des mathématiques qui étudie les structures et les relations qu'elles entretiennent – présente certaines applications liant plusieurs ensembles qui méritent d'être appréhendées ici, telles que l'homomorphisme.

205. Définition de l'homomorphisme. L'homomorphisme⁷⁷⁴ est issu du grec *homoios* qui signifie semblable et *morphè* qui signifie forme. L'homomorphisme s'assimile dès lors à une « application d'un ensemble dans un autre qui conserve la “forme”, c'est-à-dire [une] application compatible avec les structures »⁷⁷⁵. Il s'agit de l'application passant d'un ensemble à un autre tout en laissant intactes les propriétés respectives de chacun des ensembles. Chaque ensemble dispose d'une loi de composition interne et à chacun de ces groupes sera ajoutée une application, c'est-à-dire une sorte de loi de composition externe, de l'un des ensembles vers l'autre.

206. Illustration mathématique. Considérons un groupe G muni d'une loi $*$ ($G, *$) et un groupe H muni d'une loi \cup (H, \cup). f est l'application de l'ensemble G vers l'ensemble H , soit $f : (G, *) \rightarrow (H, \cup)$. Par définition, cette application est un homomorphisme entre le groupe G et H si $f(x * y) = f(x) \cup f(y)$; x et y étant des éléments de l'ensemble G . Ce qui signifie que l'application est un homomorphisme dès lors que l'image de l'opération de départ est la même que celle de l'opération de l'espace d'arrivée, par le biais de l'image de chaque élément⁷⁷⁶.

Une propriété de l'homomorphisme permet de considérer que pour tout élément de G , l'application de f le fait correspondre à un élément de H , soit $f(e_G) = e_H$. Comme vu précédemment, la compatibilité entre l'opération de départ et l'opération d'arrivée exprime un homomorphisme ; puisque l'image de l'élément de G , c'est l'élément de H .

Précisons cette illustration afin de lier ce concept mathématique à la théorie juridique qui doit être exposée.

207. Application juridique. Au sein d'un groupe G , nous retrouvons plusieurs éléments : x et y . Associons l'élément x aux modes étatiques de règlement des litiges et

⁷⁷⁴ Le terme couramment utilisé aujourd'hui est « morphisme », qui n'est autre qu'une dérive du vocabulaire des catégories.

⁷⁷⁵ CNRTL, d'apr. *Encyclop. Sc. Techn.* t. 6, 1971, t. 676.

⁷⁷⁶ Il y a alors compatibilité des opérations du fait que l'image d'un produit d'éléments de G est le produit des images de ces éléments.

l'élément y aux règlements amiables des différends. L'ensemble G réunit dès lors les différentes offres de justice, soit les différents mécanismes de règlement des différends que compte notre droit positif. Chaque élément de G dispose ainsi d'une logique inhérente à son processus et de ses propres lois de compositions internes, à l'instar des ensembles mathématiques.

La fonction f doit, quant à elle, être appréhendée comme la prise en considération des principes directeurs processuels. Ainsi, l'action s'apprécie par l'application des principes directeurs à l'ensemble G . Dès lors que l'application f permet la transition de G à H , tout en conservant les règles de calcul de chacun des sous-ensembles x et y , il s'agit d'un homomorphisme. La fonction f associe les différents éléments de G à un nouvel ensemble H . Or, si G est le groupe représentant les différents modes de résolution des différends, H n'est autre que l'ensemble regroupant ces différentes offres de justice dotées des garanties processuelles fondamentales. Ainsi H est le nouveau droit processuel. En effet, l'application de f – soit l'application des principes directeurs processuels – à tout élément de G équivaut à cet élément au sein de l'ensemble H : $f(y_G) = y_H$. Cette formule mathématique permet dès lors d'affirmer que tout mode amiable régi par les garanties processuelles de bonne justice est un élément du droit processuel. On parle alors d'un homomorphisme juridique.

208. Affirmation d'un homomorphisme juridique. La fonction f apparaît comme un homomorphisme du fait que $f(x * y) = f(x) \cup f(y)$. $f(x)$ correspond à l'ensemble des règlements contentieux considéré avec leur loi de composition interne – c'est-à-dire leurs règles de procédure propres – conduit par f , les principes processuels fondamentaux. $f(y)$ correspond à l'ensemble des règlements amiables considérés avec leur loi de composition interne – c'est-à-dire leur idéologie amiable – conduit également par les principes processuels inhérents à la bonne justice⁷⁷⁷.

209. Ce parallèle tend ainsi à admettre que les divers modes de règlement des différends sont unifiés au sein du droit processuel, et ce, par l'application des principes fondamentaux processuels. En effet, la fonction f tend à la considération de l'unité et à la modélisation d'un droit processuel homogénéisé par le biais de principes fondamentaux applicables tant aux modes étatiques qu'aux modes amiables.

⁷⁷⁷ V. Annexe 5.

2. Démonstration par la reconnaissance d'un triptyque processuel

210. Trois principes communs à toutes les procédures, en réponse aux besoins modernes des justiciables. Dès 1999, Monsieur le professeur Serge GUINCHARD évoque la nécessaire recherche d'un « dénominateur commun à tous les contentieux » et reconnaît que trois principes structurent le droit du procès : la loyauté, le dialogue et la célérité⁷⁷⁸. Cette trilogie se présente dès lors comme la synthèse de tous les principes directeurs retenus dans le déroulement de chaque procédure. Elle peut également être analysée comme la reconstitution des besoins modernes des justiciables, à savoir « un besoin de confiance dans l'institution Justice et de respect de l'Autre, d'où le principe (structurant) de loyauté [...] un besoin d'écoute de l'Autre, qu'il s'agisse des parties ou du juge, voire de tiers, d'où un principe (structurant) de dialogue [...] un besoin de proximité, mais pas forcément dans l'espace, le temps mis à parcourir une distance se substituant à la proximité géographique, d'où un principe, lui aussi structurant, de célérité, de proximité temporelle »⁷⁷⁹. L'appréhension de ce triptyque serait dès lors la solution pour traduire et faire émerger une justice de meilleure qualité.

Perceptibles au sein de toutes les procédures contentieuses que compte notre système juridique, ces trois principes directeurs se retrouvent également en matière d'arbitrage. En effet, le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 a introduit au sein de l'article 1464 alinéa 3 du Code de procédure civile les principes selon lesquels « les parties et les arbitres agissent avec célérité et loyauté dans la conduite de la procédure »⁷⁸⁰. Quant au principe de dialogue, il est contenu dans le respect de la contradiction, lequel est précisé dans le deuxième alinéa de l'article 1464 du même code. Si les trois principes évoqués trouvent un terrain propice à leur reconnaissance tant dans le droit de l'arbitrage que dans les procédures contentieuses, *quid* au sein des règlements amiables des différends ?

⁷⁷⁸ S. GUINCHARD, « Les métamorphoses de la procédure à l'aube du troisième millénaire », in Université Panthéon-Assas (Paris II), *Clés pour le siècle. Droit et science politique, information et communication, sciences économiques et de gestion*, Dalloz, 2000, n°s 1286 et s., pp 1183 et s. ; v. égal. S. GUINCHARD et a., *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, op. cit., n°s 748 s., pp. 1369 s.

⁷⁷⁹ *Ibid.*

⁷⁸⁰ Décr. n° 2011-48 du 13 janv. 2011 portant réforme de l'arbitrage, JORF n° 0011 du 14 janv. 2011, texte n° 9, art. 2. – Y. DERAIS, « Les nouveaux principes en droit de l'arbitrage : confidentialité, célérité, loyauté », in T. CLAY (dir.), *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, Lextenso éd., 2011, p. 91 ; v. égal. J. ORTSCHIEDT, « Illustrations du principe de loyauté procédurale dans la conduite de l'instance », in *Justice et cassation, Rev. des avocats aux Conseils*, 2014, 85. L'obligation de loyauté se perçoit en effet dans tout le droit de l'arbitrage. À ce titre, v. Cass., Civ. 1^{re}, 28 mai 2008, n° 07-13.266, *Bull.* 2008, I, n° 153, qui a étendu l'obligation de concentration des moyens dès la première instance (obligation énoncée dans la jurisprudence *Cesareo* du 7 juill. 2006, préc.) aux demandes en matière d'arbitrage. De même, le deuxième alinéa de l'art. 1456 CPC précise l'obligation de loyauté qui incombe à l'arbitre relativement à l'appréciation de son indépendance et de son impartialité.

211. Confiance et respect de l'Autre dans les règlements amiables. La question de la *confiance* et du *respect de l'Autre* est l'âme de la justice amiable. En effet, dès l'instant où les parties s'engagent dans un processus amiable leur objectif est de sceller une alliance par le biais d'un accord négocié ensemble. Ainsi, comment devenir alliés sans confiance et sans respect de l'Autre ? Les origines contractuelles des règlements amiables tendent à envisager attentivement le respect du principe de bonne foi par les participants au processus. Or, comme précédemment évoqué, le contrat n'est que l'aboutissement d'un long processus de négociation afin de résoudre un différend entre deux ou plusieurs personnes. Dès lors, le processus amiable se déleste de sa nature contractuelle pour revêtir une forme davantage procédurale. Les principes directeurs qui s'y rattachent s'adaptent ainsi à ce changement de nature. Envisagé d'un point de vue processuel, ce principe de bonne foi n'est autre que le principe de loyauté. Cette transposition démontre ainsi toute l'importance de ce principe directeur fondamental. Ce principe, faisant l'objet de controverse en matière contentieuse⁷⁸¹, s'exprime avec vigueur au sein des règlements amiables. En effet, le respect du principe de loyauté est essentiel pour la réussite des modes amiables. Il y trouve une assise stable et évidente⁷⁸².

212. Proximité temporelle dans les règlements amiables. S'il est un principe dont la réalisation est attendue plus que tout autre par les justiciables, c'est bien le principe de *célérité*. En effet, dans une société où le temps représente de l'argent⁷⁸³, l'heure n'est plus à la lente réflexion mais à l'appréciation juste et rapide d'un conflit. Or, l'attente peut être relativement longue entre la prise de décision des parties de saisir la justice et la réponse qui leur sera donnée. L'âme procédurière de la société moderne n'a fait que fortifier la problématique par un encombrement des tribunaux toujours plus constaté. En 2000⁷⁸⁴, la France a notamment été condamnée 42 fois par la Cour européenne des droits de l'homme pour non-respect du délai raisonnable. Trois ans de suite, entre 2002 et 2004, la France a figuré parmi les trois pays les plus condamnés⁷⁸⁵. C'est à ce titre que les modes amiables ont ainsi investi le devant de la scène juridique. Le facteur temps est en effet présenté comme l'un des avantages majeurs de la justice amiable⁷⁸⁶. La proximité temporelle est déterminante dans les processus amiables et doit être

⁷⁸¹ Contestation par une partie de la doctrine. V. *infra* n° 606.

⁷⁸² V. *infra* n°s 606 s.

⁷⁸³ « Time is money! ». Cette expression de Benjamin FRANKLIN (*in Advice to a Young Tradesman*, 1748, « Remember that time is money ») signifie qu'il n'y pas de temps à perdre, que le fait d'utiliser le temps à bon escient permet de gagner de l'argent ; d'où l'importance d'une justice rapide.

⁷⁸⁴ Soit l'heure à laquelle Monsieur le professeur Serge GUINCHARD s'interroge sur ces trois principes directeurs communs à toutes les procédures.

⁷⁸⁵ Sondage Sofres, 2004 ; v. not. D. SALAS et A. CARSTOIU, *La justice*, Le Cavalier Bleu, coll. « Idées reçues », 2008, p. 12.

⁷⁸⁶ Il sera question d'y revenir précisément : v. *infra* n°s 461 s.

nécessairement règlementée pour en assurer le bon déroulement et l'efficacité. Ainsi, il existe un temps ordonné au service de la médiation (ou de la conciliation) qui s'impose aux parties et au médiateur (ou au conciliateur) afin de les contraindre à travailler dans une période limitée. L'article 131-3 du Code de procédure civile énonce en effet que « la durée initiale de la médiation ne peut excéder trois mois », cette mission étant renouvelable une fois à la demande du médiateur⁷⁸⁷ (ou du conciliateur⁷⁸⁸). Dans le protocole amiable, il est alors régulièrement convenu un calendrier limité dans le temps par une certaine durée fixée, qui permet d'organiser la mise en œuvre du processus. Le temps apparaît alors comme le « moteur de la dynamique de résolution du conflit »⁷⁸⁹. À cet égard, les réformes du cadre normatif ainsi que les pratiques administratives et judiciaires ont été orientées en vue de « respecter des délais judiciaires optimum et prévisibles »⁷⁹⁰ et le constat est plus que positif. En effet, les violations au titre du délai raisonnable ont nettement décru à partir de l'année 2007, pour ne compter qu'une seule condamnation entre 2012 et 2016⁷⁹¹.

213. Écoute et dialogue dans les règlements amiables. Est-il réellement nécessaire d'explicitier l'importance du dialogue au sein des règlements amiables des différends ? Le dialogue est plus qu'un principe directeur, il est l'image du mode amiable. Le mode amiable est appréhendé par la liberté de paroles entre les parties, et sa réussite n'est que la conséquence de la communication. Sans dialogue, pas de résolution à l'amiable.

214. Vers un concept processuel commun. Les trois principes directeurs présentés par le Monsieur le professeur GUINCHARD comme les fondements des différentes procédures contentieuses trouvent résonance explicite au cœur des règlements amiables. Ces différents principes transcendent dès lors les idéologies propres à chaque contentieux, à chaque matière, et à chaque mode de résolution d'un différend. D'une trilogie qui se déploie par une pluralité de principes directeurs de procédure, se perçoit un concept processuel unitaire. L'étude rejoint dès lors le constat d'un dénominateur commun entre les différents modes de résolution des différends au sein de notre système juridique.

⁷⁸⁷ V. aussi L. n° 95-125 du 8 févr. 1995, préc., art. 22-3.

⁷⁸⁸ CPC, art. 129-2.

⁷⁸⁹ J.-C. BEAUJOUR, « Le temps dans le processus de médiation », *Gaz. Pal.*, 18 juill. 2017, n° 27, p. 21.

⁷⁹⁰ CEPEJ(2018)26, p. 6.

⁷⁹¹ *Ibid.*, v. Annexe I actualisée 2012-2016 relatif aux violations au titre du « délai de procédure » (art. 6, § 1) par pays (rapp. annuels 2012 à 2016, Greffe de la CEDH, Strasbourg) et Annexe 1 bis relatif aux violations au titre du « délai de procédure » (art. 6, §1) par pays (rapp. annuels 2007 à 2010, Greffe de la CEDH, Strasbourg).

Si cette trilogie en serait l'image ou le résumé, ce « dénominateur commun », ce « droit processuel horizontal » qui gouverne les différents « droits processuels verticaux » n'est autre que le droit au procès équitable.

Section 2 : Le modèle du procès équitable et son applicabilité au sein des règlements amiables

215. Étude du modèle du procès équitable. L'attraction de la procédure par les droits fondamentaux a été favorisée par la création d'un modèle qui rassemble toutes les composantes d'une bonne justice : le modèle du procès équitable. Cette expression, d'une apparence si simple, mais dont l'éloquence est sans pareille, a investi le droit processuel et a ainsi bouleversé la vision du procès telle qu'elle était envisagée jusqu'alors. L'essence de ce modèle doit être appréciée (§1) avant d'étudier son applicabilité au sein des règlements amiables (§2).

Paragraphe 1 : L'essence du modèle universel du procès équitable

216. Le modèle du procès équitable : équité et manifestation du droit naturel. Dans la continuité du phénomène d'internationalisation du droit⁷⁹², le droit processuel se mondialise, et ce, par le biais de la consécration du modèle du procès équitable en son sein. Construit sur les exigences européennes de procédure, ce modèle met en exergue la notion d'« équité ». Il convient alors de rechercher le sens exact de l'équité pour mieux approcher l'équitable (A). Par cette étude, il sera alors rendu compte du lien entre l'équité processuelle et le droit naturel à une procédure de résolution des différends équitable. Dès lors, ce modèle, regroupant les garanties processuelles fondamentales, apparaîtra comme une manifestation du droit naturel (B).

A) L'équité au cœur du modèle universel du procès équitable

217. Détermination incertaine de la notion. La référence à l'équité apparaît au centre des préoccupations du droit processuel. Invoquée pour justifier le concept du procès équitable,

⁷⁹² V. *supra* nos 83 s.

la notion d'équité doit nécessairement être appréciée. Pour autant, cette appréciation de la notion d'équité n'est pas sans difficultés.

L'équité appartient à la catégorie des notions pour lesquelles une approche seulement définitionnelle se révèle délicate, voire impossible⁷⁹³. En ce sens, un arrêt de la Cour d'appel de Paris, en date du 29 juin 1965, affirmait que l'équité pouvait apparaître comme une « notion difficile à définir sur un plan général »⁷⁹⁴. Cette difficulté de détermination se révèle génératrice d'incertitudes et entre dès lors en contradiction avec les impératifs de prévisibilité inhérents à la matière juridique. Elle se perçoit notamment au regard de la diversité des définitions.

218. Diversité des définitions. La complexité de la notion est observable au regard de la multitude de sens donnés à l'équité par les auteurs. Cette diversité des définitions est tout d'abord observable dans le dictionnaire historique de la langue française⁷⁹⁵, qui présente une dualité de sens. L'équité y est définie comme « la vertu qui consiste à régler sa conduite sur le sentiment naturel du juste et de l'injustice », mais également comme une conception opposée au droit positif et à la loi.

Au-delà de nos frontières, le constat est similaire. Le dictionnaire anglais Collins⁷⁹⁶ appréhende tout d'abord l'équité comme la qualité d'être loyal et raisonnable d'une manière qui donne à chacun un traitement égal⁷⁹⁷. Cependant, il voit aussi dans l'équité un principe qui permettra un jugement loyal dans un cas où les lois existantes n'apportent pas de réponse satisfaisante au problème⁷⁹⁸.

La diversité des sens donnés à l'équité est d'autant plus visible dans les dictionnaires spécialisés. Pas moins de trois définitions sont présentées dans le *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*⁷⁹⁹ et six sont énoncées dans le dictionnaire de référence *Vocabulaire*

⁷⁹³ C. ALBIGES, « Équité », *Rép. Civ.*, oct. 2017 – Selon l'expression d'Henri DE PAGE « à moins de se piper des mirages de la métaphysique, l'équité est indéfinissable » in *À propos du gouvernement des juges. L'équité en face du droit*, 1931, Sirey-Bruylant, p. 161. – Sur cette difficulté, v. aussi D. GUTMANN, « Le juge et l'équité. Enjeux philosophiques », *Rev. hist. justice* 11/1998, p. 145.

⁷⁹⁴ CA Paris, 29 juin 1965, *JCP* 1965. II. 14296.

⁷⁹⁵ A. REY (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Paris, 10^e éd., Le Robert, 2016, v^o « équité ».

⁷⁹⁶ *Collins English language dictionary*, v^o « equity ».

⁷⁹⁷ « Equity is the quality of being fair and reasonable in a way that gives equal treatment to everyone ». (<https://www.collinsdictionary.com/dictionary/english/equity>).

⁷⁹⁸ « A system of using principles of natural justice and fair conduct to reach a judgement when common law is inadequate or inappropriate » (*Collins English Dictionary – Edition spéciale*, Le Robert & Collins, 2022, v^o « equity », p. 258). – « Equity » in American English: « resort to general principles of fairness and justice whenever existing law is inadequate » ; « Equity » in British English: « a system of jurisprudence founded on principles of natural justice and fair conduct. It supplements the common law and mitigates its inflexibility, as by providing a remedy where none exists at law » (<https://www.collinsdictionary.com/dictionary/english/equity>).

⁷⁹⁹ L. LALANDE, *op. cit.*, v^o « équité ».

juridique du Doyen CORNU⁸⁰⁰. Ce dernier, qui dénombrait cinq sens de l'équité dans son édition de 1994, a vu sa lettre précisée. Dans l'édition de 1994, les quatre derniers sens exprimés pouvaient « être regroupés sous l'idée commune d'atténuation de la règle de droit par des considérations particulières, de dépassement du droit pour tendre à la justice, justice supérieure au droit positif »⁸⁰¹. Cette vision ancienne a d'ailleurs été reprise dans les éditions ultérieures. Quant à l'évolution constatée, elle est observable au regard de l'autre sens donné à l'équité, à savoir : l'égalité. Cette assimilation de la notion à l'égalité trouve également place première au sein de la nouvelle édition. Pour autant, une précision y est apportée. L'équité serait appréciée par un rétablissement de l'égalité « en traitant inégalement les choses inégales »⁸⁰². Il ne s'agit dès lors plus d'envisager l'équité comme une égalité pure et simple, mais comme une égalité précisée et modernisée.

219. Au regard de cette pluralité de sens attribués et des évolutions notionnelles évoquées, il apparaît délicat de considérer l'équité par une définition précise et unanime⁸⁰³. Or, malgré cette nébuleuse entourant la notion d'équité, certaines constantes peuvent être relevées. En effet, le premier rapprochement se perçoit dans l'emprunt fréquent au latin *aequus*⁸⁰⁴ qui permet d'envisager l'équité comme une notion garantissant « l'esprit de justice, l'égalité, la juste proportion »⁸⁰⁵. Le second rapprochement réside dans la prise en considération des circonstances particulières d'un cas d'espèce. Il en ressort une « justice du cas particulier »⁸⁰⁶ qui s'intéresse précisément à l'individu et non plus seulement à l'intérêt général de la société⁸⁰⁷. Cette conception contribue à l'appréciation de tous les éléments factuels de l'espèce, et ce, en observant l'attitude et la situation des parties au différend. L'équité présente dès lors un caractère nécessairement subjectif, au contraire de l'égalité qui traite une situation de manière

⁸⁰⁰ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, v° « équité ». Il est également important de relever que la tendance n'est pas à la simplification. En effet, le Vocabulaire Capitaine dégageait cinq sens de l'équité dans son édition de 1994, alors qu'il en compte désormais six.

⁸⁰¹ S. GUINCHARD et a., *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable, op. cit.*, p. 566.

⁸⁰² G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, v° « Équité », sens 2.

⁸⁰³ Il est admis que « l'équité s'avère être entourée de « mystères, d'incertitudes et d'embarras » (M.-S. ZAKI, « Définir l'équité », *Archives Phil. dr.*, t. 35, 1990, p. 87).

⁸⁰⁴ Pourtant, la notion d'équité, qui provient de la philosophie grecque, est à l'origine désignée par le terme « *epikeia* » qui sauvegarde les valeurs supérieures de la loi naturelle face aux imperfections de la loi positive ; v. Ch. JARROSSON et F.-X. TESTU, « Équité », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, Coll. « Quadrige », 2003, p. 635.

⁸⁰⁵ CNRTL, v. étymologie de l'équité ; v. égal. ERNOUT et MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine, Histoire des mots*, Paris, Ed. Klincksieck, 1985, p. 11, qui en présente un sens physique : « uni, plane dans le sens horizontal » doublé d'un sens moral : « égal, ne penchant d'aucun côté et, par suite, juste, impartial ».

⁸⁰⁶ G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, v° « équité ».

⁸⁰⁷ Cette appréciation de la notion d'équité renvoie à la vision de Paul RICŒUR, selon laquelle l'équité marque le passage du général au particulier, v. not. « Le Juste selon Paul Ricœur » in L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès, op. cit.*, n°s 27 s., pp. 72 et s.

purement objective. C'est en ce sens que l'équité est régulièrement entendue comme le sentiment individuel de justice et peut apparaître extérieure au droit⁸⁰⁸. Se pose alors inévitablement la question de la place de l'équité dans notre système. Toute l'ambiguïté dans l'appréciation du concept en lui-même tend dès lors à s'intéresser aux fonctions de l'équité plutôt qu'à la recherche – nécessairement vaine⁸⁰⁹ – d'une définition qui fasse œuvre d'unanimité. Aussi faut-il s'intéresser au rapport entre l'équité et le droit.

220. Les relations entre l'équité et le droit. L'équité occupe une place centrale parmi les questions fondamentales relatives au droit. Quel lien peut-il être observé entre ces deux concepts ? L'équité s'oppose-t-elle au droit positif ? Le prolonge-t-elle ? L'améliore-t-elle ? Ou encore, le corrige-t-elle ?

Deux conceptions de l'équité ont été mise en lumière ; avant que l'une soit davantage prise en considération. D'après une première inspiration dite *subjective*⁸¹⁰, le rapport entre l'équité et le droit serait antagonique. Que ce soit dans la crainte d'un retour au « gouvernement des juges »⁸¹¹ ou dans une volonté de garantir le respect des droits fondamentaux des justiciables⁸¹², cette conception de l'équité reste considérée avec défaveur. L'équité a dès lors été appréciée par le biais d'une inspiration *objective*, selon laquelle elle serait « un moyen légitime de compléter les règles juridiques, ou de corriger l'application particulière de la règle »⁸¹³. En ce sens, l'équité doit être perçue comme un instrument destiné à faire la meilleure application possible des règles du droit positif afin d'assurer l'égalité de chacun, et ce, en vertu de l'idée fondamentale d'équilibre.

⁸⁰⁸ HOMERE percevait déjà un écart entre la justice et la conscience et considérait que la perception du droit pouvait prendre un aspect psychologique au regard du sentiment de la justice, qui correspond à une définition classique de l'équité.

⁸⁰⁹ « Le problème de l'équité dans le droit est à la fois trop profond et trop complexe pour qu'il ne soit concevable de réaliser jamais l'unanimité sur tous les points qu'il implique » (L. GRAULICH, « À propos du gouvernement des juges », *RTD civ.*, 1932, p. 84).

⁸¹⁰ Selon l'inspiration subjective, l'équité est assimilée à « ce que le for intérieur considère, dans un cas particulier, comme conforme à la justice, sans égard pour le droit strict » (C. JARROSSON et F.-X. TESTU, v° « Équité », in D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique, op. cit.*, p. 635). La consécration de cette première approche reviendrait ainsi à accorder au juge le pouvoir de dire le droit selon sa propre conscience ; sans que la décision définitive ne puisse donner lieu à vérification juridique ou à une certaine prévisibilité de la solution.

⁸¹¹ Selon la célèbre formule du professeur Édouard LAMBERT, apparue pour la première fois dans son ouvrage *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale des États-Unis* (1921), et qui désigne le fait pour les juges de privilégier leur interprétation personnelle au détriment de la lettre de la loi.

⁸¹² Notamment le principe de sécurité juridique.

⁸¹³ C. JARROSSON et F.-X. TESTU, v° « Équité », in *op. cit.*, p. 635. Les auteurs précisent d'une part que l'équité pourrait apporter un complément au droit positif en inspirant l'auteur de la prise de décision par un ensemble de règles nouvelles, restant conformes à l'esprit de justice. Mais d'autre part, ils la présentent comme une « justice exercée, non pas selon la rigueur de la loi, mais avec une modération et un adoucissement raisonnable ».

221. Par la prise en considération des attraits de la notion, ARISTOTE⁸¹⁴ admettait déjà que « la nature de l'équité, c'est précisément de redresser la loi là où elle se trompe, à cause de la formule générale qu'elle doit prendre »⁸¹⁵. Cette tendance à faire œuvre de justice par une voie axée sur la considération de l'individu se rapproche dès lors de l'engouement porté aux règlements amiables des différends, lesquels délaissent la réglementation au profit d'une souplesse dans la prise de décision. En ce sens, le philosophe est allé plus loin encore en attribuant à l'équité la mission de favoriser la médiation au procès, l'entente au jugement⁸¹⁶. L'équité apparaît alors comme un mode de justice humaine, plus proche des citoyens. Elle parvient à adapter l'application du droit positif aux besoins des justiciables et à assouplir la rigueur qui le caractérise.

À l'instar de cette philosophie qui place l'équité au sommet de la justice⁸¹⁷, se pose nécessairement la question suivante : cette domination de l'équité dans les modalités d'application du droit ne démontre-t-elle pas une tendance du droit à absorber l'équité, et ce, afin de se rapprocher au plus près du « juste » ? L'équité visée par le modèle du procès équitable doit être entendue comme une équité processuelle, et non comme une équité substantielle. Dès lors, l'absorption est à relativiser ; elle n'est pas totale. L'équité reste en partie extérieure au droit et constitue davantage « un trait d'union entre lui et des valeurs méta-juridiques, morales ou supérieures, qui toutes se réfèrent à l'idée de justice »⁸¹⁸. L'équité, en vertu de ses qualités de bienveillance et d'humanité, irrigue le droit et investit la diversité des modes de résolution des différends.

222. Néanmoins, dans une logique déductive, cette prise en compte de l'équité par le droit ne serait-elle pas une marque de son « autosepticisme » ? L'équité permet d'évacuer la rigueur du droit pour tendre vers une solution envisageant les intérêts personnels des individus

⁸¹⁴ Que l'on peut tenir pour le véritable inventeur de l'équité au sens où on l'entend aujourd'hui. La notion apparaît au centre des préoccupations d'ARISTOTE, dans *L'éthique à Nicomaque* et dans *La rhétorique*.

⁸¹⁵ ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, 1992, LGF, p. 231. Cette approche fut ultérieurement reprise par SAINT THOMAS D'AQUIN qui affirmait que le rôle de l'équité était de repousser la lettre de la loi si son observation devenait contraire à la justice (*Somme théologique*, IIa, IIae, q. 120, art. 1^{er}).

⁸¹⁶ Dans *La rhétorique*, ARISTOTE écrit en effet « l'équité, c'est avoir de la compréhension pour ce que sont les hommes ; c'est regarder moins à la loi qu'au législateur, moins à la lettre de la loi qu'à l'esprit du législateur, moins l'action que l'intention, moins la partie que le tout, moins à l'individu actuel qu'à ce qu'il a été toujours et le plus souvent. C'est aussi se rappeler le bien plutôt que le mal qui nous a été fait et le bien qui nous a été fait plutôt que celui que nous avons fait. C'est aussi savoir supporter l'injustice. C'est préférer qu'un différend soit résolu par la parole plutôt que par un acte. C'est préférer s'en remettre à la médiation plutôt qu'au procès car le médiateur voit l'équité tandis que le juge voit la loi et d'ailleurs la médiation a été inventée pour donner sa force à l'équité ».

⁸¹⁷ « Dans la philosophie d'Aristote, l'équité (*epieikeia*) couronne l'édifice de la justice ; elle en est la pointe extrême, ou l'épicentre, selon la géométrie que l'on retient » (L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, op. cit., 2^e éd., 2013, n° 51, p. 217).

⁸¹⁸ C. JARROSSON et F.-X. TESTU, v° « Équité », préc., p. 638.

auxquels elle s'applique. Dès lors, le droit reconnaît qu'il ne peut appréhender toutes les situations, certaines relevant d'une plus large prise en considération morale. C'est en observant attentivement le processus amiable que peut se poser la question de l'essence même de l'équité. Dans un tel processus, quel est l'objectif ultime ? Que les parties se voient offrir des pouvoirs identiques pour résoudre leur différend ou bien que des garanties soient instituées afin que les parties, qui ne sont pas nécessairement égales, soient placées sur un même pied d'égalité lors de la tentative de résolution de leur différend ? Finalement, cela revient à s'interroger sur le fait de savoir si l'équité s'apparente à l'égalité pure, comme pourrait le laisser penser certains auteurs⁸¹⁹, ou, au contraire, au rétablissement d'un rapport égal entre des personnes inégales. La réponse est donnée clairement dans le *Vocabulaire juridique* de l'Association Henri Capitant⁸²⁰. Pourtant, l'équité a été régulièrement confondue avec la notion d'égalité, et ce, notamment au regard de l'assimilation entre les exigences européennes de l'égalité des armes et du procès équitable. Si l'expression « égalité des armes » ne figure pas dans la Convention européenne, « la Cour européenne l'emploie pour exprimer à la fois l'exigence d'équité, d'indépendance et d'impartialité, mais aussi comme une composante autonome du procès équitable »⁸²¹. Dans le sens de la confusion, des auteurs avait établi que l'exigence du procès équitable s'observait par la possibilité donnée à chacune des parties de soutenir sa cause dans des conditions qui ne la désavantagent pas substantiellement par rapport à la partie adverse⁸²². Or, cette définition est en réalité celle du principe de l'égalité des armes⁸²³, qui est uniquement « l'un des éléments de la notion plus large de procès équitable »⁸²⁴. L'équité doit ainsi être appréhendée plus largement. Son étude dépasse une égalité arithmétique pour aboutir à une proportion harmonieuse entre des éléments opposés. Ainsi l'équité rejoint l'idée d'équilibre.

⁸¹⁹ P. GUTIERREZ, *Défense juridique et philosophique de l'équité. Essai sur la notion d'équité pour le progrès du droit international*, thèse, Toulouse, 1972, p. 193.

⁸²⁰ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., v° « Équité ».

⁸²¹ J.-P. DINTILHAC, « L'égalité des armes dans les enceintes judiciaires », Rapp. annuel 2003, pp. 129 s., disponible sur le site de la Cour de cassation ; aussi l'auteur relève-t-il que « la distinction entre l'égalité des armes et les principes dont le respect conditionne le procès équitable n'est pas toujours aisée, qu'il s'agisse de la jurisprudence de la Cour européenne ou de celle de la Cour de cassation ».

⁸²² J.-C. SOYER et M. DE SALVIA, « Article 6 », in *La Convention européenne des droits de l'Homme, commentaire article par article*, dir. L.-E. PETTITI, E. DECAUX et P.-H. IMBERT, Economica, 1999, pp. 239 et s., spéc. p. 265, citant à l'appui une décision de la Commission du 15 juill. 1986.

⁸²³ V. par ex. CEDH, 24 févr. 1997, *De Haes et Gijssels c. Belgique*, req. n° 19983/92, § 53 ; CEDH, 22 juin 2000, *Coëme et autres c. Belgique*, req. n°s 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 et 33210/96, § 102. – Pour une étude précise du principe, v. *infra* n°s 530 s.

⁸²⁴ CEDH, 24 févr. 1997, *De Haes et Gijssels c. Belgique*, préc., § 53. La distinction se révèle d'ailleurs particulièrement marquée dans l'arrêt *Ekbatani c. Suède* du 26 mai 1988 (req. n° 10563/83), dans lequel la Cour européenne admet que la juridiction interne a respecté l'égalité des armes en interdisant la comparution personnelle tant du procureur que du prévenu, mais admet, par ailleurs, que cette interdiction prive ce dernier, sans justification, d'un procès équitable (§ 30).

223. L'équité et l'équilibre. La matière juridique appelle un équilibre, c'est-à-dire une juste proportion entre des éléments opposés ou une juste répartition des parties d'un ensemble afin d'advenir à un état de stabilité ou d'harmonie⁸²⁵. En ce sens, il est nécessaire d'assurer l'égalité des chances des parties dans le procès, mais encore l'équilibre élémentaire du contrat. Ainsi que le soutenait Monsieur le professeur Serge GUINCHARD, « il faut soupeser l'ensemble du procès, rejoignant l'étymologie du mot équité, *aequus* signifiant équilibre, un peu comme la pesée des âmes dans la mythologie égyptienne »⁸²⁶. L'auteur confirme l'assimilation de l'équité à l'équilibre en affirmant que les deux termes sont « équipollents »⁸²⁷. Aussi ajoute-t-il qu'il faut donc « dissiper toute ambiguïté, l'équité dont il est question n'est pas celle qui s'oppose au droit ; ce n'est pas le dépassement du droit au nom de principes supérieurs »⁸²⁸. Le droit ne disparaît pas au profit de l'équité, mais s'adapte selon les besoins. Cela renvoie nécessairement aux processus amiables ; dans lesquels il n'est pas question de non-droit⁸²⁹, mais d'une adaptation au regard de l'autonomie des parties dans la résolution de leur différend. Les modes amiables de résolution des différends sont ainsi le témoin privilégié de l'équité. Mais, cette seule considération de l'équilibre n'est pas suffisante pour appréhender l'exigence d'équité⁸³⁰.

224. L'équité et le juste. Le procès équitable implique une procédure équilibrée mais traduit également le passage du droit du plus fort au droit du plus juste, fondement essentiel de l'État de droit. Au-delà de l'équilibre qui tend à en assurer son respect, l'équité processuelle implique dès lors un « idéal de justice supérieur à la loi positive (processuelle) »⁸³¹. Cette double acception de l'équité se retrouve notamment dans l'arrêt *Delcourt c. Belgique* du 17 janvier 1970 par lequel la Cour européenne vient préciser la définition du procès équitable : « un procès ne serait pas équitable s'il se déroulait dans des conditions de nature à placer injustement [une partie] dans une situation désavantageuse »⁸³². Si l'exigence d'équilibre est bien présente, la référence au terme « injustement » introduit le juste au sein du concept du

⁸²⁵ A. REY (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, op. cit., v° « équilibre ».

⁸²⁶ S. GUINCHARD et a., *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, op. cit., n° 91, p. 170. – L'argument peut ainsi être également considéré pour le contrat.

⁸²⁷ *Ibid.*, p. 567 ; S. GUINCHARD, « Les métamorphoses de la procédure à l'aube du troisième millénaire », in *Clés pour le siècle. Droit et science politique, information et communication, sciences économiques et de gestion*, Dalloz, 2000, p. 1163 ; v. aussi S. GUINCHARD, « Le procès équitable, droit fondamental ? », *AJDA*, n° spécial, juill.-août 1998, p. 191 ; *Id.*, « Le procès équitable, garantie formelle ou droit substantiel ? », *Mél. Farjat*, 1999.

⁸²⁸ *Ibid.*

⁸²⁹ Cf. *supra* n°s 147 s.

⁸³⁰ « L'exigence d'équité peut et doit s'entendre plus largement qu'un simple équilibre » (Y. CAPDEPON, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, préf. J.-C. SAINT-PAU, Dalloz, Coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », vol. 122, 2013, n° 113, p. 69).

⁸³¹ Y. CAPDEPON, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, thèse préc., p. 69.

⁸³² CEDH, *Delcourt c. Belgique*, 17 janv. 1970, req. n° 2689/65, § 34.

procès équitable⁸³³. Mais qu'en est-il précisément de cette adjonction ? Qu'est-ce que le « juste » et comment doit-il être appréhendé dans la matière processuelle ?

225. C'est bien l'ambition de toute société démocratique que de bénéficier d'une « justice juste ». Si le complément « juste » pour décrire la justice peut apparaître comme superfétatoire, cette expression permet d'insister sur la réalité de l'énoncé. Le juste doit être appréhendé comme ce qui est conforme à la justice, c'est-à-dire aux exigences de la raison ; en ce sens que la justice est « tout à la fois un sentiment, une vertu, un idéal, un bienfait (comme la paix), une valeur »⁸³⁴. Selon ARISTOTE, le juste serait « un genre » à l'intérieur duquel l'équitable serait un correctif de ce qui est juste selon la loi⁸³⁵. La justification se retrouve dans le fait que la loi est universelle. La loi s'intéresse en effet au cas général et prend en considération ce qui arrive le plus souvent. Or, lorsque survient un événement qui, sur un point particulier, fait exception à la règle générale, il est nécessaire de faire une appréciation particulière et d'ajuster. Dès lors, ainsi que l'affirme le philosophe, la loi et l'équité s'abreuvent à la même source : le juste. Pour autant, l'appréciation de la distinction se perçoit dans le passage du possible au réel, en ce sens que la loi prescrit des possibilités indéterminées qui expriment le cadre universel de leur utilité, alors que l'équité s'intéresse à des formes déterminées selon les circonstances réelles.

226. Bilan relatif à l'équité. La notion d'équité, appréciée au sens processuel du terme, fait dès lors référence à la fois à l'équilibre nécessaire de la procédure et également à la recherche du juste, entendu comme la recherche du bien suprême. Cette équité annihile ainsi les défauts de la généralité et de la rigidité de la loi pour appréhender le particularisme d'une situation. Plus encore, PORTALIS énonçait, dans son Discours préliminaire du premier projet de Code civil, que « l'équité est le retour à la loi naturelle, dans le silence, l'opposition ou l'obscurité des lois positives »⁸³⁶. Dès lors, la consécration du modèle du procès équitable pourrait être appréhendée comme la loi naturelle du procès, de tous les procès et procédures.

⁸³³ J.-C. SOYER et M. DE SALVIA, « Article 6 », art. préc.

⁸³⁴ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., v° « Justice ».

⁸³⁵ ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, Paris, Garnier-Flammarion, 1965, p. 146.

⁸³⁶ J.-E.-M. PORTALIS, Discours préliminaire du premier projet de Code civil, 1801.

B) Le modèle universel du procès équitable comme manifestation du droit naturel

227. Invocation au droit naturel⁸³⁷. Ce terme de droit naturel se révèle être « un phénomène essentiel à la vie du droit »⁸³⁸. Au gré des évolutions sociétales, il s'est dégagé de ses assises théologiques et ecclésiastiques ; ce qui lui a permis de se consacrer au triomphe de la raison humaine⁸³⁹. Ainsi serait-il malaisé d'affirmer que le droit naturel est immuable⁸⁴⁰. La nature humaine est, elle-même, changeante⁸⁴¹. Tout l'enjeu se situe dès lors dans l'évaluation de ce qui est réellement immuable et de ce qui est soumis au changement. Il est en effet généralement envisagé une immuabilité de certaines valeurs ou de certains principes majeurs. Pour autant, il convient d'admettre que les valeurs humaines ont évolué au fil des siècles et que certains principes qui étaient jusqu'alors dans l'ombre tendent aujourd'hui à être considérés comme fondamentaux. L'évolution de la place de l'individu au sein de la communauté, des relations interpersonnelles, de la responsabilité ou encore du consentement ont nécessairement mis en branle les certitudes les plus élémentaires. La modernité serait alors le produit du droit naturel⁸⁴². En ce sens, la Commission théologique internationale a pu admettre que la loi naturelle « ne consiste pas en une liste de préceptes définitifs et immuables. Elle est une source d'inspiration toujours jaillissante dans la recherche d'un fondement objectif à une éthique universelle »⁸⁴³. Le Doyen CARBONNIER – qui corroborait la complexité et la mutabilité du droit

⁸³⁷ Expression utilisée par le professeur OPPETIT, in *Philosophie du droit*, préf. F. TERRE, Paris, Dalloz, Coll. « Bibliothèque Dalloz », 2022, pp. 113 et s.

⁸³⁸ H. MOTULSKY, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », in *Mél. Paul Roubier*, 1961, t. 2, p. 175 – reprod. in H. MOTULSKY, *Écrits. Écrits et notes de procédure civile*, I, Dalloz, 1973, préf. G. CORNU et J. FOYER, pp. 60-84, spéc. p. 63 ; réimp. 2011, G. BOLARD.

⁸³⁹ La doctrine de la loi naturelle affirme, en substance, que « les personnes et les communautés humaines sont capables, à la lumière de la raison, de discerner les orientations fondamentales d'un agir moral conforme à la nature même du sujet humain et de les exprimer de façon normative sous forme de préceptes ou commandements. Ces préceptes fondamentaux, objectifs et universels, ont vocation à fonder et à inspirer l'ensemble des déterminations morales, juridiques et politiques qui régissent la vie des hommes et des sociétés » : Commission théologique internationale, *À la recherche d'une éthique universelle. Nouveau regard sur la loi naturelle*, préf. R. MINNERATH, Paris, Cerf, Coll. « Documents des Églises », 2009, n° 9 – cité in G. MEDEVIELLE, « Nature et Loi naturelle comme concepts théologiques », *Recherches de Science Religieuse*, avr.-juin 2010.

⁸⁴⁰ La définition donnée au droit naturel dans le *Dictionnaire de la culture juridique* évoque en effet « un droit [...] passablement immuable » : A. SERIAUX, « Droit naturel », in D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., pp. 507-511, spéc. p. 508. – Plus encore, Monsieur le professeur Paulo FERREIRA DA CUNHA énonce que le fait d'affirmer que le droit naturel est immuable est une erreur très répandue (in *Droit naturel et Méthodologie juridique*, Paris, 1^{ère} éd., Buenos Books International éd., Coll. « Humanistas », 2012, p. 26).

⁸⁴¹ ST THOMAS D'AQUIN la considérait notamment comme variable maintes fois tout au long de la *Somme Théologique*.

⁸⁴² V. not. Y. LEMOINE et J.-P. MIGNARD, *Le Défi d'Antigone, Promenade parmi des figures du droit naturel*, Paris, Michel de Maule, 2013, 188 p.

⁸⁴³ Commission théologique internationale, *À la recherche d'une éthique universelle. Nouveau regard sur la loi naturelle*, 2009, n° 113 – cité in G. MEDEVIELLE, « Nature et Loi naturelle comme concepts théologiques », *Recherches de Science Religieuse*, avr.-juin 2010.

naturel en le définissant comme un « jardin avec beaucoup de verdure, des fleurs, des labyrinthes aussi » – avait perçu la nouvelle jeunesse de celui-ci à travers la floraison des conventions internationales⁸⁴⁴. Dans un objectif de cohésion et d'entente, les relations entre États se sont nécessairement basées sur des principes d'équité, de raison et de savoir-vivre ; soit, de droit naturel. Applicable à tous, le droit naturel retrouve ainsi, dans les relations internationales, sa force fondatrice⁸⁴⁵. Le droit naturel aurait désormais un nouveau langage : celui des droits fondamentaux internationalement protégés. Précisément, le constat de son emprunte en droit processuel permet d'apprécier les exigences supérieures de l'idéal de justice, et ce, pour offrir aux citoyens une procédure équitable de résolution d'un différend.

228. Il n'en reste pas moins vrai que le droit naturel se révèle être la situation juste⁸⁴⁶. Il consacre « des règles ayant une valeur universelle », « fondée sur une donnée de la conscience humaine »⁸⁴⁷. Ainsi s'impose-t-il à l'individu de manière objective, et c'est bien cette intangibilité qui permet d'accueillir l'adhésion de ses destinataires. Si certains auteurs ont établi un rapport entre l'équité et le droit naturel⁸⁴⁸, le constat de cette nature objective poursuit la démonstration de ce lien.

229. Droit naturel et équité objective. À l'instar des différentes conceptions de l'équité évoquées précédemment⁸⁴⁹, ce concept d'équité placé au cœur du dispositif du procès équitable est bien une équité objective⁸⁵⁰. Elle est en effet « dotée d'une valeur générale, destinée à assurer l'existence et le respect des garanties fondamentales d'une bonne justice »⁸⁵¹. Le droit naturel, associé à cet objectivisme processuel, permet l'édification d'une procédure équilibrée,

⁸⁴⁴ J. CARBONNIER, *Droit civil. Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple*, 2^e éd., Quadrige, PUF, 2017 - Cité in M. DOUCHY, « La notion de non-droit », *Revue de la recherche juridique de droit prospectif*, 1992, 1, p. 445.

⁸⁴⁵ C. JARROSSON et F.-X. TESTU, *Dictionnaire de la culture juridique, op. cit.*, v^o « Droit naturel », spéc. p. 510.

⁸⁴⁶ En ce sens, et selon Th. MORE, le droit naturel « est formé de principes de la droite raison, qui nous font connaître qu'une action est moralement honnête ou déshonnête, selon la convenance ou la disconvenance nécessaire qu'elle a avec la nature raisonnable et sociable de l'homme », cité in Y. LEMOINE et J.-P. MIGNARD, *Le défi d'Antigone. Promenade parmi les figures du droit naturel*, Paris, Michel de Maule, 2013, p. 100.

⁸⁴⁷ P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, préf. D. DEROUSSIN, 2^e éd., Dalloz, Coll. « Bibliothèque Dalloz », [1951] 2005, n^o 23, pp. 217 et s.

⁸⁴⁸ Tels que PORTALIS, v. in P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Titre préliminaire, *De la publication, des effets et de l'application de la loi en général*, présentation au Corps législatif, exposé des motifs par le conseiller d'État Portalis, 4 ventôse an XI, t. VI, pp. 359 et ss. (*Discours préliminaire*, p. 474) ; v. aussi P. FOULQUIE, *Dictionnaires de la langue philosophique*, Paris, PUF, 1992, v^o « Équité », p. 219 : « justice naturelle, supérieure à la justice déterminée par la loi positive et plus souple qu'elle » ; J.-M. DOYON, « Droit, loi et Équité », *RGD*, vol. 26, n^o 2, juin 1995, pp. 325-337.

⁸⁴⁹ V. *supra* n^o 220.

⁸⁵⁰ « L'équité est une donnée objective et universelle qui exige qu'il n'y ait pas, dans le traitement de choses semblables, de différences excessives » (T. BARTHOUIL, « Essai sur la notion de pouvoir discrétionnaire des juges du fond en droit privé », *RRJ*, 1992, pp. 343-395, spéc. p. 359).

⁸⁵¹ B. OPPETIT, *Philosophie du droit, op. cit.*, n^o 109, p. 124.

juste et loyale. Il offre à chaque justiciable les garanties pour une résolution de leur différend d'autant plus légitime⁸⁵². Cette « loi immuable et éternelle de la raison »⁸⁵³ fait œuvre de protection en donnant aux individus la possibilité de résoudre le conflit qui les oppose de manière juste. Ces exigences supérieures de l'idéal de justice ont trouvé une assise stable au cœur du socle procédural construit par les exigences européennes : le procès équitable. Gage de sécurité et de paix sociale, le droit au procès équitable traduit un droit à une procédure équitable qui peut être perçu comme un droit naturel de la procédure⁸⁵⁴. Ce modèle du procès équitable, précepte de droit naturel, doit ainsi être appréhendé comme le droit d'avoir accès au droit, comme le droit au droit.

230. Rattachement du droit au procès équitable au droit naturel. Cette conception d'un droit naturel à une procédure de résolution des différends équitable a été très tôt évoquée dans la jurisprudence. En effet, dès 1828, la Cour de cassation a solennellement proclamé que « la défense étant de droit naturel, personne ne doit être condamné sans avoir été interpellé et mis en demeure de se défendre »⁸⁵⁵. La doctrine a également évoqué cette référence à un idéal de justice que ce soit de manière implicite ou de manière plus précise.

La doctrine classique, et notamment les auteurs de droit pénal, sont à l'origine de la reconnaissance de ce rattachement. En effet, dès 1864, ORTOLAN affirme, par une puissante formule, que « ni alors, ni aujourd'hui encore, [le droit de la défense] n'est formulé en une déclaration générale de principe ; mais il est l'âme du système accusatoire ; c'est un droit qui n'a besoin d'être écrit nulle part pour appartenir à tous ; sans ce droit exercé largement et librement, la justice pénale n'est pas justice, elle est oppression. Notre jurisprudence pratique, et, par-dessus toutes les juridictions, la cour de cassation, n'hésitent pas à y voir un droit essentiel, dont la violation, même dans les cas où la loi ne s'en est pas exprimée, emporte nullité »⁸⁵⁶. L'auteur n'emploie pas explicitement le terme de droit naturel, mais il est indéniable que ce dernier transparaît en ces lignes. Dans un régime de procédure pénale pourtant d'origine inquisitoire, l'auteur reconnaît l'omniprésence d'une donnée de droit naturel à travers les droits de la défense. Malgré leur absence au sein du droit positif, ils trouvent une place au

⁸⁵² Le professeur OPPETIT, qui s'interrogeait sur les préoccupations des juristes relativement au droit naturel, admettait que cette prise en considération mettait en exergue les limites de la légalité formelle et permettait de mieux appréhender la légitimité que peut lui apporter le droit naturel (*op. cit.*, p. 113).

⁸⁵³ Pour reprendre l'expression de PORTALIS, in *Projet de Code civil de l'An VIII*, Titre préliminaire, art. 14.

⁸⁵⁴ En ce sens, v. L. L. FULLER, *La moralité du droit*, trad. J. VAN MEERBEECK, *Presses de l'Université Saint-Louis*, Bruxelles, 2017, 270 p. : ouvrage dans lequel l'auteur s'interroge sur l'existence d'un « droit naturel procédural ».

⁸⁵⁵ Cass., Civ., 7 mai 1828, S. 1828, I, 329.

⁸⁵⁶ J.-L.-E. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, Plon, 1864, T. 2, n° 2288, p. 530.

sein de la procédure afin de s'opposer à l'oppression. De surcroît, si l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dispose que « le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme », ne consacre-t-il pas, parmi ces droits, « la résistance à l'oppression » ? Monsieur Yannick CAPDEPON va d'autant plus loin qu'il soutient l'idée d'une « autosuffisance des droits de la défense qui, non seulement ne sont pas formulés en droit positif mais qui, surtout, n'ont nul besoin de l'être pour exister »⁸⁵⁷. Ils sont dès lors présentés comme un corps de règles universel et suprapositif⁸⁵⁸.

Par la suite, MOTULSKY affirme clairement que le rattachement de la notion des droits de la défense au droit naturel « ne paraît guère niable »⁸⁵⁹. Le respect des droits de la défense constitue, au sens plein, pour l'auteur, une manifestation du droit naturel. À l'inverse de la doctrine classique, le rattachement est ici explicite et direct. La doctrine contemporaine adopte ainsi cette conception en admettant que le principe des droits de la défense est « inhérent à toute légitimité processuelle » et exprime, eu égard au lien établi avec le droit naturel, « une règle immuable et éternelle »⁸⁶⁰.

231. Au-delà de la seule sphère des droits de la défense, l'étude amène à s'interroger plus largement sur le modèle du droit à un procès équitable. Si les auteurs cités évoquent généralement la notion de « droits de la défense », ce n'est pas la terminologie en tant que telle qui doit être appréhendée comme de droit naturel mais la méthode⁸⁶¹ engageant la protection des justiciables. Pour les auteurs classiques, c'est davantage le principe de la contradiction qui est de droit naturel que les droits de la défense⁸⁶², qui n'en sont que le corollaire⁸⁶³. MOTULSKY

⁸⁵⁷ V. Y. CAPDEPON, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, *op. cit.*, p. 37.

⁸⁵⁸ Il est alors à noter que cette présentation se rapproche de la définition donnée par Max WEBER, qui voit dans les droits naturels « l'ensemble des normes indépendantes de tout droit positif et supérieures à ce dernier » (*in Sociologie du droit*, Paris, 2^e éd., PUF, Coll. « Quadrige », 2013, p. 269).

⁸⁵⁹ H. MOTULSKY, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », *Écrits et notes de procédure civile*, I, Dalloz, 1973, p. 66, n° 9 – Dans son ouvrage sur « La justice – La Vérité », M. DEL VECCHIO indique que des traductions essentielles du respect des droits de la défense ont appartenu « à la conscience commune avant même d'appartenir à la science juridique ».

⁸⁶⁰ B. OPPETIT, *Philosophie du droit*, *op. cit.*, n° 102, p. 117. V. égal. P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préf. J.-L. SOURIOUX, thèse, Panthéon-Assas, 1999, n° 130, p. 122.

⁸⁶¹ V. M. VILLEY, *Abrégé du Droit Naturel Classique*, in *Leçons d'Histoire de la Philosophie du Droit*, Paris, nouvelle édition, Dalloz, 1962, p. 146. Selon l'auteur, « le droit naturel n'est qu'une méthode ».

⁸⁶² René GARRAUD exprime clairement que l'absence de justice est directement la conséquence de l'absence de contradiction (*in Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, Sirey, 1912, T. III, n° 1154). Quant à Joseph-Louis-Elzéar ORTOLAN, il met en exergue le lien entre les droits de la défense et le système accusatoire, le premier étant « l'âme » du second (*op. cit.*) Lorsque l'auteur évoque le système accusatoire, il est implicitement question du principe du contradictoire du fait d'une idée communément admise qu'une procédure accusatoire est nécessairement contradictoire.

⁸⁶³ R. MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, Sirey, 1949, n°426 ; VIZIOZ, *Études de procédure*, Bière, 1956, n° 237, p. 477 : selon cet auteur, c'est effectivement le principe du contradictoire qui est la garantie de bonne justice. Apparaît dès lors l'empreinte de la doctrine classique de procédure civile, antérieure aux écrits d'Henri MOTULSKY.

renverse cette proposition⁸⁶⁴ et s'engage à étudier la portée du mot « défense » au sein des différents contentieux⁸⁶⁵. Il indique alors la nécessité de « prendre le terme dans l'acception large de “défense des intérêts de chacune des parties” »⁸⁶⁶. Eu égard aux difficultés à distinguer ces notions – distinctes mais intimement liées⁸⁶⁷ –, ce sont davantage les conditions de réalisation de l'équité de la procédure qui irriguent les pensées des théoriciens du droit⁸⁶⁸ que la seule théorie des droits de la défense. À ce titre, MOTULSKY affirmait que l'égalité de la position des plaideurs « continue à apparaître comme imposée par la “droite raison” autant que par la “nature des choses” »⁸⁶⁹.

232. Ces différentes garanties, qu'il s'agisse des droits de la défense, de l'égalité des plaideurs ou encore du contradictoire, sont aujourd'hui appréhendées sous le terme de procès équitable. Le concept englobe en effet le principe des droits de la défense qui permettent aux justiciables de soutenir leur cause, mais le dépasse bien davantage⁸⁷⁰. De manière élémentaire, le droit au procès équitable met tout d'abord en valeur le droit d'être entendu⁸⁷¹, qui regrouperait tant l'accès à la justice que le droit de soutenir sa cause⁸⁷². Il implique encore l'équilibre des garanties spécifiques offertes à chacune des parties, régulièrement envisagé sous le principe de

⁸⁶⁴ MOTULSKY admet que « le principe est celui du respect des droits de la défense, et que la faculté de contradiction n'en est qu'une application » (*Ibid.*, p. 68).

⁸⁶⁵ Apparaît tout l'intérêt de cette matière qu'est le droit processuel.

⁸⁶⁶ *Ibid.* ; Un autre auteur a également interprété la notion plus largement en évoquant « le droit d'être entendu » comme un « droit naturel » (G. FLECHEUX, « Le droit d'être entendu », in *Mél. Bellet, Litec*, 1991, p. 150 et s.).

⁸⁶⁷ La conception retenue en droit interne selon laquelle le principe du contradictoire est englobé au sein des droits de la défense n'est pas retenue par la jurisprudence européenne. Pour la Cour européenne, le principe du contradictoire « est la condition d'exercice des droits de la défense, ces derniers étant une conséquence du droit plus général à une procédure contradictoire ». Ainsi, la Cour a estimé nécessaire de consacrer séparément le droit à une procédure contradictoire et les droits de la défense : v. F. SUDRE et a., *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 9^e éd., PUF, Coll. « Thémis droit », 2019, p. 361. – Pour une étude précisée des oppositions doctrinales, v. *infra* n° 561.

⁸⁶⁸ V. not. G. DEL VECCHIO, *La Justice. La Vérité*, Paris, 1955.

⁸⁶⁹ H. MOTULSKY, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », in *mél. Paul Roubier*, 1961, t. 2, pp. 175 s. ; reproduit in *Écrits. Études et notes de procédure civile, op. cit.*, pp. 60 s., spéc. n° 10, p. 66.

⁸⁷⁰ Le droit au procès équitable renvoie en effet à l'ensemble des garanties protégées par l'art. 6 CESDH.

⁸⁷¹ V. not. G. FLECHEUX, « Le droit d'être entendu », in *Mélanges Bellet, Litec*, 1991, p. 150 et s.

⁸⁷² Tels sont les premiers mots de l'art. 6 §1 de la CESDH : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue... ».

l'égalité des armes⁸⁷³. Si cette idée d'équilibre renvoie légitimement à la loi naturelle, ce modèle inhérent à la bonne justice, qu'est le procès équitable, serait la loi naturelle du procès.

233. Le droit au procès équitable, valeur de droit naturel consacrée dans le droit positif. Le droit au procès équitable, en tant qu'expression de l'équité procédurale, est ainsi une manifestation du droit naturel. Ce dernier, observé comme « l'influx que donne au droit positif les exigences de l'idéal de justice »⁸⁷⁴, a innervé les différentes branches du droit et, précisément, le droit processuel. Le droit naturel des principes fondamentaux processuels est devenu droit positif et s'est universalisé par le biais de l'eupéanisation du droit. Le droit au procès équitable, consacré notamment au sein de l'article 6 de la Convention européenne, s'apparente dès lors à un « droit naturel positif »⁸⁷⁵.

En ce sens, le droit positif est soit la « formulation du droit naturel dont il devient le support, soit la formulation de ce qui doit être décidé d'un commun accord – à la condition expresse que cette décision commune ne soit pas contraire au droit naturel. C'est pourquoi, si le juste légal peut être indifférent au juste naturel, il ne doit pas lui être contraire sous peine de devenir un légal injuste, une loi injuste, un droit positif injuste qui ne serait plus du droit »⁸⁷⁶. Le droit naturel et le droit positif ont nécessairement besoin l'un de l'autre, afin d'être une base applicable du juste. Pour autant, *quid* d'une convention qui laisse place première à la volonté de l'homme et dans laquelle le droit positif ne serait pas nécessairement le fondement de l'accord ? SAINT THOMAS D'AQUIN reconnaissait déjà que « la volonté humaine peut, en vertu d'une convention commune, faire qu'une chose soit juste », mais il ajoute qu'elle ne le peut que « parmi celles qui d'elles-mêmes n'impliquent aucune répugnance avec la justice naturelle »⁸⁷⁷. Les règlements amiables peuvent être indifférents aux normes étatiques. Telle est l'essence de ces modes que de permettre aux parties de résoudre leur différend avec les instruments les plus

⁸⁷³ En effet, l'art. 6 § 1 poursuit : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement... ». Par une lecture constructive des premières lettres dudit article, la Cour européenne déduit les garanties implicites qui en ressortent et estime que l'art. 6 § 1 « impose le respect des droits de la défense et de l'égalité des armes » (CEDH, 30 oct. 1991, *Borgers c. Belgique*, req. n° 12005/86, § 26). – Au regard de ces deux principes évoqués, Monsieur le professeur CAPDEPON reconnaît que le premier (l'accès au juge, lui-même associé au respect des droits de la défense) fait référence à la « conception individuelle de l'équité ». Cette conception est d'ailleurs nettement appréciée par la Cour européenne, v. CEDH, 26 mai 1988, *Ekbatani c. Suède*, req. n° 10563/83. Dans cet arrêt, la Cour conclut à une violation de l'art. 6, et ce, nonobstant un respect de l'égalité des armes. *A contrario*, le principe de l'égalité des armes relèverait d'une « conception collective de l'équité » (I., *op. cit.*, p. 71). Cela confirme le raisonnement mis en exergue selon lequel l'équité apparaît au centre de ce concept inhérent à la bonne justice qu'est le procès équitable.

⁸⁷⁴ H. MOTULSKY, *op. cit.*, p. 63.

⁸⁷⁵ Expression in P. FERREIRA DA CUNHA, *Droit naturel et Méthodologie juridique*, Paris, 1^{ère} éd., Buenos Books International éd., Coll. « Humanistas », 2012, p. 25.

⁸⁷⁶ M. DOUCHY, « La notion de non-droit », art. préc., p. 461.

⁸⁷⁷ SAINT THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique*, IIa IIae, Qt 57, art. 2.

appropriés à leurs attentes. Pour autant, ils ne doivent pas être indifférents au droit naturel, au risque de devenir des accords injustes. Ainsi, en l'absence d'expression du droit positif – hypothèses que certains auteurs appellent « hypothèses de non-droit »⁸⁷⁸ – il resterait ce droit inaliénable de toute personne appartenant à la famille humaine, « qu'il n'est au pouvoir d'aucun mortel de [...] supprimer »⁸⁷⁹. Chaque justiciable, en tant que sujet de droit, est titulaire du droit à une procédure équitable ; un droit naturel à une résolution équitable de son différend.

234. Le droit naturel à une procédure équitable. Ainsi que l'affirmait Monsieur le professeur Loïc CADIET, « dans l'ordre de la solution judiciaire des litiges comme dans celui de la solution conventionnelle des différends, un minimum d'équité procédurale est indispensable à l'équité de la convention comme elle l'est à l'équité du jugement »⁸⁸⁰. Dès lors, ce droit naturel à une procédure équitable s'applique à tous les modes de résolution des différends, quelle que soit la matière et quelle que soit la forme. Cependant, si les règlements amiables doivent nécessairement se soumettre à ces exigences supérieures, se pose la question de l'applicabilité du principe du procès équitable, et plus précisément de l'article 6 de la Convention européenne, en leur sein.

Paragraphe 2 : L'applicabilité du modèle du procès équitable aux règlements amiables

235. Domaine de l'étude. L'internationalisation du droit a permis la consécration d'un droit supranational applicable aux États membres. Le modèle du procès équitable a ainsi été appréhendé par les différents textes internationaux, et ce, pour assurer le respect des garanties processuelles offertes aux justiciables. Il n'en reste pas moins vrai que les contours de ce modèle universel sont envisagés de manière précise par l'article 6 § 1 de la Convention européenne. Cet article est si riche qu'il cache, dans les replis de ses phrases, des questions délicates. Ainsi, l'étude se concentrera sur ce texte perçu comme un « véritable code de procédure européen »⁸⁸¹.

⁸⁷⁸ V. J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, op. cit., p. 23 s. ; M. DOUCHY, « La notion de non-droit », art. préc.

⁸⁷⁹ J.-G. SALIEGE, archevêque de Toulouse, lettre pastorale « sur la personne humaine », 23 août 1942, après l'arrestation de Juifs dans les camps de Noé et de Recebedou.

⁸⁸⁰ L. CADIET, « Justice contractuelle, l'autre », in *Études offertes à Jacques Ghestin*, Paris, LGDJ, 2001, pp. 177-199, spéc. p. 190.

⁸⁸¹ L. BARONE, *L'apport de la Convention Européenne des Droits de l'Homme au droit fiscal français*, préf. J.-P. COSTA, L'Harmattan, Coll. « Finances publiques », 2000, p. 235.

Afin d'apprécier l'applicabilité du modèle du procès équitable aux différents modes de règlement des différends, il conviendra tout d'abord d'envisager l'étendue du domaine de ses garanties (A), avant de pouvoir considérer s'il y a une soumission des règlements amiables à ce socle procédural universel (B).

A) Le domaine des garanties du procès équitable

236. Article 6 § 1 de la Convention européenne. Le premier paragraphe de l'article 6 de la Convention européenne énonce les droits et garanties applicables à toutes les procédures, quelle que soit leur nature. Étudier le domaine d'application des garanties de cet article nécessite de revenir précisément sur deux éléments qui sont, d'une part, l'objet du différend dans le cadre duquel les garanties du procès équitable doivent être mises en œuvre (1.) et, d'autre part, la nature de la juridiction devant laquelle ces garanties sont applicables (2.).

1. L'objet du différend

237. Étude de l'objet. Afin que les garanties de l'article 6 § 1 de la Convention européenne soient applicables, il est nécessaire que le différend ait pour objet soit une contestation sur des droits et obligations de caractère civil, soit l'appréciation du bienfondé d'une accusation en matière pénale. Alors que certains auteurs n'hésitent plus à énoncer que tout ce qui ne relève pas de la matière pénale entre dans la matière civile, il conviendra d'étudier les contours de la matière pénale (a) avant d'envisager la matière civile (b).

238. Il est cependant important de préciser que le contrôle européen se réalise par des notions autonomes, c'est-à-dire indépendantes des qualifications nationales. L'effectivité de la garantie d'un procès équitable est alors d'autant plus globalisée. Ces concepts présentés au sein de l'article 6 § 1 de la Convention européenne doivent ainsi être lus autrement qu'ils ne sont traditionnellement admis dans les droits nationaux. Aussi a-t-il pu être affirmé que « le contrôle de la Cour s'étend jusqu'au bornes fixées par elle »⁸⁸². Dès lors, les matières civile et pénale peuvent ne pas avoir la même signification en droit européen et en droit national. Les notions qui figurent dans la Convention doivent être interprétées au sens européen, valables pour tous

⁸⁸² J.-C. SOYER, « La loi nationale et la convention EDH », in *Mél. Jean Foyer*, PUF, 1997, p. 137.

les États membres. L'objectif est de parvenir à une définition uniforme des engagements internationaux des États parties à la Convention et de préserver l'égalité de traitement entre les États contractants. Cette méthode de l'autonomie des notions, qui traduit une réelle volonté d'unification, a permis à la Cour de fixer un très large domaine d'application de la Convention.

a. Appréciation du bienfondé d'une accusation en matière pénale

239. Notion autonome. L'expression d'« accusation en matière pénale » revêt donc un sens « autonome », indépendant des catégorisations utilisées par les droits nationaux des États membres. Ceci doit être considéré qu'il s'agisse de statuer tant sur le caractère « pénal » d'une accusation que sur le moment à partir duquel l'accusation existe.

240. L'existence d'une « accusation ». Afin que le volet pénal de l'article 6 de la Convention européenne soit applicable et entraîne l'exercice des garanties processuelles énoncées en son sein, une « accusation en matière pénale » doit exister. La notion d'accusation constitue ainsi l'élément déterminant de l'applicabilité de l'article 6 en matière pénale. Dans son sens général, l'accusation est définie comme le « reproche fait à une personne d'avoir commis une faute »⁸⁸³. Au sens technique du terme, l'accusation est cependant envisagée comme la « situation de la personne renvoyée devant la cour d'assises »⁸⁸⁴. Or, la notion d'« accusation » doit s'entendre au sens de la Convention. La Cour européenne ne s'estime pas tenue par les qualifications nationales et opte pour une conception « matérielle » de l'« accusation » visée à l'article 6 plutôt que « formelle »⁸⁸⁵. L'accusation, aux fins de l'article 6 § 1, peut dès lors se définir comme « la notification officielle, émanant de l'autorité compétente, du reproche d'avoir accompli une infraction pénale »⁸⁸⁶. Pour autant, la Cour européenne admet que l'accusation puisse revêtir d'autres formes que la notification

⁸⁸³ C. CORNU (dir.) *Vocabulaire juridique*, op. cit., v° « Accusation », sens 1.

⁸⁸⁴ *Ibid.*, sens 2. Définition attribuée à la notion d'accusation dans son expression « état d'... ».

⁸⁸⁵ CEDH, 27 févr. 1980, *Deweert c. Belgique*, req. n° 6903/75, § 44. En ce sens, cette conception « lui commande de regarder au-delà des apparences et d'analyser les réalités de la procédure en litige ».

⁸⁸⁶ CEDH, *Deweert c. Belgique*, préc., § 46.

officielle⁸⁸⁷ et affirme que cette définition correspond aussi à l'idée de « répercussions importantes sur la situation du suspect »⁸⁸⁸.

241. Toute la question repose alors sur le point de départ d'un procès pénal ; ce qui permettra de déterminer le moment à partir duquel les principes fondamentaux processuels devront être respectés. La Cour européenne a très rapidement considéré que ce « reproche » peut précéder la saisine de la juridiction de jugement. Elle affirme ainsi dans l'affaire *Eckle c. Allemagne* qu'« en matière pénale, le "délai raisonnable" de l'article 6 par. 1 (art. 6-1) débute dès l'instant qu'une personne se trouve "accusée" ; il peut s'agir d'une date antérieure à la saisine de la juridiction de jugement (...), celles notamment de l'arrestation, de l'inculpation et de l'ouverture des enquêtes préliminaires (...) »⁸⁸⁹. L'accusation en matière pénale peut dès lors être envisagée comme l'ouverture d'une enquête préliminaire⁸⁹⁰, un simple interrogatoire de police judiciaire révélant l'existence d'une enquête contre une personne⁸⁹¹, ou encore une arrestation⁸⁹². Ainsi, la période débute lorsqu'une personne est inculpée ou lorsque les actes effectués par les autorités de poursuites en raison des soupçons qui pèsent contre elle ont des répercussions importantes sur sa situation⁸⁹³.

242. En s'intéressant précisément à la personne, la Cour a reconnu des situations dans lesquelles les individus pouvaient être regardés comme des « accusés » et prétendre à la protection de l'article 6. En effet, elle a jugé en ce sens concernant une personne arrêtée au motif qu'elle était soupçonnée d'avoir perpétré une infraction pénale⁸⁹⁴, un suspect interrogé

⁸⁸⁷ Comme autrefois la Commission européenne, v. avis relatifs aux affaires *Huber c. Autriche*, Annuaire de la Convention, vol. 18, p. 357, § 67 et *Hätti c. RFA*, Annuaire de la Convention, vol. 19, p. 1065, § 50.

⁸⁸⁸ CEDH, 27 févr. 1980, *Deweere c. Belgique*, préc., § 46 ; CEDH, 15 juill. 1982, *Eckle c. Allemagne*, req. n° 8130/78, § 73 ; CEDH, 10 déc. 1982, *Foti c. Italie*, req. n°s 7604/76, 7719/76, 7781/77, 7913/77, § 52 ; et, plus récemment, CEDH [GC], 13 sept. 2016, *Ibrahim et autres c. Royaume-Uni*, req. n°s 50541/08, 50571/08, 50573/08 et 40351/09, § 249 ; CEDH [GC], 12 mai 2017, *Simeonovi c. Bulgarie*, req. n° 21980/04, § 110.

⁸⁸⁹ CEDH, 15 juill. 1982, *Eckle c. Allemagne*, préc., § 73.

⁸⁹⁰ V. CEDH, 27 juin 1968, *Wemhoff c. Allemagne*, req. n° 2122/64, § 19 ; CEDH, 27 juin 1968, *Neumeister c. Autriche*, req. n° 1936/63, § 18.

⁸⁹¹ CEDH, 6 juin 2000, *Averill c. Royaume-Uni*, req. n° 36408/97 ; CEDH, 16 nov. 2000, *Martins et Garcia Alves c. Portugal*, req. n° 37528/97.

⁸⁹² En ce sens, la Cour a pu juger qu'« il existe un lien trop étroit entre l'appréciation de la nécessité de la détention et celle – ultérieure – de la culpabilité pour que l'on puisse refuser la communication de pièces dans le premier cas tandis que la loi l'exige dans le second. Tandis que le procureur du Roi avait connaissance de l'ensemble du dossier, la procédure suivie n'a pas offert au requérant la possibilité de combattre de manière appropriée les motifs invoqués pour justifier la détention préventive. Faute d'avoir garanti l'égalité des armes, elle n'a pas été réellement contradictoire » : CEDH, 30 mars 1989, *Lamy c. Belgique*, req. n° 10444/83, § 29.

⁸⁹³ V. not. CEDH, 22 mai 1998, *Hozee c. Pays-Bas*, req. n° 21961/93, §§ 43 et 45.

⁸⁹⁴ CEDH, 21 déc. 2000, *Heaney et McGuinness c. Irlande*, req. n° 34720/97, § 42 ; CEDH, 14 oct. 2010, *Brusco c. France*, req. n° 1466/07, §§ 47-50.

au sujet de sa participation à des faits constitutifs d'une infraction pénale⁸⁹⁵, une personne interrogée parce qu'elle était soupçonnée d'être impliquée dans une infraction⁸⁹⁶, nonobstant le fait qu'elle était formellement traitée comme un témoin⁸⁹⁷ et encore, relativement à une personne formellement inculpée d'une infraction pénale dans le cadre d'une procédure prévue par le droit interne⁸⁹⁸.

243. Si la notion d'accusation *rationae temporis* est considérée dès que les actes des autorités compétentes ont des répercussions sur la situation d'une personne – en raison des soupçons qui pèsent sur elle –, il est indéniable que les mesures alternatives aux poursuites entrent dans le champ d'application de l'article 6 § 1. En ce sens, dans l'affaire *Deweer c. Belgique*, la lettre adressée par le procureur du Roi au requérant, qui avisait ce dernier de la fermeture de son commerce et qui le sommait de verser une somme d'argent à titre de transaction afin de ne pas être poursuivi pénalement, s'analysait en l'existence d'une « accusation en matière pénale » entraînant l'application de l'article 6 de la Convention⁸⁹⁹.

244. Le caractère « pénal » de l'accusation. Concernant l'appréciation des contours de la matière pénale, la Cour européenne a défini trois critères dans son arrêt *Engel c. Pays-Bas*⁹⁰⁰ : la qualification en droit interne, la nature de l'infraction et la sévérité de la peine que la personne concernée risque d'encourir. Il ressort de cette décision qu'« il importe d'abord de savoir si le texte ou les textes définissant l'infraction incriminée appartiennent, d'après la technique de l'État défendeur, au droit pénal, au droit disciplinaire ou aux deux à la fois »⁹⁰¹. Ce premier critère a une portée relative. Il n'est qu'un « point de départ » puisque la Cour effectue de toute façon une interprétation autonome de la matière pénale. Le deuxième critère, qui est considéré comme le plus important⁹⁰², se vérifie dès lors que la personne poursuivie a

⁸⁹⁵ CEDH, 18 févr. 2010, *Aleksandr Zaichenko c. Russie*, req. n° 39660/02, §§ 41-43 ; CEDH, 23 sept. 2010, *Yankov et autres c. Bulgarie*, req. n° 4570/05, § 23 ; CEDH, 16 juin 2015, *Schmid-Laffer c. Suisse*, req. n° 41269/08, §§ 30-31.

⁸⁹⁶ CEDH, 29 janv. 2019, *Stirmanov c. Russie*, req. n° 31816/08, § 39.

⁸⁹⁷ CEDH, 5 oct. 2017, *Kalēja c. Lettonie*, req. n° 22059, §§ 36-41.

⁸⁹⁸ CEDH [GC], 25 mars 1999, *Pélissier et Sassi c. France*, req. n° 25444/94, § 66 ; CEDH [GC], 17 déc. 2004, *Pedersen et Baadsgaard c. Danemark*, § 44.

⁸⁹⁹ CEDH, 27 févr. 1980, *Deweer c. Belgique*, préc., §§ 41-47.

⁹⁰⁰ Ce qui leur vaut régulièrement le nom de « critères Engel » : CEDH, 8 juin 1976, *Engel et autres c. Pays-Bas*, req. n° 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, spéc. §§ 82-83.

⁹⁰¹ CEDH, 8 juin 1976, *Engel et autres c. Pays-Bas*, préc., § 82.

⁹⁰² CEDH [GC], 23 nov. 2006, *Jussila c. Finlande*, req. n° 73053/01, § 38.

transgressé une norme impérative, répressive et générale⁹⁰³. Quant au troisième critère, il s'apprécie par référence à la peine maximale possible prévue par les dispositions juridiques applicables⁹⁰⁴. La Cour européenne a pour autant précisé que les deuxième et troisième critères Engel sont alternatifs et non pas nécessairement cumulatifs. Pour que l'article 6 de la Convention soit applicable, il suffit que l'infraction en cause soit, par nature, considérée comme « pénale » ou qu'elle rende la personne passible d'une sanction qui, par sa nature et son degré de gravité, relève généralement de la sphère « pénale »⁹⁰⁵. Comme a pu l'annoncer la Cour européenne « la faiblesse relative de l'enjeu ne saurait retirer à une infraction son caractère pénal intrinsèque »⁹⁰⁶ et, ainsi, le fait qu'une infraction ne soit pas passible d'une peine d'emprisonnement n'est pas déterminant en soit⁹⁰⁷.

245. Bilan relatif aux mesures alternatives aux poursuites. Au regard de cette jurisprudence européenne, les mesures alternatives aux poursuites, dont le ministère public a l'opportunité de se saisir⁹⁰⁸, seront régies par l'article 6 de la Convention européenne. Ce constat s'explique tout d'abord en raison du caractère « pénal » de l'affaire. De plus, il importe peu que les sanctions soient nécessairement moins sévères que lorsque les poursuites sont engagées. Jusqu'ici, ces mesures alternatives aux poursuites, propres à la matière pénale, doivent ainsi être analysées comme soumises aux exigences européennes de l'article 6.

⁹⁰³ Divers facteurs peuvent être pris en considération, notamment le point de savoir si la règle juridique en question s'adresse exclusivement à un groupe spécifique ou s'impose à tous par nature (CEDH, 24 févr. 1994, *Bendenoun c. France*, req. n° 12547/86, § 47) ; si l'instance est ouverte par une autorité publique en vertu de pouvoirs légaux d'exécution (CEDH [GC], 10 juin 1996, *Benham c. Royaume-Uni*, req. n° 19380/92, § 56) ; si la règle juridique a une fonction répressive ou dissuasive (CEDH, 21 févr. 1984, *Öztürk c. Allemagne*, req. n° 8544/79, § 53 ; *Bendenoun c. France*, préc., § 47) ; si la règle de droit vise à protéger les intérêts généraux de la société généralement protégés par le droit pénal (CEDH, 23 oct. 2018, *Produkcija Plus Storitveno podjetje d.o.o. c. Slovénie*, req. n° 47072/15, § 42) ; si la condamnation à toute peine dépend du constat de culpabilité (*Benham c. Royaume-Uni*, préc., § 56) ; ou encore la manière dont des procédures comparables sont classifiées dans d'autres États membres du Conseil de l'Europe (*Öztürk c. Allemagne*, préc., § 53).

⁹⁰⁴ CEDH, 28 juin 1984, *Campbell et Fell c. Royaume-Uni*, req. n° 7819/77 et 7878/77, § 72 ; CEDH, 22 mai 1990, *Weber c. Suisse*, req. n° 11034/84, § 34 ; CEDH, 27 août 1991, *Demicoli c. Malte*, req. n° 13057/87, § 34.

⁹⁰⁵ CEDH, 25 août 1987, *Lutz c. Allemagne*, req. n° 9912/82, § 55 ; CEDH, *Öztürk c. Allemagne*, préc., § 54, CEDH [GC], 9 oct. 2003, *Ezeh et Connors c. Royaume-Uni*, req. n°s 39665/98 et 40086/98, § 86.

⁹⁰⁶ CEDH, *Öztürk c. Allemagne*, préc., § 54 ; CEDH, *Lutz c. Allemagne*, préc., § 55.

⁹⁰⁷ CEDH, 3 avr. 2012, *Nicoleta Gheorghe c. Roumanie*, req. n° 23470/05, § 26.

⁹⁰⁸ En vertu du principe de l'opportunité des poursuites (CPP, art. 40-1). Lorsqu'une infraction est constituée, ce principe de procédure pénale offre la possibilité au procureur de la République de choisir la suite à donner à l'affaire. – Pour précision, v. *infra* n° 411.

b. L'existence d'une contestation sur des droits et obligations de caractère civil

246. Notion autonome. La notion de contestation sur des droits et obligations de caractère civil fait également l'objet d'une interprétation autonome⁹⁰⁹. Cette méthode d'interprétation impose de revenir sur la signification qui doit être donnée au terme contestation, mais également sur le contenu de la matière civile qui commande la mise en œuvre des garanties de l'article 6 § 1 de la Convention européenne.

247. L'existence d'une « contestation ». Une contestation est définie par le Vocabulaire Capitant comme « le différend ; ce sur quoi les intéressés sont en désaccord, réalité qui, une fois portée devant un juge, devient l'objet du procès, [...] mais qui, existant dès que le désaccord éclate, peut faire l'objet même avant recours à justice, soit d'un mode amiable purement volontaire de solution, soit d'un mode mi-juridictionnel, mi-conventionnel »⁹¹⁰. C'est dans le même sens que la Cour européenne a pu admettre qu'une contestation impliquait « l'existence d'un différend »⁹¹¹. Dans cet arrêt, la Cour européenne note également « que pour être applicable l'article 6 § 1 ne requiert pas nécessairement l'existence d'un recours formellement reconnu par la loi »⁹¹² et « rappelle que l'esprit de la Convention commande de ne pas considérer [le terme de contestation] dans une acception trop technique et d'en donner une définition matérielle plutôt que formelle »⁹¹³. Une interprétation extensive de la notion de contestation peut dès lors être retenue.

248. S'il doit s'agir d'une « contestation réelle et sérieuse »⁹¹⁴, la Cour a pu considérer qu'une telle contestation peut porter aussi bien sur l'existence même d'un droit que sur son étendue ou ses modalités techniques, mais aussi qu'elle peut concerner tant des points de faits que des questions juridiques⁹¹⁵. Enfin, cette notion de contestation portant sur des droits et

⁹⁰⁹ V. *supra* n° 238.

⁹¹⁰ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, v° « Contestation ».

⁹¹¹ CEDH [GC], 20 mars 2009, *Gorou c. Grèce* (n°2), req. n° 12686/03, § 27.

⁹¹² *Ibid.* En l'espèce, le droit dont se prévalait la requérante de se pourvoir en cassation par l'intermédiaire du Procureur près la Cour de cassation ne relevait pas de la loi mais d'une pratique juridique constante.

⁹¹³ *Ibid.*, § 29 ; CEDH, 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*, req. n° 6878/75, 7238/75, § 45 ; CEDH, 23 oct. 1990, *Moreira de Azevedo c. Portugal*, req. n° 11296/84, § 66 ; CEDH, 18 oct. 2016, *Miessen c. Belgique*, req. n° 31517/12, § 43.

⁹¹⁴ CEDH, 23 sept. 1982, *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, req. n° 7151/75; 7152/75, § 81 ; CEDH, 11 janv. 2018, *Cipolletta c. Italie*, req. n° 38259/09, § 31.

⁹¹⁵ CEDH, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*, préc., §§ 49 et 51. Sur le dernier point, la Cour indique précisément que la distinction entre point de fait et questions juridiques ne se fait ni pour les contestations civiles, ni pour les accusations pénales, v. not. CEDH, *Deweert c. Belgique*, préc., § 48.

obligations de caractère civil doit s'entendre comme couvrant « toute procédure dont l'issue est déterminante pour des droits et obligations de caractère privé »⁹¹⁶.

249. Le caractère « civil » du droit ou de l'obligation. Outre la notion de contestation, celle de droits et obligations de caractère civil fait également l'objet d'une interprétation autonome⁹¹⁷. Malgré cela, la Cour européenne fait nécessairement un lien avec le droit interne de l'État en cause. Elle a précisé que « c'est en effet au regard non de la qualification juridique, mais du contenu matériel et des effets que lui confère le droit interne de l'État en cause, qu'un droit doit être considéré ou non comme étant de caractère civil au sens de cette expression dans la Convention »⁹¹⁸. Ainsi la Cour tient compte à la fois de l'objet et du but de la Convention, mais également des systèmes de droit interne des autres États contractants.

250. Cette interprétation complète les apports de l'arrêt *Ringeisen* qui avait admis qu'il n'était pas nécessaire, pour que l'article 6 § 1 s'applique à une contestation, que les deux parties au litige soient des personnes privées⁹¹⁹ ; ce qui conduit à reconnaître un caractère extensif au domaine de la protection issue de l'article 6 § 1. Il en résulte ainsi que les garanties prévues par ce texte peuvent s'appliquer aux contestations qui opposent un particulier à l'autorité publique ou à l'Administration. L'arrêt *König c. Allemagne* a également précisé que « si la contestation oppose un particulier à une autorité publique, il n'est (...) pas décisif que celle-ci ait agi comme personne privée ou en tant que détentrice de la puissance publique »⁹²⁰. Cette décision implique que l'article 6 § 1 s'applique pleinement aux contestations opposant un particulier à l'administration française dès qu'elle porte sur un droit de caractère civil. Ceci permet alors de considérer que la nouvelle procédure de médiation administrative ne sera pas exclue de l'applicabilité de l'article 6 § 1.

251. En conséquence, pour savoir si une contestation porte sur la détermination d'un droit de caractère civil, seul compte le caractère du droit qui se trouve en cause. Ceci a notamment été réaffirmé par l'arrêt *Georgiadis c. Grèce*, dans lequel Cour européenne précise

⁹¹⁶ CEDH, 16 juill. 1971, *Ringeisen c. Autriche*, req. n° 2614/65, § 94. La Cour ajoute que « le texte anglais, qui vise “the determination of (...) civil rights and obligations”, confirme cette interprétation ». – À noter qu'un lien ténu ou des répercussions lointaines ne suffisent pas à faire entrer en jeu l'article 6 § 1 (CEDH [GC], 25 sept. 2018, *Denisov c. Ukraine*, req. n° 76639/11, § 44 ; CEDH [GC], 19 sept. 2017, *Regner c. République Tchèque*, req. n° 35289/11, § 99 ; CEDH [GC], 14 sept. 2017, *Károly Nagy c. Hongrie*, req. n° 56665/09, § 60 ; CEDH [GC], 15 mars 2018, *Nait-Liman c. Suisse*, req. n° 51357/07, § 106).

⁹¹⁷ La Cour européenne a, à plusieurs reprises, affirmé le principe de l'autonomie de cette notion ; v. not. CEDH, *Ringeisen c. Autriche*, préc., § 94 ; CEDH, 28 juin 1978, *König c. Allemagne*, req. n° 6232/73, § 88.

⁹¹⁸ CEDH, *König c. Allemagne*, préc., § 89.

⁹¹⁹ CEDH, *Ringeisen c. Autriche*, préc., § 94.

⁹²⁰ CEDH, *König c. Allemagne*, préc., § 90.

que l'article 6 § 1 « s'applique indépendamment de la qualité des parties comme de la nature de la loi régissant la “contestation”⁹²¹ et de l'autorité compétente⁹²² pour trancher »⁹²³. Ainsi, le domaine *rationae materiae* de la matière civile dépasse largement la distinction française organisée selon les ordres de juridiction⁹²⁴. L'autonomie des notions joue dès lors un rôle essentiel.

Cette précision des termes relatifs à l'applicabilité de l'article 6 § 1 permet ainsi de considérer que l'objet du différend ne sera pas un obstacle à l'application des garanties processuelles au sein des règlements amiables des différends. Cependant, *quid* de la nature de l'organe permettant la résolution du différend ?

2. La nature de l'organe résolutoire du différend

252. « Tribunal », une notion autonome. L'article 6 § 1 de la Convention européenne dispose que « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue (...), par un tribunal (...), établi par la loi, qui décidera (...) ». La notion de « tribunal » est une notion clef du droit processuel qu'il est difficile de cerner⁹²⁵. Afin de respecter l'objectif d'un droit uniforme, la Cour européenne dispose également d'une interprétation autonome de la notion, qui impose que la qualification de l'organe en question ne dépende pas uniquement des dispositions de la loi nationale. Elle n'est en effet pas tenue par les contours fixés en droit interne et utilise notamment le terme de « tribunal » plutôt que de « juridiction »⁹²⁶. Il en ressort qu'un organe qui n'est pas considéré comme étant un « tribunal » par une loi étatique pourra être qualifié comme tel au regard de l'article 6 de la Convention dès lors que cet organe présente certaines caractéristiques mise en avant par la Cour européenne. La Cour a notamment admis que « seul mérite l'appellation de “tribunal” au sens de l'article 6 § 1 un organe jouissant de la plénitude

⁹²¹ Qu'il s'agisse d'une loi civile, commerciale, administrative, etc.

⁹²² Qu'il s'agisse d'une autorité juridique de droit commun, d'un organe administratif, etc.

⁹²³ CEDH, 29 mai 1997, *Georgiadis c. Grèce*, req. n° 21522/93, § 34.

⁹²⁴ Pour une analyse précise des contentieux considérés comme des contestations sur des droits et obligations de caractère civil v. not. « Code de procédure civile commenté - Art. 6 – Droit à un procès équitable », Lamyline.

⁹²⁵ Déjà en 1928, le professeur Francesco CARNELUTTI affirmait qu'il n'y a pas « pour la science procédurale de problème plus grave que celui qui concerne la détermination de la fonction juridictionnelle » (*in* « Lite et funzione processuale », *Riv. dir. proc. civ.*, 1928, 1, p. 23).

⁹²⁶ L'emploi de ces deux notions peut être source de confusion, l'une et l'autre étant difficilement distinguées. La notion de « tribunal » tend ainsi à absorber celle de juridiction : v. not. E. JEULAND, *Droit processuel général*, op. cit., n° 68 *sq.*, pp. 139 et s. Si la section est intitulée « Notion de tribunal », c'est le mot « juridiction » de l'index qui y renvoie. Au terme « Tribunal » de l'index, il est renvoyé à celui de juridiction.

de juridiction et répondant à une série d'exigences »⁹²⁷. Quelles sont pour autant ces exigences qui permettent de qualifier un organe de « tribunal » devant lequel les garanties mentionnées par l'article 6 § 1 de la Convention devront être mises en œuvre ?

253. Étude des critères. Des critères ont été identifiés tant au niveau interne – et notamment par la jurisprudence administrative – qu'au niveau européen par la Cour de justice afin de qualifier un organe de « tribunal »⁹²⁸. Dès lors, les critères considérés par la Cour européenne peuvent-ils être assimilés à ceux mis en avant par la jurisprudence administrative ou par la Cour de justice de l'Union européenne ? Selon la jurisprudence administrative, trois conditions doivent être réunies pour qualifier un organe de juridiction. Il faut tout d'abord qu'une loi ait créé l'organisme⁹²⁹. La deuxième condition prévoit que l'organisme doit comporter des magistrats ou des membres indépendants et respecter les principes fondamentaux de la procédure. Enfin, la troisième condition, perçue comme le critère essentiel, prévoit que l'organisme tranche une prétention selon les règles de droit⁹³⁰. Ces trois conditions mettent en exergue un critère légal, en application de l'article 34 de la Constitution, un critère formel (ou organique) et un critère matériel. Quant à la conception de la Cour de justice de l'Union européenne, elle apparaît plus ou moins large selon les cas. Si les critères qui ressortent des dispositions de l'article 47 de la Charte sont similaires à ceux précédemment évoqués, la Cour de justice de l'Union européenne a développé une jurisprudence déterminant ce qu'est un tribunal au sens de l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, afin de reconnaître les organes pouvant lui poser des questions préjudicielles⁹³¹. Par le biais d'un faisceau d'indices, la Cour de justice met en avant plusieurs caractéristiques afin d'apprécier si un organe possède ou non le caractère de tribunal : « l'origine légale de l'organisme, sa permanence, le caractère obligatoire de sa juridiction, la nature contradictoire de la procédure,

⁹²⁷ CEDH, 13 févr. 2003, *Chevrol c. France*, req. n° 49636/99, § 76 ; v. entre autres, les arrêts *Ringelsen c. Autriche* du 16 juill. 1971, préc., § 95 ; *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique* du 23 juin 1981, préc., § 55 ; *Belilos c. Suisse* du 29 avr. 1988, req. n° 10328/83, § 64, et surtout l'arrêt *Beaumartin c. France* du 24 nov. 1994, req. n° 15287/89, §§ 38 et 39.

⁹²⁸ V. not. E. JEULAND, *Droit processuel général*, n°s 69 s., pp. 140 s.

⁹²⁹ Critère qui peut apparaître insuffisant, en raison du manque de précision quant à la nature de l'organisme créé par la loi.

⁹³⁰ V. CE Ass., 12 déc. 1953, *De Bayo*, p. 544.

⁹³¹ TFUE, art. 267 (ex Traité CE, art. 234) – pour ex. CJUE, ord., 12 janv. 2010, *Amiraike Berlin GmbH*, aff. C-497/08, *Europe* 2010, n° 103, obs. RIGAUX, précisant que l'organisme de renvoi doit être appelé à trancher un litige pour être qualifié de juridiction. Et, sur les critères de qualification CJUE, 14 juin 2011, *Miles et a.*, aff. C-196/09, *JCP* 2011, 732, obs. PICOD ; CJUE, 19 déc. 2012, *Epitropos tou Elegktikou Synedriou sto Ypourgelo Politismou kai Tourismou*, aff. C-363/11, *Europe* 2013, n° 68, obs. MICHEL ; CJUE, 31 janv. 2013, *Valeri Hariiev Belov c. Chez Elektro Bulgaria AD*, aff. C-394/11, *JCP* 2013, 183, obs. BERLIN ; *Europe* 2013, n° 116, obs. MEISTER.

l'application, par l'organisme, des règles de droit ainsi que son indépendance »⁹³². Eu égard à ces différentes considérations et avant de s'intéresser précisément aux critères considérés par la Cour européenne afin de qualifier un organe résolutoire de différends de « tribunal », il peut être affirmé que la souplesse est de mise dans sa conception.

254. Premier critère : le critère légal. Le premier critère, envisagé tant au niveau national par la jurisprudence administrative qu'au niveau communautaire par la Cour de justice, n'est que secondaire pour la Cour européenne. Si ce critère de l'origine légale de l'organisme apparaît dans la lettre même de l'article 6⁹³³, la Cour fait une interprétation autonome de la notion de « tribunal ». Ainsi, la qualification de l'organe ne dépend pas uniquement des dispositions de la loi nationale. Dans le même sens, Monsieur le professeur Emmanuel JEULAND avait relevé que ce critère pouvait apparaître insuffisant du fait que les lois précisent rarement la nature des organismes créés⁹³⁴. L'analyse revient dès lors tout entière à la Cour européenne.

255. Ce premier critère fait notamment émerger de vives interrogations relativement au domaine de l'arbitrage. Si ce processus a été exclu de la présente étude, c'est en raison de son caractère juridictionnel qui le tient à distance de la nature singulière des règlements amiables⁹³⁵. L'interrogation est d'autant plus légitime du fait de son appellation : on parle de « tribunal arbitral ». Ainsi, pour quelles raisons un « tribunal arbitral » ne pourrait pas être considéré comme un « tribunal » ? Au sens administratif et communautaire, le tribunal arbitral n'est pourtant pas appréhendé comme une juridiction. Ce raisonnement résulte du fait que le tribunal arbitral est constitué par les parties et non par la loi. En conséquence, le premier critère présenté ne serait en effet pas respecté. Or, en France, l'arbitrage est soumis aux règles du Code de procédure civile, qui est une loi dans son terme générique⁹³⁶. En outre, et comme il a été précisé précédemment, la Cour n'exige pas qu'une juridiction soit créée par la loi pour se voir appliquer les principes fondamentaux processuels. Une grande partie de la doctrine considère à ce titre que l'article 6 § 1 doit s'appliquer à l'arbitrage⁹³⁷. Ainsi, dès lors que la justice alternative à la

⁹³² CJUE, 14 juin 2011, *Miles et a*, préc., § 37, *JCP* 2011, act. obs. F. PICOD ; V. J. RIDEAU et F. PICOD, *Code de procédures juridictionnelles de l'Union européenne*, LexisNexis Litec, 2002, pp. 299-304.

⁹³³ Cf. CESDH, art. 6 § 1 : « un tribunal (...), établi par la loi ».

⁹³⁴ E. JEULAND, *Droit processuel général*, op. cit., p. 141.

⁹³⁵ Cf. introduction n^{os} 7 s.

⁹³⁶ À l'instar de l'analyse du Doyen CARBONNIER, la « loi » est ici entendue comme « toute règle de droit voulue par l'État sous la sanction de la contrainte » et non dans son sens technique selon lequel « la loi est la règle émanant du Parlement, par opposition au décret, qui émane du chef de l'État, ou du chef de gouvernement » (*Id.*, *Droit civil. I/ Introduction, Les personnes*, Paris, 8^e éd., PUF, Thémis, [1955] 1969).

⁹³⁷ C. CHAINAIS, « Exigences du procès équitable et arbitrage : existence et essence du droit à un procès arbitral équitable », in L. MILANO (dir.), *Convention européenne des droits de l'homme et droit de l'entreprise*, Anthemis, Coll. « Droit & justice », 2016, pp. 265-322.

justice étatique peut se voir reconnaître les garanties prévues par l'article 6 § 1 de la Convention, *quid* des règlements amiables ? Ces derniers ont également été consacrés au sein des textes de loi, qu'il s'agisse du Code de procédure civile, du Code de procédure pénale, du Code de la justice administrative ou encore du Code civil⁹³⁸. Pour autant, l'interrogation à leur sujet soulève davantage de difficultés, notamment au regard des autres critères appréciés par la Cour européenne.

256. Deuxième critère : le critère formel. Dans l'arrêt *Sramek c. Autriche* rendu le 22 octobre 1984, la Cour européenne a jugé que le « tribunal » doit être caractérisé par sa fonction juridictionnelle qui consiste à « trancher, sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence »⁹³⁹. Le deuxième critère qui ressort de cet arrêt et qui est également envisagé par la jurisprudence administrative et la Cour de justice porte sur le respect des règles procédurales. En effet, la Cour européenne expose la nécessité d'une « procédure organisée »⁹⁴⁰. Si le périmètre des exigences procédurales minimales n'est pas clairement établi, le droit positif français a largement envisagé l'organisation des processus amiables au sein de ses textes. De plus, la Directive Médiation du 21 mai 2008 ne définit-elle pas la médiation comme « un processus structuré »⁹⁴¹ ? Les règlements amiables sont, depuis quelques décennies déjà, des processus dont l'organisation est structurée afin de mettre les parties dans les meilleures conditions pour résoudre leur différend. Or, ce critère formel est insuffisant pour qualifier un organe de « tribunal » aux fins de l'article 6 § 1 de la Convention.

257. Troisième critère : le critère matériel. Le critère essentiel pour la Cour européenne est bien le critère matériel⁹⁴² : ce qui importe est l'existence d'une fonction juridictionnelle⁹⁴³. Au titre de cette fonction, se pose nécessairement la question de savoir si

⁹³⁸ V. *supra* n° 143.

⁹³⁹ CEDH, 22 oct. 1984, *Sramek c. Autriche*, req. n° 8790/79, § 36.

⁹⁴⁰ *Ibid.*

⁹⁴¹ Dir. 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, JOUE n° L 136, 24 mai 2008, p. 3, art. 3.

⁹⁴² Dans l'arrêt *Sramek c. Autriche* (préc.), la Cour européenne donne en effet une définition matérielle du tribunal. Pour Madame Julie MEUNIER, cet « attachement à une définition matérielle du tribunal confirme en définitive la tendance à considérer que le champ du procès équitable n'est pas enserré dans les limites strictes définies, *a priori*, par les États » (« La notion de procès équitable devant la Cour européenne des droits de l'homme », in H. RUIZ FABRI (dir.), *Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs*, Paris, Société de Législation comparée, 2003, pp. 185-208).

⁹⁴³ CEDH, *Sramek c. Autriche*, préc., § 36 ; CEDH, 10 mai 2001, *Chypre c. Turquie*, req. n° 25781/94, § 233 : « Un tribunal se caractérise au sens matériel du terme par son rôle juridictionnel : trancher, sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence ».

l'organe doit « décider », tel que le précise la lettre de l'article 6 § 1 de la Convention⁹⁴⁴, ou s'il peut se contenter de constater une situation. La doctrine publiciste est la première à s'être intéressée à ce sujet afin de distinguer l'activité juridictionnelle de l'activité administrative⁹⁴⁵. Elle a admis que seule la prise de décision représentait un acte juridictionnel, alors que la constatation revêtait la nature d'un acte administratif⁹⁴⁶. La critique a pourtant objecté que tous les actes juridictionnels ne comportaient pas de décision, à l'instar des questions préjudicielles. Certains auteurs ont notamment reconnu que la constatation effectuée par le juge reste le principal élément caractéristique de l'acte juridictionnel⁹⁴⁷. En matière civile, pourtant, la question est tout autre. Il s'agit de se questionner sur le fait de savoir si l'organe doit trancher un litige ou seulement dire le droit⁹⁴⁸. En retenant un critère téléologique, du but et de la finalité de l'acte, cette partie de la doctrine retient que la fonction juridictionnelle consiste à dire le droit tout en opérant une constatation, c'est-à-dire une vérification des situations juridiques⁹⁴⁹. Le débat transparait dès lors à travers les interrogations concernant la matière gracieuse. La matière gracieuse est caractérisée par l'absence de litige. Le juge n'a pas à trancher un différend entre deux parties, mais dit le droit en confrontant la situation dont il est saisi au respect du droit positif⁹⁵⁰. Malgré de vives divergences sur la qualification de la juridiction gracieuse⁹⁵¹, il semble désormais que les auteurs s'accordent pour incorporer la matière gracieuse à la notion de juridiction⁹⁵². Si Monsieur le professeur Loïc CADIET avait reconnu que « l'absence d'adversaire n'est pas l'absence de litige »⁹⁵³, l'absence de litige n'est pas non plus l'absence

⁹⁴⁴ Cf. art. 6 § 1 CESDH : « un tribunal (...) qui décidera ».

⁹⁴⁵ E. ARTUR, « De la séparation des pouvoirs et de la séparation des fonctions de juger et d'administrer », *RDP* 1904, spéc. p. 118.

⁹⁴⁶ Exposé in L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, op. cit., n° 215, pp. 406 s. ; v. L. DUGUIT, « L'acte administratif et l'acte juridictionnel », *RDP* 1906, pp. 446 et s.

⁹⁴⁷ S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, L. MAYER, *Procédure civile*, 35^e éd., Dalloz, Coll. « Précis », oct. 2020, n° 1112, p. 790.

⁹⁴⁸ V. not. D. D'AMBRA, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, préf. G. WIEDERKEHR, Paris, LGDJ, Coll. « Thèses », t. 236, 1994, 362 p.

⁹⁴⁹ S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, L. MAYER, *Procédure civile*, op. cit., spéc. n° 1112, pp. 781-793.

⁹⁵⁰ V. CPC, art. 25 qui évoque notamment que la demande est soumise au seul contrôle du tiers (le juge).

⁹⁵¹ V. not. les professeurs GLASSON et TISSIER (*Procédure civile*, Sirey, 1925, p. 33), VIZIOZ (*Études de procédure*, Paris, Dalloz, Coll. « Bibliothèque Dalloz », 2011, p. 13), SOLUS et PERROT (*Droit judiciaire privé*, T. I, Imprimerie Jouve, 1961, p. 446), COUCHEZ (*Procédure civile*, Dalloz, 1998, n° 1155) et D'AMBRA (op. cit., p. 293) qui estimaient que la décision gracieuse était en opposition totale avec l'acte juridictionnel ou encore, suivant la voie tracée par HEBRAUD (*Commentaire de la loi du 15 juillet*, 1944, D. 1946, 333), Messieurs les professeurs Loïc CADIET (*Droit judiciaire privé*, Litec, 1998, n° 313) et Serge GUINCHARD (ID. et J. VINCENT, *Procédure civile*, Dalloz, Coll. « Précis », 1999, n° 161 ; plus récemment v. ID. et a., *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, 36^e éd., Dalloz, Coll. « Précis », 2022, nos 1852-1853, pp. 1441-1442) qui y voyaient davantage une différence de degré que de nature.

⁹⁵² Le professeur HEBRAUD affirmait déjà en 1944 l'existence d'une unité fondamentale du gracieux et du contentieux (in *Commentaire de la loi du 15 juillet 1944*, préc.). En outre, il peut être constaté que le CPC reproduit le régime des décisions gracieuses avec celui des actes juridictionnels, et les oppose aux mesures d'administration judiciaire.

⁹⁵³ L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, op. cit., n° 215, p. 406.

de différend⁹⁵⁴. Un conflit sous-tend la demande et le juge intervient en guise de contrôle de sa résolution. La difficulté apparaît dès lors relativement à la qualification des jugements d'homologation, notamment à la suite d'un règlement amiable tel qu'une conciliation ou une médiation. En effet, le Code de procédure civile précise régulièrement que l'homologation relève de la matière gracieuse⁹⁵⁵. Dès lors, il s'agit bien d'un jugement dont la procédure est régie par les règles du procès équitable au regard de l'organe qui le rend.

258. La Cour de justice de l'Union européenne n'est cependant pas de cet avis et indique que le juge doit prendre une décision pour qu'il y ait acte juridictionnel⁹⁵⁶ ; cela dans le strict respect de ses critères d'étude précédemment exposés. La Cour européenne, quant à elle, se montre bien plus souple et s'attache précisément au contrôle effectué par le « tribunal ». Dans son arrêt *Siegel c. France*, elle a en effet décidé que la procédure gracieuse de partage successoral, qui se déroule devant notaire désigné par le tribunal et tend à la détermination des droits et obligations civils du requérant, est si étroitement liée au contrôle de ce tribunal qu'elle relève du domaine d'application de l'article 6 § 1⁹⁵⁷. La Cour se base ainsi sur le contrôle exercé sur la procédure de partage pour affirmer l'assimilation à un « tribunal » et l'application des exigences de l'article 6 § 1. Cette jurisprudence conduit dès lors à faire un parallèle avec les règlements amiables des différends. En effet, lorsqu'un règlement amiable est intégré au sein d'une instance juridictionnelle, même gracieuse, les exigences du procès équitable doivent être respectées. Il s'agit notamment des conciliations réalisées par le juge lui-même. Or, cette affirmation n'est pas surprenante. Il est tout autant légitime que logique que les règles et garanties du droit processuel s'appliquent lorsque le juge intervient dans sa mission traditionnelle ou pour une mission de résolution amiable des différends. Pour autant, cette décision de la Cour européenne est tout à fait inédite dans le sens où elle applique l'article 6 § 1 à une procédure réalisée devant notaire, c'est-à-dire un officier ministériel non rattaché au service public de la justice. Par conséquent, une telle décision pourrait laisser penser que les médiations et conciliations judiciaires règlementées par les textes sont également soumises au modèle du procès équitable.

⁹⁵⁴ Illustration not. en matière de divorce par consentement mutuel qui « relève de la matière gracieuse » (C. civ., art. 1088). Le juge n'intervient pas pour trancher un litige, mais pour contrôler la demande qui lui est présentée par les époux (Cf CPC, art. 25 et s.).

⁹⁵⁵ Cf. CPC, art. 131 et 131-12. Pour autant, certains articles manquent encore de précision à ce sujet (Cf. CPC, art. 1565.), ce qui maintient l'indétermination.

⁹⁵⁶ CJCE, 19 oct. 1995, *Job Centre*, aff. C-111/94, *Rec.* 1995, I, p. 3361, pt. 11.

⁹⁵⁷ CEDH, 28 nov. 2000, *Siegel c. France*, req. n° 36350/97, §§ 33-38. Pour précision, v. *infra* n° 263.

259. Enfin, la fonction juridictionnelle implique un autre indice, tiré de l'autorité de la chose jugée. « Serait juridictionnel ce qui a autorité de la chose jugée »⁹⁵⁸. Si la question a déjà été évoquée concernant l'autorité de la chose jugée des règlements amiables⁹⁵⁹, il est donc possible de considérer leur soumission aux exigences du procès équitable.

B) La soumission des règlements amiables aux exigences du procès équitable

260. **Domaine de l'étude.** « Dans une société démocratique au sens de la Convention, le droit à une bonne administration de la justice occupe une place si éminente qu'une interprétation restrictive de l'article 6 par. 1 (art. 6-1) ne correspondrait pas au but et à l'objet de cette disposition »⁹⁶⁰. Afin d'assurer la protection effective du droit à un procès équitable, la Cour européenne consacre une interprétation large de cette garantie. Il en ressort dès lors qu'une autorité qui ne figure pas parmi les juridictions d'un État peut, aux fins de l'article 6 § 1, s'analyser néanmoins en un « tribunal » au sens matériel du terme. L'attractivité du modèle du procès équitable a ainsi conduit à judiciariser de nombreux organes. *Quid*, dès lors, de la procédure de règlement amiable des différends ? Peut-on considérer qu'elle se déroule sous la direction d'un « tribunal » constitué par les parties elles-mêmes ? Et par-là, *quid* de l'application du modèle du procès équitable à la procédure de règlement amiable ?

Afin d'apprécier la possibilité d'une soumission des règlements amiables aux exigences du procès équitable, il est avant tout nécessaire d'étudier les contours et l'étendue précise de l'applicabilité du modèle aux procédures amiables (1.). Eu égard à la complexité de ce contexte processuel, deux hypothèses seront présentées pour comprendre l'ingérence du droit au procès équitable dans les modes amiables de résolution des différends. Cependant, en raison de la flexibilité du droit, il sera légitime d'envisager une solution intermédiaire, en harmonie avec la nature des règlements amiables. Adaptabilité et proportionnalité se lieront pour rechercher l'équilibre nécessaire à toute procédure au regard des garanties protégées par le modèle du procès équitable. Il sera alors question d'apprécier le contrôle de proportionnalité aux fins d'une procédure amiable équitable (2.).

⁹⁵⁸ L. CADJET, J. NORMAND et S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, op. cit., n° 215, p. 408.

⁹⁵⁹ V. *supra* n°s 111 s.

⁹⁶⁰ CEDH, 17 janv. 1970, *Delcourt c. Belgique*, req. n° 2689/65, § 25.

1. Analyse de l'étendue de l'application du modèle du procès équitable aux règlements amiables

261. Le règlement amiable, sous la direction d'un « tribunal » ? Il serait rapidement admis, à la simple lecture des textes et selon une appréciation stricte de la nature d'un « tribunal », que l'article 6 § 1 de la Convention ne s'applique pas, formellement, aux règlements amiables. En effet, le tiers n'est pas – sauf dans le cadre des médiations et conciliations réalisées par un juge – un magistrat et n'intervient pas au sein d'un « tribunal » tel qu'envisagé par le droit français. En ce sens, la doctrine majoritaire insiste sur le fait que les modes amiables de résolution des différends doivent demeurer des instruments contractuels de régulation et que leur réussite est consubstantiellement attachée à l'exclusion des exigences du procès équitable⁹⁶¹. Pourtant, si ces auteurs prônent la logique contractuelle qui doit inspirer les modes amiables, ils ne récusent pas l'influence des principes du procès équitable en leur sein. En ce sens, ils admettent que le procès équitable en serait « un guide essentiel »⁹⁶². Mais un « guide » n'est-il pas la personne qui dirige et protège la marche de quelqu'un ? Au sens militaire du terme, il s'agit notamment d'un soldat ou d'un gradé sur lequel les autres soldats doivent régler leurs mouvements⁹⁶³. Dès lors, envisagé ainsi, le modèle du procès équitable dirige le déroulement et la bonne marche du processus amiable.

262. Les dernières évolutions législatives – et notamment la consécration des règlements amiables dans les textes – ont conduit à reconnaître l'extension des exigences requises d'un tribunal au sein de ces processus. La Directive Médiation du 21 mai 2008 est notamment allée en ce sens. De même, la Cour européenne a parfois appliqué les principes fondamentaux processuels aux règlements amiables qui étaient liés au contrôle du juge⁹⁶⁴. Cette diffusion du modèle du procès équitable peut dès lors être appréciée de deux manières : une application matérielle du modèle dans son intégralité ou l'exigence du respect de ses garanties prises individuellement. La première hypothèse apparaîtrait la plus douteuse au regard de la nature hybride des règlements amiables. Pourtant, un arrêt de la Cour européenne a permis de relancer le débat. L'analyse de l'arrêt *Siegel c. France* permet en effet d'affirmer que les modes amiables règlementés, qui donnent lieu à un contrôle du juge étatique, sont soumis au modèle du procès équitable. Si la Cour européenne s'est attachée à prendre en considération le contrôle

⁹⁶¹ V. not. N. FRICERO, « Modes alternatifs de règlement des conflits et procès équitable », art. préc. ; J. TIMSIT, « La médiation : une alternative à la justice et non une justice alternative », *Gaz. Pal.*, 15 nov. 2001, n° 319, p. 53.

⁹⁶² C. PEULVE, « La dimension processuelle de la procédure participative », *LPA*, 16 avr. 2012, n° 76, p. 6.

⁹⁶³ A. REY (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, op. cit., et CNRTL, v° « Guide ».

⁹⁶⁴ CEDH, 28 nov. 2000, *Siegel c. France*, préc. (v. supra n° 258).

du juge dans la procédure en cause, tous les éléments factuels retenus dans cet arrêt se retrouvent dans la situation du règlement amiable ; ce qui permet alors de faire le rapprochement.

263. Considération du contrôle du juge pour une applicabilité du modèle. Précisément, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *Siegel c. France*, il s'agissait d'un partage réalisé selon la procédure gracieuse applicable en matière successorale en Alsace-Moselle, qui s'était uniquement déroulée devant deux notaires. Ledit partage avait été conclu à l'amiable sans que le tribunal d'instance n'intervienne autrement que pour prononcer l'ouverture de la procédure, et désigner les notaires d'ailleurs proposés par les parties. L'applicabilité de l'article 6 § 1 était en effet « sujette à caution »⁹⁶⁵, et ce, notamment en raison du fait que « la procédure de partage (...) ne fut ni entièrement judiciaire ni entièrement amiable »⁹⁶⁶. Le rôle du tribunal d'instance d'Illkirch-Graffenstaden avait été réellement modeste, et les deux notaires ne pouvaient véritablement être qualifiés de « tribunal » décidant d'« une contestation sur des droits de caractère civil », au sens de l'article 6 § 1 de la Convention. Pourtant, en s'appuyant sur l'homologation réalisée de l'état liquidatif dressé par le notaire⁹⁶⁷, la Cour européenne a estimé que « la procédure devant les notaires était si étroitement liée au contrôle du tribunal d'instance qu'elle ne peut pas être dissociée dudit contrôle aux fins de la détermination des droits et obligations de caractère civil du requérant ». La Cour européenne a alors conclu que l'article 6 § 1 de la Convention s'appliquait en l'espèce⁹⁶⁸. Elle a ici pris le parti de majorer le rôle du tribunal d'instance, plutôt que d'affirmer que le notaire constitue un « tribunal » au sens de l'article 6 § 1. Par cet arrêt, la Cour européenne procède à une extension astucieuse du domaine de l'article 6 § 1 en le jugeant applicable à une affaire qui avait été entendue non pas par une juridiction mais par des tiers, auxiliaires de justice⁹⁶⁹.

Cet arrêt crée ainsi un parallèle évident avec la procédure amiable de résolution des différends. Dans le cadre d'une médiation judiciaire⁹⁷⁰, le juge étatique désigne le médiateur, fixe la durée de sa mission, le montant de la provision, ainsi que sa rémunération. Informé de l'avancée de la procédure, il peut également y mettre fin de son propre chef. Enfin, l'affaire revient entre ses mains pour homologation de l'accord, selon les règles de la matière gracieuse.

⁹⁶⁵ Considération admise par la Cour européenne, elle-même, dans son arrêt *Siegel c. France* (préc.), § 33.

⁹⁶⁶ *Ibid.*, § 33.

⁹⁶⁷ *Ibid.*, §§ 34 et 35.

⁹⁶⁸ *Ibid.*, § 38.

⁹⁶⁹ Eu égard à cette extension des garanties de l'art. 6 § 1 CESDH en amont de l'intervention du juge contentieux, Monsieur le professeur MARGUENAUD, Madame DAUCHEZ et Maître DAUCHEZ évoquent notamment un « droit à un notariat équitable » (*in* « La légitimation du notariat par le droit européen des droits de l'Homme », *JCP N*, 2015, n° 18, étude 1147, p. 51).

⁹⁷⁰ CPC, art. 131-1 et s. Affirmation observable également dans le cadre de la conciliation déléguée à un conciliateur de justice : CPC, art. 129-2 et s.

Autrement dit, la procédure de règlement amiable reste liée au contrôle du juge⁹⁷¹, à l'instar de la procédure gracieuse en matière de partage successoral analysée dans l'arrêt *Siegel*. Si les règlements amiables ne peuvent être considérés comme des tribunaux, le contrôle du juge qui en résulte est l'élément favorable à l'appréciation de l'applicabilité de l'article 6 § 1 de la Convention. Ainsi, le modèle du procès équitable mérite d'être appliqué à la procédure amiable de résolution des différends.

264. Pour autant, des interrogations persistent. De manière comparable au phénomène déjà perceptible de l'arborescence du droit, les règlements amiables se sont déployés ; revêtant non pas un régime unique, mais des techniques de résolution diversifiées. En effet, certains modes amiables se réalisent sous l'égide du juge du commencement à la fin de la procédure. Dans ce cas, la situation est claire. Il n'apparaît aucune difficulté. Ce dernier peut intervenir et régir la procédure en tant que tiers conciliateur⁹⁷², mais encore, en tant que simple garant du bon déroulement de la procédure. En raison de la présence du juge et de son contrôle, lesdits règlements amiables sont soumis au modèle du procès équitable.

D'autres règlements amiables se réalisent loin de la figure du juge et selon la seule direction des parties, mais ils réinvestissent régulièrement l'appareil judiciaire pour obtenir la validation de l'accord et sa force exécutoire. Si la nécessité d'une homologation du juge s'observait déjà dans certaines matières⁹⁷³, elle apparaît d'autant plus encouragée par les dernières réformes.

En effet, récemment, l'obligation de tenter une conciliation, une médiation, ou encore une procédure participative, a été étendue aux demandes de moins de 5 000 euros ainsi qu'aux conflits de voisinage⁹⁷⁴. L'alinéa 2 de l'article 750-1 du Code de procédure civile énonçait cependant les exceptions à ce principe, c'est-à-dire les situations dans lesquelles la juridiction pouvait être saisie directement, sans tentative préalable de résolution amiable du différend. Il s'agissait, tout d'abord, de l'hypothèse posée par la loi du 18 novembre 2016 suivant laquelle l'une des parties au moins « sollicite l'homologation d'un accord »⁹⁷⁵. Il s'agissait ensuite des hypothèses ajoutées par la loi du 23 mars 2019 dans lesquelles un recours gracieux ou une tentative de conciliation préalable sont déjà imposés par un texte spécifique⁹⁷⁶. Enfin, outre la

⁹⁷¹ V. not. CPC, art. 131-1, al. 2 qui dispose : « En aucun cas [la médiation] ne dessaisit le juge, qui peut prendre à tout moment les autres mesures qui lui paraissent nécessaires ».

⁹⁷² CPC, art. 128 et 129.

⁹⁷³ Not. dans la matière pénale et pour les divorces conventionnels.

⁹⁷⁴ L. n° 2019-222 du 23 mars 2019, préc., art. 3 – Décr. n° 2022-245 du 25 févr. 2022, préc., art. 1 en application de la loi n° 2021-1729 du 22 déc. 2022, préc.

⁹⁷⁵ CPC, art. 750-1, 1°.

⁹⁷⁶ CPC, art. 750-1, 2° et 4°.

justification par un motif légitime⁹⁷⁷, le décret n° 2022-245 du 25 février 2022 a inséré une dernière exception relative à l'engagement, sans succès, d'une procédure simplifiée de recouvrement de petites créances par le créancier⁹⁷⁸. Au regard des premières exceptions citées, la lettre de l'article mettait en avant les intérêts d'une homologation de l'accord obtenu, et conduisait au renforcement du contrôle *a posteriori* effectué par le juge sur les règlements amiables extrajudiciaires⁹⁷⁹. Ce constat renforce dès lors la vision précédemment exposée d'une certaine utopie du développement du phénomène de déjudiciarisation⁹⁸⁰. Ce qui conduit à reconnaître le respect des garanties de l'article 6 § 1 en ces procédures de résolution des différends, notamment en raison de l'importance de cette homologation du juge qui subordonne l'efficacité de l'accord obtenu. En effet, l'homologation n'est pas une simple formalité mais un acte juridictionnel gracieux par lequel le juge examine l'accord conclu entre les parties et vérifie le respect des intérêts dont il est le garant⁹⁸¹. Dans cette perspective, l'homologation peut alors être identifiée comme une fonction juridictionnelle, « c'est-à-dire une activité uniforme, pleinement intégrée à la fonction de juger, mais aussi autonome et particulière en son sein »⁹⁸².

265. Or, malgré la reconnaissance de l'importance du contrôle du juge, se pose encore la question concernant certains règlements amiables, tels que la médiation conventionnelle instaurée par les entreprises ou les organisations professionnelles. Pour ces derniers, rien ne permet d'affirmer la nécessaire applicabilité de l'article 6 § 1. Ainsi, *quid* de ces règlements amiables extrajudiciaires dont l'homologation n'est pas exigée ? Il est une distinction, présentée par Monsieur le professeur Xavier LAGARDE, entre l'ordre public de direction et l'ordre public de protection qui permettra nécessairement de préciser les contours de l'applicabilité du modèle du procès équitable auxdits règlements amiables.

⁹⁷⁷ CPC, art. 750-1, 3°. Ce motif légitime peut résider dans « l'urgence manifeste » qui tient « soit aux circonstances de l'espèce rendant impossible une telle tentative ou nécessitant qu'une décision soit rendue non contradictoirement soit à l'indisponibilité de conciliateurs de justice entraînant l'organisation de la première réunion de conciliation dans un délai manifestement excessif au regard de la nature et des enjeux du litige ». Le manque de précision de cette disposition est la cause de l'annulation de l'art. 750-1 du CPC par le CE (22 sept. 2022, n°s 436939 et 437002, § 42).

⁹⁷⁸ CPC, art. 750-1, 5°.

⁹⁷⁹ Bien que l'art. 750-1 ait été annulé (CE, déc. préc.), cette exception est encore prévue par l'art. 4 de la loi « Justice du XXI^e siècle » du 18 nov. 2016.

⁹⁸⁰ V. *supra* n°s 26 s.

⁹⁸¹ Certains auteurs n'hésitent pas à affirmer que le juge s'approprie en ce sens l'accord des parties pour en faire sa propre décision : Y. DESDEVICES, « Les transactions homologuées : vers des contrats juridictionnalisables ? », *D.* 2000, chron., p. 284 ; X. LAGARDE, « Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges », art. préc. ; T. GOUJON-BETHAN, « L'homologation par le juge. Essai sur une fonction juridictionnelle », LGDJ, Coll. « Thèse », Bibliothèque de droit privé, t. 611, 14 sept. 2021, 708 p.

⁹⁸² T. GOUJON-BETHAN, *résumé de thèse*. L'auteur évoque notamment « le procès de l'homologation », *op. cit.*, n° 48, p. 42.

266. Considération de l'ordre public pour une applicabilité du modèle. L'ordre public, exposé à l'article 6 du Code civil⁹⁸³, a pour objet la protection des fondements essentiels de la société mais également la protection de la partie la plus faible dans le cadre d'un contrat privé. La présente étude tend dès lors à apprécier le domaine dans lequel s'insère le règlement amiable afin de savoir s'il est d'ordre public ou non, et d'appréhender les conséquences relatives à l'applicabilité du modèle du procès équitable.

267. Si le domaine relève de l'*ordre public de direction*⁹⁸⁴, l'indisponibilité qui frappe les droits en cause interdit de se passer entièrement du champ de l'institution judiciaire. Les règlements amiables s'insèrent dans une procédure contentieuse afin d'apporter leur concours et sont alors considérés comme des modes quasi-juridictionnels⁹⁸⁵. « Les intérêts en jeu dépassent les intérêts des parties susceptibles de s'accorder »⁹⁸⁶, ce qui justifie le contrôle du juge. En ce sens, et afin que les parties soient dotées des garanties processuelles inhérentes à toute procédure, l'article 6 § 1 est nécessairement applicable. Pour illustration, l'auteur cite notamment les règlements amiables intervenant dans la matière pénale⁹⁸⁷, la matière administrative, ou dans les matières relatives à l'état des personnes. Il peut également s'agir de la résolution des différends en droit de la concurrence⁹⁸⁸.

268. Si le domaine relève de l'*ordre public de protection*⁹⁸⁹, la question de l'applicabilité du modèle apparaît plus complexe en raison de l'hybridité de la matière⁹⁹⁰. La liberté contractuelle détient une place essentielle, mais elle est conjuguée au respect des droits que consacrent les règles impératives. Ces règles visent à rétablir un certain équilibre contractuel entre les parties, l'une professionnelle et l'autre non professionnelle. Le tiers à la procédure amiable doit alors faire respecter ces règles obligatoires. Si les règlements amiables interviennent afin de favoriser la mise en œuvre de ces droits, les principes directeurs

⁹⁸³ C. civ., art. 6 : « On ne peut déroger par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».

⁹⁸⁴ L'ordre public de direction vise à assurer la protection d'un intérêt général.

⁹⁸⁵ E. JEULAND, *Droit processuel général*, op. cit., n° 88, p. 158.

⁹⁸⁶ X. LAGARDE, « Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges », *Rev. arb.*, 2001, pp. 423-449, spéc. n° 7, p. 431.

⁹⁸⁷ Qu'il est plus juste de nommer « mesures alternatives aux poursuites ».

⁹⁸⁸ Il s'agit en effet de règles édictées en vue de protéger l'économie du marché et de servir le développement des échanges de biens et de services. En ce sens, la Cour de cassation a pu affirmer, dans un arrêt en date du 26 mai 1992, que « sont nulles les conventions sous quelque forme et pour quelque cause que ce soit, ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence » (Cass., Com., 26 mai 1992, n° 90-13.499).

⁹⁸⁹ L'ordre public de protection vise à protéger les droits de la partie jugée faible au contrat. Le terrain d'élection privilégié de cet ordre public est le droit du travail, le droit de la consommation ou encore le droit des locataires.

⁹⁹⁰ E. JEULAND, *Droit processuel général*, op. cit., n° 88, p. 158 : « on se situe à mi-chemin entre le contractuel et le processuel » ; cf. introduction.

processuels doivent y trouver une assise réglée ; tel est le cas du principe d'impartialité du médiateur⁹⁹¹.

Pour autant, il convient de ne pas assimiler les droits protégés par une règle impérative aux droits indisponibles. En effet, à l'inverse de ces derniers, les droits en question peuvent faire l'objet d'une transaction⁹⁹² ou même d'une renonciation⁹⁹³. Dès lors, quelle logique – contractuelle ou institutionnelle/impérative – devrait être appliquée ? La consécration d'une logique contractuelle conduit à refuser le contrôle de l'institution judiciaire et, en ce sens, à créer un véritable risque pour les parties en raison d'une possible soustraction des règles impératives. Quant à la considération institutionnelle, elle n'apparaît pas non plus entièrement satisfaisante, notamment en raison de l'atteinte portée à la liberté des parties. Il est alors opportun d'envisager une solution intermédiaire. Afin d'assurer la protection des justiciables en ces matières relevant du domaine de l'ordre public de protection, la diffusion du modèle du procès équitable s'exerce via l'exigence du respect de ses garanties. Les règlements amiables ne seraient dès lors pas inclus au sein de l'institution judiciaire, mais se verraient appliquer nombre de ses garanties processuelles. Cette hypothèse renvoie à la question initialement posée et à la distinction établie entre applicabilité de la matière du droit au procès équitable et respect de ses garanties. Si la deuxième hypothèse apparaît comme la plus raisonnable, Monsieur le professeur Xavier LAGARDE a pourtant considéré l'existence d'un « ordre public processuel auquel les professionnels ne pourront déroger lorsqu'ils inviteront leurs cocontractants à suivre un processus de médiation »⁹⁹⁴. Or, eu égard aux principes directeurs posés par les textes relatifs à la matière, cet « ordre public processuel » ne serait pas autre chose que le modèle du procès équitable qui s'appliquerait conformément à la procédure suivie. En effet, les dernières réformes imposent le respect de certaines garanties processuelles dans les règlements amiables,

⁹⁹¹ Cf CPC, art 1530 qui précise dans la définition même de la médiation que le processus est réalisé « avec l'aide d'un tiers choisi par [les parties] qui accomplit sa mission avec impartialité ». – Pour une étude précise de ce principe, v. *infra* n^{os} 700 s.

⁹⁹² Bien que la transaction ne soit jamais totalement absente, et ce, même dans les matières qui paraissent relever assez nettement de l'ordre public de direction. V. not. W. DROSS, « Ordre public et transaction », déc. 2005, Lyon, France, pp. 63-85, hal-00457625. – Pour illustration, les statuts spéciaux des baux ne font pas obstacle à la transaction. La jurisprudence permet toujours au preneur de transiger lorsqu'il est en conflit avec son bailleur en abandonnant un ou plusieurs droits constituant son statut protecteur. A ainsi été cassé l'arrêt ayant estimé « qu'il n'y avait pas lieu d'admettre la validité d'une transaction portant sur une matière touchant l'ordre public » en matière de baux d'habitation soumis au statut de 1948, « alors qu'il est loisible au plaideur de transiger sur les modalités d'application d'un droit acquis, d'ordre public » : Cass., Soc., 16 nov. 1960, *Bull. civ.* IV n^o 1033.

⁹⁹³ Alors qu'il était difficilement pensable qu'une renonciation à un droit qualifié d'ordre public soit autorisé, tant la doctrine que la jurisprudence se sont prononcées en admettant une telle renonciation à la condition qu'il s'agisse d'un droit acquis : « S'il est interdit de renoncer par avance aux règles de protection établies par une loi d'ordre public, il est en revanche permis de renoncer aux effets acquis de telles règles » : Cass., Civ. 1^{re}, 17 mars 1998, n^o 96-13.972, *Bull. civ.* I, n^o 120 ; *JCP G.*, 1998, II, 10148, note S. PIEDELIEVRE. - v. aussi Cass., Soc., 16 mars 1999, n^o 96-44.551, *Bull. civ.* V, n^o 125 – Cass., Soc., 5 févr. 2002, n^o 99-45.861, *Bull. civ.* IV, n^o 54.

⁹⁹⁴ X. LAGARDE, « Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges », art. préc., p. 447.

sans pourtant admettre une applicabilité du modèle du procès équitable en leur sein. C'est également la voie que proposait de suivre la Commission européenne dans sa recommandation du 4 avril 2001 relative aux principes applicables aux organes extrajudiciaires chargés de la résolution consensuelle des litiges de consommation⁹⁹⁵. Elle prône en effet le respect et l'application des principes d'impartialité, de transparence, d'efficacité et d'équité⁹⁹⁶.

269. Enfin, et *a contrario*, si le domaine est à l'entière disposition des parties, l'accord serait, de manière tout à fait logique, purement contractuel. Dans ce cas, la procédure sous-jacente doit être envisagée selon les règles et principes du droit des contrats. La liberté contractuelle est en effet le principe majeur en ces matières. Or, l'étude doit se poursuivre en raison de la particularité de l'objet de ce règlement conventionnel, qui est de résoudre un différend⁹⁹⁷. Selon Monsieur le professeur Xavier LAGARDE, « l'existence d'un litige pèse sur le régime de la convention destinée à le résoudre »⁹⁹⁸ et ce processus « ne peut totalement s'affranchir du contexte processuel dès lors que l'objet de [la] prestation n'est rien d'autre que l'accomplissement d'une procédure »⁹⁹⁹. La nature de ces règlements amiables doit ainsi être appréhendée davantage au regard de la situation à laquelle elle donne naissance plutôt qu'aux obligations qui ressortent de l'accord conclu. L'engagement des parties de tenter un règlement du différend à l'amiable conduit à la mise en place d'une procédure organisée, et donc, d'une situation processuelle ; tout comme l'assignation conduit à la naissance du lien juridique d'instance. L'accord des parties à tenter un règlement à l'amiable pourrait dès lors apparaître comme un « contrat de procédure » ou un « acte processuel »¹⁰⁰⁰. Afin de poursuivre la connexion processuelle, l'accord conclu à la fin de la procédure de résolution du différend a pour effet de modifier la situation initiale des parties, et ce, à l'instar des effets d'un acte juridictionnel. La seule différence est que cette modification sera, dans un cas, acceptée et, dans l'autre, ordonnée.

⁹⁹⁵ Rec. n° 2001/310/CE, JOCE, série L, n° 109, 19 avr. 2001, p. 56 ; « La présente recommandation s'applique aux organes tiers responsables de procédures de résolution extrajudiciaire des litiges de consommation qui, indépendamment de leur dénomination, tentent de régler un litige en rapprochant les parties pour les convaincre de trouver une solution d'un commun accord » (I. Champ d'application, 1.).

⁹⁹⁶ *Ibid.*, II. Principes.

⁹⁹⁷ En effet, Monsieur le professeur LAGARDE affirme que « dans les matières où les parties ont la libre disposition de leurs droits, le principe de la liberté contractuelle doit prévaloir, sauf à préciser que l'objet processuel des conventions de règlement des différends influe naturellement sur leur régime » (*in* « Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges », art. préc., p. 423).

⁹⁹⁸ X. LAGARDE, « Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges », art. préc., n° 11, spéc. p. 439.

⁹⁹⁹ *Ibid.*, n° 12, spéc. p. 440.

¹⁰⁰⁰ *Ibid.*, n° 13, spéc. p. 441. – V. aussi V. GARCIA, *La contractualisation du procès. Essai sur le contrat processuel*, thèse dactylographiée, Université Toulouse 1 Capitole, pp. 186 et s. L'auteur parle d'un « contrat processuel ».

270. Contours de l'application des garanties processuelles au sein des règlements amiables. Tant la nature de ces règlements amiables que la considération du contrôle du juge – notamment par l'homologation¹⁰⁰¹ – permettent d'admettre que les exigences du procès équitable s'appliquent à ces modes conventionnels de résolution des différends. Cependant, la question initiale refait ici surface : s'agit-il d'une entière applicabilité du modèle ou de la seule considération du respect des droits fondamentaux processuels garantis par l'article 6 § 1 de la Convention européenne ? Afin de pallier cette difficulté d'analyse, et alors que cette application des exigences du procès équitable ne doit pas être perçue comme une contrainte mais comme un soutien, Monsieur le professeur Xavier LAGARDE a pris le parti d'envisager une possibilité de contractualiser l'article 6 § 1. Dans un but d'assurer une certaine sécurité juridique et un équilibre de la procédure, les parties pourraient envisager de contracter quant à l'application du modèle du procès équitable. Il serait alors indiqué dans le contrat que le règlement amiable respecte l'article 6 § 1 de la Convention européenne. Toutefois, outre cette possibilité donnée aux parties, cela pourrait être envisagé à plus grande échelle et devenir la pratique commune dans les règlements amiables des différends afin de préserver les intérêts de chacune des parties. En effet, il ressort de la lecture des textes relatifs aux règlements amiables extrajudiciaires que les exigences procédurales de l'article 6 § 1 de la Convention doivent être observées en leur sein, bien que l'applicabilité de la matière du procès équitable ne soit pas concrètement admise. Dès lors, si les médiations conventionnelles n'entrent pas, à l'heure actuelle, dans le champ d'application de l'article 6 § 1 de la Convention, cela ne veut pas dire que les exigences du procès équitable en soient exclues. Les garanties du procès équitable s'appliquent aux procédures « hors les juridictions ordinaires ».

271. Quoiqu'il en soit, d'une applicabilité de la matière du modèle du procès équitable ou du seul respect des garanties dudit modèle au sein des règlements amiables, cela ne conduit-il pas à l'observation de la processualisation du règlement amiable ? Cette distinction théorique pourrait dès lors apparaître secondaire. Se pose, en ce sens, la question de savoir si elle n'aurait pas été mise en exergue avec pour seul objectif de faire adhérer les réticents à l'intégration des règlements amiables au droit processuel. En effet, reconnaître que les règlements amiables ne sont pas soumis au modèle du procès équitable mais sont soumis à ses exigences, n'est-ce pas là une sorte d'hypocrisie affirmative ? Elle ne servirait qu'à combler les ombres de la lettre : les règlements amiables ne sont pas résolus par un « tribunal » étatique, ils ne sont pas des procès et, ainsi, ne doivent pas se conformer au modèle du procès équitable garanti par l'article

¹⁰⁰¹ V. *infra* n° 428.

6 § 1 de la Convention. Cependant, de manière pratique et compte tenu de l'analyse de leur nature, il s'agit de véritables procédures ayant pour objet de rétablir la paix sociale au moyen de la résolution d'un différend. Ils font œuvre de justice, et ainsi les parties doivent nécessairement être protégées. Monsieur le professeur Loïc CADIET n'hésite également pas à affirmer qu'« à défaut d'être de véritables procès mais à l'égal des procès judiciaires, [les règlements amiables sont] des procédures de règlement des conflits »¹⁰⁰². Le contrôle du juge est alors régulièrement nécessaire et les garanties du modèle du procès doivent être respectées.

Ce constat semble reproduire la solution rendue par la Cour européenne dans son arrêt *Siegel c. France*¹⁰⁰³. Sous couvert d'un contrôle du juge, si minime soit-il, la Cour admet l'applicabilité du modèle du procès équitable à une procédure réalisée devant notaires. Le contrôle du juge apparaît alors comme le garde-fou de la Cour, lui permettant de ne pas affirmer que le regroupement des notaires pourrait être considéré comme un « tribunal » ; ce qui serait en effet bien lointain de leur fonction. Dans le même sens, cette distinction entre applicabilité de la matière de l'article 6 § 1 ou le respect de ses principes ne serait qu'un subterfuge afin de ne pas reconnaître que les règlements amiables sont désormais bien intégrés au droit processuel et sont soumis aux principes directeurs qui le gouvernent.

272. Mise en balance des intérêts. Deux éléments méritent cependant d'être mis en évidence. Tout d'abord, s'il peut être affirmé que le modèle du procès équitable régit l'ensemble des règlements de résolution des différends en raison de leur objet, il ne faut pas omettre le fait que les règlements amiables ont été conçus dans un esprit de libéralisme¹⁰⁰⁴. Cette volonté de limiter l'intervention du pouvoir étatique et de se soustraire à la rigidité de l'institution sont des arguments inhérents à l'engouement porté aux règlements amiables. Cela ne doit alors pas être négligé dans l'étude des contours de l'applicabilité du modèle, afin de ne pas paralyser le bon déroulement de la justice amiable. Ensuite, le second élément – non moins important – s'intéresse à la méthode utilisée pour opérer la vérification du caractère équitable de la procédure amiable. La Cour européenne s'assure communément du respect des différentes garanties processuelles inscrites au sein de l'article 6 par l'intermédiaire d'un contrôle de l'ensemble de la procédure suivie¹⁰⁰⁵. Si les droits fondamentaux processuels de l'article 6 § 1

¹⁰⁰² L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, op. cit., 2^e éd., 2013, n° 52, p. 223 ; CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, op. cit., p. 134.

¹⁰⁰³ V. *supra* n° 263.

¹⁰⁰⁴ V. *supra* introduction.

¹⁰⁰⁵ Pour ce faire, la Cour européenne opère un contrôle de la procédure dans son ensemble afin de décider si elle s'est déroulée conformément aux exigences du procès équitable : v. CEDH [GC], 23 févr. 2017, *De Tommaso c. Italie*, req. n° 43395/09, § 172 ; CEDH [GC], 19 sept. 2017, *Regner c. République tchèque*, req. n° 35289/11, § 161.

peuvent être observés comme des composantes autonomes de la garantie d'un procès équitable¹⁰⁰⁶, c'est bien « l'équitabilité »¹⁰⁰⁷ générale de la procédure qui reste primordiale. Pour en assurer le respect, des limitations à certains de ces droits sont acceptées de manière précise et encadrée par la Cour européenne¹⁰⁰⁸. À l'instar de l'image de la balance, métaphore de la justice, un contrôle de proportionnalité quant à la protection des intérêts en cause est alors exercé¹⁰⁰⁹. De la même manière, afin de cerner les besoins des procédures amiables de règlement des différends, un tel contrôle mérite d'être pratiqué en leur sein.

2. Contrôle de proportionnalité des droits en présence aux fins d'une procédure amiable équitable

273. Proportionnalité et contrôle de valeurs. Désormais « conquérante »¹⁰¹⁰ et érigée par certains auteurs en un « nouvel art de juger »¹⁰¹¹, la proportionnalité s'est déployée, par le biais du contrôle dont elle est l'objet, dans les différentes branches du droit¹⁰¹². Appréhendé

¹⁰⁰⁶ V. not. S. GUINCHARD, « Procès équitable », *rép. proc. civ.*, Dalloz, mars 2017 (actualisation : déc. 2021), n^{os} 599-606 : « Égalité des armes, composante autonome de la garantie d'un procès équitable ». Ces principes font, à ce titre, l'objet d'une étude spécifique dans les arrêts de la Cour.

¹⁰⁰⁷ Pour reprendre l'expression de Madame Julie MEUNIER (*in* « La notion de procès équitable devant la Cour européenne des droits de l'homme », art. préc.).

¹⁰⁰⁸ Pour illustration, des limitations au droit d'accès au juge sont encadrées. Les limitations ne doivent pas restreindre l'accès ouvert à l'individu d'une manière ou à point tel que le droit d'accès s'en trouve atteint dans sa substance même. De plus, les limitations au droit d'accès ne se concilient avec l'article 6 § 1 que si elles poursuivent un « but légitime » et s'il existe un « rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé » (CEDH, 28 mai 1985, *Ashingdane c. Royaume-Uni*, req. n° 8225/78, §§ 57-60 – CEDH, 21 sept. 1994, *Fayed c. Royaume-Uni*, req. n° 17101/90, § 65 – CEDH [GC], 14 déc. 2006, *Markovic et autres c. Italie*, req. n° 1398/03, § 99 – CEDH [GC], 15 mars 2018, *Naït-Liman c. Suisse*, req. n° 51357/07, §§ 114-115).

¹⁰⁰⁹ V. not. M.-A. EISSEN, « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *in* L.-E. PETITI, E. DECAUX et P.-H. IMBERT, *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article, op. cit.*, pp. 65-81.

¹⁰¹⁰ M. BEHAR-TOUCHAIS, « La proportionnalité conquérante », *JCP G* 2016, n° 3, p. 51.

¹⁰¹¹ S. LE GAC-PECH, « Le nouvel art de juger : quand la proportionnalité s'invite dans la mise en œuvre de la règle de droit », *RLDC*, nov. 2017, p. 48.

¹⁰¹² Ce contrôle, né de la jurisprudence des cours constitutionnelles, de la Cour européenne, et de la Cour de justice de l'Union européenne, a été largement mis en œuvre en droit interne. Le contrôle relatif à l'application d'une règle de droit nationale au regard d'un droit protégé au niveau international a fait une entrée remarquée dans un célèbre arrêt du 4 déc. 2013. Dans cet arrêt, rendu au visa de l'art. 8 CESDH, la Cour de cassation casse la décision qui avait annulé un mariage entre un beau-père et son ex-bru divorcée de son fils sur le fondement de l'art. 161 du Code civil prohibant le mariage entre alliés. S'agissant d'un mariage célébré sans opposition et qui avait déjà duré vingt ans, la Cour de cassation considère que cette nullité serait « une ingérence injustifiée dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale » de ladite épouse (Cass., Civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, n° 12-26.066, *Bull.* I, n° 234, *JCP G* 2014, 93, M. LAMARCHE).

comme un contrôle de valeur lorsque les droits fondamentaux sont en jeu¹⁰¹³, le contrôle de proportionnalité met ici en balance deux valeurs essentielles : la liberté contractuelle et le droit à une procédure équitable¹⁰¹⁴. Plus précisément, il convient de vérifier *in casu* si l'application du modèle du procès équitable ne porte pas une atteinte disproportionnée à l'essence même des règlements amiables ; et inversement, si la préservation de l'autonomie de la volonté ne porte pas une atteinte disproportionnée à l'équilibre de la procédure amiable.

274. Dans son économie la plus classique, le contrôle de proportionnalité exercée par la Cour européenne correspond à l'étude de trois questionnements, à savoir : l'ingérence est-elle prévue par la loi ? ; poursuit-elle un but légitime ? ; et enfin, ladite ingérence revêt-elle un caractère proportionné ?¹⁰¹⁵ Appliquée à notre analyse, se pose tout d'abord la question de savoir si l'application des garanties du procès équitable au sein des règlements amiables est prévue par la loi. La réponse à cette première question est nécessairement affirmative eu égard au développement des textes et à la consécration des règlements amiables dans les codes de procédure. Les règlements amiables sont en effet encadrés par certains principes directeurs précis¹⁰¹⁶. La seconde interrogation relative à la légitimité du but poursuivi ne pose pas de difficulté. En effet, il a largement été évoqué le fait que la soumission au modèle du procès équitable tend à la protection des justiciables. Enfin, le dernier temps du contrôle porte sur l'appréciation de la nécessité de l'ingérence dans une société démocratique. C'est alors que doit être opérée la mise en balance entre l'application des principes directeurs du procès pour une protection de l'équilibre de la procédure amiable et l'autonomie des parties dans la résolution de leur différend. L'ingérence processuelle est-elle ou non proportionnée au but légitime poursuivi qui est de résoudre un différend à l'amiable ? À cette question, les défenseurs de la primauté de la liberté contractuelle répondraient hâtivement par la négative. Or, tout l'enjeu est

¹⁰¹³ V. E. JEULAND, « Réforme de la Cour de cassation. Une approche non utilitariste du contrôle de proportionnalité », *JCP G.*, 2016, suppl. n° 1-2, p. 20 : l'auteur énonce qu'il existe plusieurs approches possibles de la proportionnalité, not. une approche utilitariste et une approche en termes de valeur. – Madame le professeur Martine BEHAR-TOUCHAIS étudiera la distinction de ces contrôles de proportionnalité *in* « La proportionnalité conquérante », art. préc.

¹⁰¹⁴ Tels sont les éléments caractéristiques des règlements amiables. La liberté contractuelle met en lumière leur nature amiable et l'exigence relative à l'équilibre de la procédure promeut leur nature processuelle.

¹⁰¹⁵ L'appel à la proportionnalité ressort précisément de la jurisprudence relative aux articles 8 à 11 de la Convention européenne, qui garantissent le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance, la liberté de pensée, de conscience et de religion, la liberté d'expression et la liberté d'association y compris la liberté syndicale. À la suite des premiers arrêts rendus en ce sens, not. l'arrêt *Handyside c. Royaume-Uni* du 7 sept. 1976 (req. n° 5493/72 – liberté d'expression) ou *Golder c. Royaume-Uni* du 21 févr. 1975 (req. n° 4451/70 – liberté de correspondance), la Cour européenne a davantage précisé sa vision. Dans l'arrêt *Olsson c. Suède* du 24 mars 1988 (req. n° 10465/83), elle énonce que « (...) la notion de nécessité implique une ingérence fondée sur un besoin social impérieux et notamment proportionné au but légitime recherché » (§ 67).

¹⁰¹⁶ V. *infra* deuxième partie.

d'apprécier le contexte, selon le mode amiable et selon la matière. Il en ressort dès lors la vision d'une nécessaire adaptabilité de ce modèle qu'est le droit au procès équitable et de ses principes processuels au regard du mode de résolution des différends dont il est question.

275. L'adaptabilité du modèle du procès équitable. Cet « instrument d'articulation des normes au sein de l'ordonnement juridique »¹⁰¹⁷, qu'est le contrôle de proportionnalité, permet d'assurer le bon fonctionnement des règlements amiables. Qu'il s'agisse des règlements amiables opérés sous contrôle du juge ou loin de sa main, une adaptabilité du modèle du procès équitable sera de mise. À l'instar du contrôle effectué par la Cour européenne, c'est bien l'ensemble de la procédure qui est prise en considération aux fins de vérification du respect de son caractère équitable¹⁰¹⁸. Selon les éléments factuels en présence et selon la procédure suivie, il sera alors question de privilégier le respect de certains principes afin d'assurer de manière globale une procédure équitable. Certains principes directeurs seront ainsi davantage appréciés et considérés que d'autres. Mais encore, certains seront délaissés afin de préserver le bon déroulement du processus amiable. En effet, il est évident que certains principes directeurs processuels devront être envisagés différemment selon qu'ils interviennent dans une procédure contentieuse ou dans une procédure amiable, à l'instar de la publicité qui est lié au principe de confidentialité¹⁰¹⁹. C'est cette adaptabilité de l'appréciation des principes directeurs de la procédure qui permettra dès lors la bonne exécution des procédures amiables. Aussi est-il essentiel d'observer précisément l'application de chacune des garanties au sein des règlements amiables¹⁰²⁰.

Si proportionnalité rime avec adaptabilité, Monsieur Bertrand LOUVEL, alors premier président de la Cour de cassation, énonçait que « (...) l'évolution du droit européen nous conduit non pas à nous abstraire du légalisme, (...), mais à l'adapter à l'examen des conséquences, des incidences de l'application d'un texte donné au regard des circonstances de l'espèce. C'est cela la proportionnalité, qui est le nouveau légalisme »¹⁰²¹.

¹⁰¹⁷ C. ARENS, « Conclusion », in « Le contrôle de proportionnalité », *Revue Justice actualités*, n°24, ENM, déc. 2020, p.

¹⁰¹⁸ En effet, la tâche de la Cour européenne consiste à rechercher si la procédure litigieuse, vue dans son ensemble, revêt un caractère équitable (CEDH, 19 déc. 1990, *Delta c. France*, req. n° 11444/85, § 35). En ce sens, et pour illustration, la Cour a pu admettre que le respect de l'égalité des armes n'épuise pas le contenu du paragraphe 3, d) de l'art. 6 CESDH.

¹⁰¹⁹ V. *infra* n°s 486 s.

¹⁰²⁰ Ce dont il sera question dans la suite de l'étude, *cf.* Deuxième partie.

¹⁰²¹ B. LOUVEL, « Réflexions à la Cour de cassation », *D.* 2015, p. 1326 ; « Pour exercer pleinement son office de Cour suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle » – Entretien, *JCP G* 2015, act. 1122.

Conclusion du Chapitre 2

276. Coopération des différents modes de règlement des différends. Le droit positif met en exergue une véritable collaboration entre les règlements amiables et les règlements contentieux. Malgré leurs dissemblances, les différents modes de règlement des différends participent à une œuvre commune : rendre la justice. Le développement des modes amiables au sein de notre système juridique démontre ainsi l'émergence d'un véritable pluralisme juridique. Unité et diversité ne seraient dès lors pas antinomiques, mais connexes, et « le véritable pluralisme pourrait bien se trouver plus loin dans l'épaisseur des faits, lorsque, cessant d'opposer les règles entre elles, on oppose, pour une même règle, des manières différentes de l'appliquer »¹⁰²². Le champ d'application du droit processuel, regroupant les différentes garanties processuelles fondamentales, s'est alors déployé afin de régir tout mode de résolution des différends. L'objectif est d'assurer le respect des droits du justiciable ; assimilé à un droit naturel de la procédure équitable¹⁰²³. L'applicabilité du modèle universel de l'article 6 § 1 de la Convention européenne – en vertu d'une lecture autonome de ses notions – met en lumière divers avantages tels que la préservation des droits processuels des parties, l'équilibre des positions, ainsi qu'une harmonisation du droit applicable et du règlement amiable des conflits internationaux.

Le droit n'est alors plus limité à la seule sanction ; « il assume une fonction essentielle de *réciprocité* : ce sont surtout les rapports réciproques d'obligations et non la contrainte qui assurent la cohérence de la société »¹⁰²⁴. Le droit est un art qui s'épanouit dans un environnement propre à la créativité. En ce sens, la participation des parties pour résoudre leur propre différend peut avoir une capacité rééducative de la société. Pour autant, il n'en reste pas moins vrai que chaque processus de résolution des différends mérite d'être observé afin de préserver les intérêts de chacune des parties. À ce titre, Monsieur le professeur Loïc CADIET énonçait : « concilier, composer, l'équité est toujours une œuvre de pesée »¹⁰²⁵.

¹⁰²² J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, *op. cit.*, p. 361.

¹⁰²³ Pour reprendre l'expression de CARBONNIER. – Cf. L. CADIET et B. BERNABE, « Le procès équitable avant la CEDH », in L. CADIET, S. DAUCHY et J.-L. HALPERIN, *Itinéraires d'histoire de la procédure civile. I. Regards français*, T. 52, IRJS Éditions, Coll. « Bibliothèque de l'IJRS - André Tunc », 2014, pp. 139-176.

¹⁰²⁴ H. MOUTOUH, « Pluralisme juridique », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, pp. 1158-1162, spéc. p. 1161.

¹⁰²⁵ L. CADIET, « Justice contractuelle, l'autre », art. préc., p. 193 ; *Id.*, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, *op. cit.*, 2^e éd., 2013, n° 51, p. 217.

CONCLUSION DU TITRE 1

277. Consécration du modèle universel du procès équitable. Le droit évolue au rythme de la société. Les évolutions sociétales et les nouvelles considérations ont ainsi conduit à des bouleversements juridiques. Le droit a été modifié, ainsi que les traditions juridiques anciennes. À l'image de la réforme du droit des contrats, qui a retravaillé les écrits de 1804, le droit processuel connaît également des transformations. Le différend ne se résout pas seulement devant le juge. Ceci n'est pas nouveau, mais la nouveauté réside dans l'institutionnalisation de ces autres modes de résolution des différends. Les règlements amiables ont intégré les textes de droit positif et pris une place essentielle dans le système juridique français. Le droit processuel a ainsi été renouvelé. Pourtant, la question du cadre applicable se posait, notamment en raison de la nature particulière des règlements amiables. Or, la complémentarité des divers modes de règlement des différends conduit à une application globale du modèle processuel du procès équitable ; qui se trouvera adapté. L'adaptation est l'œuvre des évolutions.

278. Un droit processuel, système de garanties pour le justiciable. Le droit processuel régit ainsi la pluralité des offres de justice. En ce sens, et parallèlement au paradigme du « garantisme » pénal fondé par BECCARIA, le droit processuel pourrait être défini comme un système de garanties pour l'individu dans sa quête de justice. Il s'agirait, en effet, d'un ensemble de limites rationnelles opposées à l'arbitraire, aux excès du pouvoir étatique ainsi qu'aux inégalités contractuelles. Le droit processuel apparaît alors légitime du moment qu'il parvient à instaurer une loi du plus faible contre la loi du plus fort qui s'imposerait en son absence. Or, les limites imposées n'ont pour but que de garantir les droits fondamentaux processuels des justiciables, tels que le droit d'accéder à la justice.

TITRE 2 : DU DROIT D'ACCEDER A LA JUSTICE

279. La portée du droit fondamental d'accéder à la justice. Afin d'obtenir une réponse judiciaire à un contentieux, encore faut-il pouvoir présenter cette demande au juge. Pour ce faire, le droit d'accès à la justice est essentiel. Ce droit « d'opérer une démarche auprès d'un service public pour la défense de ses intérêts »¹⁰²⁶ est largement protégé, tant au niveau national qu'international¹⁰²⁷. Si l'*accès* est défini comme la « voie qui permet d'entrer dans un lieu »¹⁰²⁸, ce lieu, qu'est la justice, renferme de nombreuses complexités. À ce titre, le droit de saisir le tribunal « ne constitue qu'un aspect » du droit, plus large, à un tribunal¹⁰²⁹. À ce premier aspect s'ajoutent les garanties procédurales énoncées au sein de l'article 6 § 1 de la Convention européenne. Il s'agit des garanties relatives à l'organisation et à la composition du tribunal ainsi qu'au déroulement de la procédure permettant d'aboutir à la résolution du différend. L'ensemble de ces garanties forme le droit à un procès équitable. Le droit d'accéder à un tribunal permet ainsi de bénéficier des garanties fondamentales processuelles accordées aux parties. Il est le premier droit offert au citoyen afin de leur permettre de pénétrer le monde de la justice. Le citoyen devient alors un justiciable et sera protégé par le biais de toutes les autres garanties procédurales. En ce sens, postérieurement à sa demande en justice, le justiciable se retrouve au cœur de la protection des droits fondamentaux. Dans le cheminement processuel de la résolution d'un différend, se pose nécessairement la question de son aboutissement. À quel moment le différend en cause est-il réellement résolu ? Nonobstant l'émergence d'une solution, qu'elle soit issue d'une décision juridictionnelle ou d'un accord amiable, il ne sera mis fin à la discorde que par l'exécution des obligations incombant aux parties. En ce sens, la Cour européenne des droits de l'Homme rattache le droit à l'exécution au droit d'accès au tribunal¹⁰³⁰. En effet, qu'advierait-il des décisions rendues si elles ne revêtaient pas la force exécutoire ? La non-exécution priverait les justiciables d'une protection judiciaire effective¹⁰³¹. Le droit à l'exécution, qui constitue l'aboutissement de la procédure, doit ainsi être largement protégé.

¹⁰²⁶ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° « Accès », spéc. n° 3.

¹⁰²⁷ La fondamentale de ce principe sera étudiée, v. *infra* n°s 290 s.

¹⁰²⁸ G. CORNU (dir.), *op. cit.*, spéc. n° 1.

¹⁰²⁹ CEDH, 21 févr. 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, req. n° 4451/70, § 36.

¹⁰³⁰ CEDH, 26 oct. 1988, *Martins Moreira c. Portugal*, req. n° 11371/85, § 44 ; CEDH, 23 mars 1994, *Silva Pontes c. Portugal*, req. n° 14940/89, § 33 ; CEDH, 26 sept 1996, *Di Pede c. Italie*, req. n° 15797/89, § 24.

¹⁰³¹ Droit dégagé dans l'arrêt *Hornsby c. Grèce* préc., v. *infra* n°s 440 s.

280. Envisagés globalement, le droit à un procès équitable et les garanties qui s'y rattachent sont en quelque sorte encadrés par le droit à un tribunal¹⁰³² et le droit à l'exécution des décisions de justice. Le droit d'accès au tribunal permet l'application des garanties fondamentales processuelles issues du droit à un procès équitable et le droit à l'exécution permet de les consacrer. Alors que le modèle du procès équitable s'applique aux règlements amiables des différends, du fait de leur intégration en droit processuel, disposent-ils des mêmes protections que les décisions juridictionnelles ? La justice amiable est une autre voie offerte au justiciable pour résoudre le différend. En ce sens, le droit d'accéder à la justice ne se réduit pas à la seule voie contentieuse. Il ne présente pas une porte d'entrée unique et irrémédiable. Au contraire, il donne plusieurs clefs aux citoyens pour résoudre leur différend par la voie la plus adaptée et crée des portes de sortie leur permettant de rejoindre l'autre en cas de nécessité¹⁰³³. Dès lors, outre le droit d'accès au juge, ils disposent également d'un droit au règlement amiable (Chapitre 1) et, par-là même, d'un droit à l'exécution tant des décisions de justice que des règlements amiables (Chapitre 2).

¹⁰³² Également appréhendé par l'expression « droit d'accès au juge ».

¹⁰³³ La justice amiable et la justice étatique agissent ensemble pour faire œuvre de justice. Ainsi, un règlement amiable est toujours possible malgré l'existence d'une instance en cours. De même, en cas d'échec de la tentative de règlement amiable, les parties pourront saisir le juge.

CHAPITRE 1 : DROIT D'ACCES AU JUGE ET DROIT A UN REGLEMENT AMIABLE

281. L'existence et la protection de deux droits fondamentaux complémentaires.

Ainsi que l'énoncent Messieurs les professeurs Romain BOFFA et Mustapha MEKKI, « l'État de droit ne se réduit plus à l'attribution des droits. Il exige également la garantie d'une mise en œuvre effective des droits encourageant davantage une forme de justice procédurale »¹⁰³⁴. La garantie de l'effectivité des droits est davantage prise en considération et se manifeste par le biais du droit liminaire d'accès au juge. Or, le développement des règlements amiables au sein du système juridique met en exergue une diversité de possibilités pour résoudre son différend. Le juge n'est pas le seul à même de donner une réponse éclairée au contentieux existant. Les justiciables, eux-mêmes, avec ou sans l'aide d'un tiers, sont aptes à résoudre la difficulté qui les oppose. La justice se montre alors plurielle dans le sens où elle accorde un droit d'accès au juge et un droit d'accès à un règlement amiable. La complémentarité de ces droits impose cependant que l'un ne perturbe pas la fundamentalité de l'autre. En effet, l'institutionnalisation des règlements amiables et, plus particulièrement, l'obligation de tenter une conciliation ou une médiation avant toute saisine du juge sous peine d'irrecevabilité de la demande, laisse penser à une atteinte au droit d'accès au juge. Les parties ont l'obligation de prendre un tout autre chemin pour parvenir à la résolution de leur différend. Le droit d'accès au juge est alors relégué au second plan. Ce constat crée une certaine perplexité et conduit à de nombreuses interrogations. Cette obligation légale d'emprunter la voie amiable avant toute saisine du juge n'atteint-elle pas la fundamentalité du droit d'accès au juge ? Est-ce à dire que les règlements amiables anéantissent le caractère absolu du droit fondamental d'accès au juge ?

Afin de répondre à ces questionnements, il sera tout d'abord nécessaire d'analyser les contours de la renonciation du droit au juge opérée par les parties lorsqu'elles s'engagent dans un règlement amiable (Section 1). L'appréciation de cette renonciation permettra alors d'affirmer l'existence d'un droit d'accès à la justice élargi et diversifié en raison d'un droit à un règlement amiable concurremment¹⁰³⁵ à un droit au juge (Section 2).

¹⁰³⁴ R. BOFFA et M. MEKKI, « L'accès au droit et l'accès à la justice », in R. CABRILLAC (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, 26^e éd., Dalloz, 2020, pp. 578-604, spéc. p. 579.

¹⁰³⁵ Terme employé sans idée de rivalité, v^o « concurremment », CRNTL.

Section 1 : La renonciation du droit au juge au profit d'un règlement amiable

282. Renonciation à un droit fondamental. S'il convient d'analyser le sens de l'expression « renoncer à quelque chose », encore faut-il savoir ce sur quoi porte cette renonciation. L'étude s'intéresse à la renonciation du droit au juge, un droit fondamentalement protégé (§1). Mais une question sous-jacente doit être mise en lumière : est-il possible de renoncer à un droit fondamental ? Outre le caractère fondamental de ce droit, il est alors nécessaire d'en apprécier les limites (§2).

Paragraphe 1 : Le droit d'accès au juge, un droit fondamental

283. Reconnaissance et valeur processuelle du droit d'accès au juge. Le droit d'accéder à un juge afin de pouvoir lui soumettre ses prétentions est la première composante du procès équitable. Il s'agit d'une exigence préalable à toutes les autres garanties fondamentales processuelles puisqu'elle conditionne la suite de la procédure. Sans la garantie du droit d'accès au juge, les autres garanties processuelles seraient ineffectives. Ainsi, le droit d'accès au juge revêt une importance considérable. Avant d'évoquer la consécration de ce droit au juge, tant au niveau supranational que national (B), la notion doit être précisément analysée afin d'apprécier au mieux ses contours (A).

A) Définition et contours du droit d'accès au juge

284. Définition. Le droit d'accès au juge est reconnu en toutes matières. Il implique, pour le justiciable, la possibilité d'avoir accès à une juridiction étatique chargée de trancher le litige dans lequel il est impliqué ou auquel il est intéressé. Dès qu'une conduite cause un dommage, la personne lésée doit bénéficier de la possibilité de demander réparation des conséquences de cette lésion à un juge étatique¹⁰³⁶. Il s'agit d'un principe essentiel au bon fonctionnement de l'état de droit, qui « implique que toute personne physique ou morale, dont

¹⁰³⁶ « Réciproquement, toute personne qui est poursuivie, soit en qualité de défendeur dans un litige opposant des intérêts privés, soit dans le cadre d'une instance répressive en qualité de prévenu, de mise en cause ou d'accusé, doit pouvoir faire entendre sa cause, ses arguments et sa défense devant un tribunal. Le droit d'accès à un tribunal est donc un droit bilatéral qui doit être reconnu à la fois au demandeur ou au plaignant et à la personne contre laquelle la plainte ou la requête est dirigée » (M.-A. AFCHAIN et G., AIRIEAU, *Code de procédure civile commenté*, Lamy, Wolters Kluwer).

l'État, respecte la loi et ne commette aucun abus vis-à-vis des autres citoyens »¹⁰³⁷. Il porte en ce sens une valeur morale fondamentale par son objectif d'empêcher le recours à la vengeance privée. L'homme éprouve le désir naturel de venger les injures qu'il a subies¹⁰³⁸. Par l'établissement d'une autorité qui punit, apparaît une mise à distance entre la punition judiciaire et la vengeance. La justice, perçue comme « une relation sociétaire à fondement objectif »¹⁰³⁹, règle dès lors le différend par les lois, le système ou la tradition dans lequel elle s'exerce. Aussi est-il nécessaire de distinguer le droit d'accès au juge du droit d'accéder à la justice.

285. Distinction entre droit d'accès à la justice, droit d'accès au juge et notions voisines. Enrichi et développé avec le temps, le droit d'accès à la justice constitue aujourd'hui un thème fondamental des droits et libertés fondamentaux. Il est désormais au cœur de tous les rapports et projets de réforme¹⁰⁴⁰. Pour autant, l'accès à la justice est une notion bien difficile à cerner. Elle regroupe en effet de nombreuses expressions, telles que l'accès à un tribunal, l'accès au juge, le droit au recours, le droit d'être entendu ou le droit au contradictoire. *Quid* des liens existant entre ces différentes notions ? Se confondent-elles ? Ou s'agit-il seulement d'un simple rapprochement ? Les liens personnels entre ces notions mettent dès lors en exergue toute la difficulté à définir les contours de l'accès à la justice.

286. Le *droit au juge*, ou la garantie d'accès à un tribunal pour certains¹⁰⁴¹, est défini comme « le droit pour toute personne physique ou morale, française ou étrangère, d'accéder à la justice pour y faire valoir ses droits »¹⁰⁴². Le droit au juge permet ainsi d'accéder à la justice. Or, l'accès au juge n'est pas la seule manière d'y accéder. En effet, la justice présente plusieurs volets. Il est possible d'accéder à la justice par la voie contentieuse ou par la voie amiable. De ce fait, le droit au juge n'est qu'une partie du droit d'accès à la justice.

¹⁰³⁷ E. JEULAND, *Droit processuel général*, op. cit., spéc. n° 171, p. 280. – À noter que l'état de droit prend le nom de prééminence du droit dans le préambule de la CESDH et dans la jurisprudence de la CEDH, v. not. L. MILANO, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Dalloz, Coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », vol. 57, 2006, n° 61 s. et n° 89 s., ainsi que l'arrêt *Golder c. Royaume-Uni* (préc).

¹⁰³⁸ Considérant qu'il s'agit de son dû.

¹⁰³⁹ M. DUVAUCHEL, « Le thesaurus de la justice chez Thomas d'Aquin : l'ordre, la loi, le droit et la vengeance », disponible sur <http://alternativephilolettres.fr> (<http://alternativephilolettres.fr/wp-content/uploads/2017/02/le-thesaurus-de-la-notion-de-justice-.pdf>).

¹⁰⁴⁰ Les rapports Magendie, Guinchard, Darrois et Guinchard et Tony abordent tous l'accès à la justice en connexion avec l'effectivité des droits.

¹⁰⁴¹ Les deux expressions sont tenues pour équivalentes in S. GUINCHARD et a., *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, op. cit., n° 298, p. 579.

¹⁰⁴² L. FAVOREU et Th. RENOUX, *Le contentieux constitutionnel des actes administratifs*, Sirey, 1992, extrait du *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, spéc. p. 90 (cité in R. BOFFA et M. MEKKI, op. cit., p. 580).

287. Le *droit à un tribunal*, quant à lui, revêt une portée bien plus large que le droit au juge. En effet, le droit à un tribunal renvoie non seulement au droit de saisir le tribunal mais également aux garanties procédurales énoncées au sein de l'article 6 de la Convention européenne. Selon l'arrêt *Golder c. Royaume-Uni* du 21 février 1975, « le droit de saisir le tribunal (...) ne constitue qu'un aspect » du « droit à un tribunal »¹⁰⁴³. Le second aspect est constitué des garanties fondamentales qui entourent le procès équitable. Cette expression se rapproche alors davantage de la signification donnée au droit d'accès à la justice, nonobstant la terminologie de « tribunal ». Toutefois, ainsi que précisé précédemment, la notion de « tribunal » revêt une acception propre à la Cour européenne des droits de l'homme. Compte tenu de l'appréciation autonome qu'en fait la Cour, la notion de tribunal délaisse la seule figure du juge pour être appréhendée plus largement¹⁰⁴⁴. Dès lors, bien que l'assimilation soit régulièrement commise, le droit à un tribunal ne doit pas être associé au droit au juge. Il présente une vision bien plus vaste.

288. Mais encore, le droit au juge se distingue également du *droit au recours*. Cette distinction apparaît tout d'abord à la lecture des textes fondamentaux. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques traite du « recours utile » dans son article 2 § 3 et du « droit à un juge » au sein de l'article 14 § 1. Également, la Convention européenne aborde le droit au juge sous l'angle du procès équitable de l'article 6 § 1 et consacre le droit au recours au sein de son article 13. Le Conseil constitutionnel, quant à lui, distingue un « droit au recours » absolu par rapport au droit d'accès au juge plus relatif¹⁰⁴⁵. Le droit au recours est défini comme « le droit de toute personne de pouvoir contester une mesure prise à son encontre, devant une instance investie d'un pouvoir de réformation de cette mesure et/ou de réparation de ses conséquences dommageables »¹⁰⁴⁶. Le droit au juge n'est alors que l'un des aspects du droit au recours¹⁰⁴⁷, qui englobe tant le recours juridictionnel que le recours administratif¹⁰⁴⁸.

289. Dans ce contexte, et eu égard aux développements antérieurs relatifs à l'appréciation de la justice, il convient d'entendre l'accès à la justice comme recouvrant

¹⁰⁴³ CEDH, *Golder c. Royaume-Uni*, préc., § 36.

¹⁰⁴⁴ V. *supra* n^{os} 252 s.

¹⁰⁴⁵ R. BOFFA et M. MEKKI, *op. cit.*, p. 580 ; v. not. P. MARTENS, « Les principes constitutionnels du procès dans la jurisprudence récente des juridictions constitutionnelles européennes », *Cahiers du conseil constitutionnel*, n^o 14, dossier : la justice dans la Constitution, mai 2003.

¹⁰⁴⁶ E. ZOLLER, *Droit constitutionnel*, 2^e éd., PUF, 1999, n^o 299.

¹⁰⁴⁷ Cette distinction sera notamment observée lors de l'étude de la consécration du caractère fondamental du droit au juge par le Conseil constitutionnel : n^o 296.

¹⁰⁴⁸ Qu'il soit gracieux (c'est-à-dire s'adressant à l'auteur de la décision contestée : v. Code des relations entre le public et l'administration, art. L410-1 à L412-8) ou hiérarchique (c'est-à-dire s'adressant au supérieur hiérarchique de l'auteur de la décision : v. Code des relations entre le public et l'administration, art. L410-1 à L412-8).

l'ensemble de ces déclinaisons. L'accès à la justice ouvre différentes portes¹⁰⁴⁹ afin de permettre à ce que chacun puisse voir sa cause « entendue ». L'une d'entre-elles permet d'accéder au juge, figure prééminente de la justice. Ce droit d'accès au juge est ainsi un droit fondamentalement protégé.

B) Consécration du droit d'accès au juge

290. Un droit reconnu à plusieurs niveaux. Sous l'impulsion de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, le droit d'accès au juge a été érigé en véritable droit fondamental processuel. Il a ainsi été consacré au niveau supranational (1.) puis au niveau interne (2.).

1. Consécration du droit au juge au niveau supranational

291. Consécration du droit au juge au niveau international. Sur le plan international, le caractère fondamental de ce droit est établi par plusieurs dispositions. L'article 8 de la Déclaration universelle des droits de l'homme énonce que « toute personne a droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus par la Constitution ou par la loi ». L'article 14 § 1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques affirme que « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal... ».

292. Consécration du droit au juge au niveau régional. Sur le plan régional, ce droit a été consacré par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice de l'Union européenne. En effet, par les arrêts *Golder c. Royaume-Uni* du 21 février 1975¹⁰⁵⁰ et *Deweere c. Belgique* du 27 février 1980¹⁰⁵¹, la Cour européenne a affirmé un droit au juge sur le fondement de l'article 6 § 1 de la Convention européenne ; qui consacre le droit pour toute personne « à ce que sa cause soit entendue »¹⁰⁵². Si ces deux arrêts font

¹⁰⁴⁹ En référence au concept de *Multidoor Courthouse* (palais de justice aux multiples portes) de Frank SANDER (discours « *Varieties of Dispute Processing* », 1976).

¹⁰⁵⁰ CEDH, 21 févr. 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, préc., § 36.

¹⁰⁵¹ CEDH, 27 févr. 1980, *Deweere c. Belgique* (préc.), qui marque la consécration du droit à un tribunal pour toute personne, lorsqu'une accusation est dirigée contre elle.

¹⁰⁵² Il est à noter que l'expression prend la première place au sein de l'art. 6 de la CESDH.

respectivement référence à la matière civile et à la matière pénale, la Cour européenne est allée plus loin encore dans l'affirmation de ce droit au juge en considérant que la Cour suprême de Roumanie avait porté atteinte à ce droit en excluant la possibilité pour une personne victime d'un décret de nationalisation de l'un de ses biens de porter sa revendication devant un juge. La Cour « estime qu'une telle exclusion est en soi contraire au droit d'accès à un tribunal garanti par l'article 6 § 1 de la Convention »¹⁰⁵³. Il en ressort que les justiciables devraient toujours pouvoir faire trancher leurs prétentions par un juge pour apprécier la régularité des actes du législateur. L'importance donnée au droit au juge est alors considérable.

Au sein de l'Union européenne, le droit au juge a été consacré de manière progressive. En raison du silence des premiers textes du droit communautaire, la Cour de justice des communautés européennes – devenue la Cour de justice de l'Union – a d'abord consacré un tel droit en se fondant sur les articles 6 et 13 de la Convention européenne¹⁰⁵⁴. Il a par la suite été établi au sein de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹⁰⁵⁵. Si le droit au juge dans le droit de l'Union était avant tout lié au champ de compétence de l'Union et s'apparentait, dès lors, à un instrument d'efficacité, le traité de Lisbonne a renforcé la garantie des droits comme finalité de l'Union européenne. Depuis lors, le droit au juge revêt une importance d'autant plus considérable qu'il conduit à la protection des droits individuels¹⁰⁵⁶.

293. Le droit au juge et le procès équitable. Les liens entre le droit au juge et le droit au procès équitable sont incontestables. Maître VARAUT, dans son ouvrage *Le droit au juge*, observait déjà, à propos de la Convention européenne, que « le droit à un tribunal est la première consécration du droit à un procès équitable »¹⁰⁵⁷. Le droit au juge, qui représente la première étape du processus de règlement des différends, a pour corollaire la protection des droits des justiciables.

¹⁰⁵³ CEDH [GC], 28 oct. 1999, *Brumarescu c. Roumanie*, req. n° 28342/95, § 65, *JCP* 2000. I. 203, n° 10, obs. F. SUDRE ; *D.* 2000. Somm. 187, N. FRICERO ; *JDI* 2000. 127, obs. S. RESTENCOURT. – Jurisprudence confirmée par trois arrêts du 21 mai 2002 : CEDH, *Hodos et autres c. Roumanie*, req. n° 29968/96 ; CEDH, *Surpaceanu c. Roumanie*, n° 32260/96 et CEDH, *Vasiliiu c. Roumanie*, req. n° 29407/95.

¹⁰⁵⁴ CJCE, 15 mai 1986, *Marguerite Johnson*, aff. 222-84, *Rec.* p. 1651 : « Toute personne a droit à un recours effectif devant une juridiction compétente » ; CJCE, 15 oct. 1987, *Heylens*, aff. 222/86 ; *D.* 1986. IR 454, obs. CARTOU ; CJCE, 3 déc. 1992, *Borelli*, aff. C-97/91 ; CJCE, 22 sept. 1998, *Belinda J. Coote*, aff. C-185/97, pt. 21.

¹⁰⁵⁵ Avec cette disposition, le droit à un recours effectif à un juge est garanti, et non pas seulement devant une instance nationale. Le droit au juge prend dès lors une importance considérable en droit de l'UE. – v. RIDEAU (dir.), *Le droit au juge dans l'UE*, LGDJ, 1998, 248 p.

¹⁰⁵⁶ Il s'agit d'un « corollaire existentiel des droits individuels et un instrument d'efficacité » (F. ZAMPINI. « Les droits de nature procédurale », *RTDH*, 1998. p. 685).

¹⁰⁵⁷ J.-M. VARAUT, *Le droit au juge*, éd. Quai Voltaire, 1991, p. 253.

2. Consécration du droit au juge au niveau national

294. Constitutionnalisation du droit d'accès au juge. Certains États européens, tels que l'Allemagne¹⁰⁵⁸, l'Espagne¹⁰⁵⁹ ou la Grèce¹⁰⁶⁰, consacrent directement un droit au juge dans leur Constitution. Pour d'autres, comme la Belgique, c'est la jurisprudence qui l'a reconnu comme un droit naturel¹⁰⁶¹. Qu'en est-il en France ? À la différence des Constitutions de ces pays voisins et de plusieurs de ses devancières¹⁰⁶², la Constitution française du 4 octobre 1958 n'a pas consacré directement le droit au juge. La Constitution reste en effet silencieuse sur l'existence même de ce droit et, plus encore, aucun texte de droit positif interne ne l'énonce expressément. Seul l'article 30 du Code de procédure civile, qui définit l'action en justice, évoque le droit d'être entendu. Cet article relève cependant de la pure technique procédurale. Ainsi, il ne rend qu'imparfaitement compte de la portée du principe fondamental du droit au juge en procédure civile. La constitutionnalisation du droit au juge en France est ainsi l'œuvre du juge constitutionnel, et non pas du texte même de la Constitution¹⁰⁶³.

295. Le sens de la constitutionnalisation rend généralement compte d'une reconnaissance d'un droit au niveau constitutionnel. Or, ce premier aspect est nécessairement lié au phénomène d'irrigation de ces normes constitutionnelles dans l'ensemble du système

¹⁰⁵⁸ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (GG), art. 19, al. 4 : « Quiconque est lésé dans ses droits par la puissance publique dispose d'un recours juridictionnel. Lorsqu'aucune autre juridiction n'est compétente, le recours est porté devant la juridiction ordinaire ». – v. not. M. PECHSTEIN, « La constitutionnalisation du droit au juge en Allemagne », in J. RIDEAU (dir.), *Le droit au juge dans l'UE*, op. cit., pp. 59-67.

¹⁰⁵⁹ Constitución Española, art. 24. – v. not. L. BURGORGUE-LARSEN, « La constitutionnalisation du droit au juge en Espagne », in J. RIDEAU (dir.), *Le droit au juge dans l'UE*, op. cit., pp. 69-108.

¹⁰⁶⁰ Constitution de la Grèce, art. 20 §1 (Σύνταγμα της Ελλάδας).

¹⁰⁶¹ Cass. (belge), 12 mars 1840 : Pasicrisie, 1840, 1, 316, concl. LECLERCQ.

¹⁰⁶² Le projet de Déclaration des droits de l'homme, qui était incluse dans le projet de Constitution du 19 avr. 1946, consacrait ce principe. L'art. 11 de cette Déclaration disposait en effet que « la loi assure à tous les hommes le droit de se faire rendre justice et l'insuffisance des ressources ne saurait y faire obstacle ». Ce projet fut cependant rejeté par référendum. Égal., et plus ancien encore, l'Acte additionnel aux Constitutions de l'Empire du 22 avr. 1815 rédigé par Benjamin CONSTANT à la demande NAPOLEON, surnommé « la Benjamine », reconnaît « le droit au juge naturel », c'est-à-dire le juge que la loi prévoit et non celui que le gouvernement décide de lui donner. Il s'agissait « d'exclure toute justice d'exception et d'assurer ce que nous appellerions aujourd'hui le droit à un procès équitable » (X. BIOY, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, op. cit., p. 66).

¹⁰⁶³ Le professeur RENOUX reconnaît une coexistence entre la « *Constitution formelle* », c'est-à-dire le texte même de la loi fondamentale de la Ve République, et une « *Constitution matérielle* », entendue comme l'interprétation qu'en fait le Conseil constitutionnel et l'application de sa jurisprudence (« La constitutionnalisation du droit au juge en France », in J. RIDEAU (dir.), *Le droit au juge dans l'UE*, LGDJ, 1998, pp. 109-118, spéc. p. 109).

juridique ; cet aspect n'étant qu'une conséquence du précédent¹⁰⁶⁴. Ainsi au même titre que les autres branches du droit, le droit processuel n'a pas échappé au mouvement de constitutionnalisation du droit. Dès lors, ce mouvement de constitutionnalisation des principes procéduraux « se traduit, pour l'essentiel, par la promotion de certaines règles de procédure au rang de principes à valeur constitutionnelle, dont le respect s'impose donc au législateur aussi bien qu'au gouvernement »¹⁰⁶⁵. Alors que Monsieur le professeur Emmanuel JEULAND y voit « la consécration constitutionnelle de principes fondamentaux qui existaient déjà par ailleurs »¹⁰⁶⁶, Monsieur le professeur Serge GUINCHARD développe une interprétation plus large et emploie l'expression de « constitutionnalisation de la procédure »¹⁰⁶⁷. Les principes procéduraux s'affirment et sont alors largement reconnus au sein de l'ordre juridique français. En ce sens, le droit processuel « est sous l'emprise des droits fondamentaux, de la protection des droits et libertés, donc du droit constitutionnel »¹⁰⁶⁸ et les procédures de règlement des différends doivent être conduites dans le respect des garanties processuelles fondamentales.

Désormais considéré comme l'un des quatre grands principes constitutionnels de la procédure¹⁰⁶⁹, le droit au juge a été dégagé progressivement par le Conseil constitutionnel sur le fondement de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 qui prévoit : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution »¹⁰⁷⁰. Le droit d'accès au juge caractérise en effet l'un des éléments essentiels d'une société démocratique, dans la mesure où l'État accepte de voir son action contrôlée par les citoyens lorsqu'ils saisissent le juge.

¹⁰⁶⁴ J. RIDEAU, « Introduction », in *ID.*, *op. cit.*, pp. 3-7, spéc. p. 5. – Pour des précisions quant à la notion de constitutionnalisation, v. L. FAVOREU et a., *Droit constitutionnel*, 24^e éd., 2021, Dalloz, Coll. « Précis », 1200 p. ; *ID.*, « La constitutionnalisation du droit », in *L'unité du droit, Mél. en l'honneur de Roland Drago*, 1996, Economica, p. 25 ; Association française des constitutionnalistes, B. MATHIEU et M. VERPEAUX (dir.), *La constitutionnalisation des branches du droit*, Economica, Coll. « Droit public positif », 1999, 204 p. ; v. aussi S. MOUTON, *La constitutionnalisation du droit*, thèse, Toulouse I, 2 tomes, 1998 ; G. SCHMITTER, *La constitutionnalisation du droit processuel*, thèse, Aix-Marseille III, 1994.

¹⁰⁶⁵ L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès, op. cit.*, n° 69, p. 143.

¹⁰⁶⁶ E. JEULAND, *Droit processuel général, op. cit.*, n° 126, p. 235. – En ce sens, v. aussi B. BEIGNIER, « Hiérarchie des normes et hiérarchie des valeurs », in *Mél. Catala*, Litec, 2001, pp. 153 et s. ; L. CADIET, « Et les principes directeurs des autres procès ? Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès », in *Justice et droits fondamentaux. Études offertes à Jacques Normand*, Paris, Litec, 2003, pp. 71-110, spéc. n° 39.

¹⁰⁶⁷ S. GUINCHARD, « Retour sur la constitutionnalisation de la procédure civile », in *Mél. Draï. Le juge entre deux millénaires*, Paris, Dalloz, 2000, pp. 355-368. – Pour une critique, v. not. E. DREYER, « Le Conseil constitutionnel et la "matière pénale", La QPC et les attentes déçues... », *JCP G.*, n° 37, 12 sept. 2011, doctr. 976 (critiques des décisions du Conseil sur la rétention de sûreté et les peines plancher).

¹⁰⁶⁸ S. GUINCHARD, « Retour sur la constitutionnalisation de la procédure civile », in *Mél. Draï, op. cit.*, p. 361.

¹⁰⁶⁹ E. JEULAND, *Droit processuel général, op. cit.*, n° 126, pp. 234 s. : aux côtés des droits de la défense, du droit au procès équitable et de la présomption d'innocence.

¹⁰⁷⁰ Art. considéré comme « le socle principal de cette constitutionnalisation » (L. CADIET et a., *op. cit.*).

296. Avènement progressif du caractère constitutionnel du droit au juge.¹⁰⁷¹. Le Conseil constitutionnel a, tout d'abord, reconnu la valeur constitutionnelle du *droit à un recours administratif* dans une décision du 13 août 1993¹⁰⁷² en matière de droit des étrangers. Puis, il va apporter des précisions par deux décisions en date des 21 décembre 1994 et 9 avril 1996. Dans la décision du 21 décembre 1994¹⁰⁷³, le Conseil constitutionnel admet de manière implicite le *droit à un juge* en le rattachant à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Le 9 avril 1996, dans sa décision *Autonomie de la Polynésie Française*, le Conseil constitutionnel consacre explicitement, cette fois-ci, le principe du *droit au juge*¹⁰⁷⁴. Ce droit est une conséquence directe de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qui assure le respect de la séparation des pouvoirs associée à la garantie des droits. Il indique ainsi qu'il ne « doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction »¹⁰⁷⁵. La portée de cette décision est alors essentielle. Le Conseil constitutionnel reconnaît que « l'accès effectif au juge est constitutionnellement protégé parce qu'il permet seul d'assurer l'efficacité des droits substantiels »¹⁰⁷⁶. Toujours sur le fondement de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, le *droit à un recours juridictionnel* effectif est enfin affirmé par une

¹⁰⁷¹ En ce sens, le professeur RENOUX affirme qu'« évoquer *La constitutionnalisation du droit au juge en France* est un peu, à la manière des impressionnistes, entreprendre de restituer l'essentiel d'un paysage qui s'est constitué, et en l'occurrence constitutionnalisé, par touches successives, sous l'influence de la jurisprudence de telle manière que décrire les monts et vallons, les ruisseaux et les rivières, les prairies et les bosquets qui composent l'horizon juridique, suppose moins de rassembler tout l'effort de la pensée et de la réflexion que de ressentir et de traduire, sans doute avec toute la subjectivité liée aux sentiments, l'œuvre du juge constitutionnel lui-même » (« La constitutionnalisation du droit au juge en France », in J. RIDEAU (dir.), *Le droit au juge dans l'UE, op. cit.*, pp. 109-118, spéc. p. 109).

¹⁰⁷² Cons. Const., 13 août 1993, n° 93-325 DC, *Maîtrise de l'immigration, RFDA* 1993. 871, note B. GENEVOIS. (JO du 18 août 1993, p. 11722, cons. 3, *Rec.* p. 224) : le Conseil reconnaît au droit au recours administratif la portée « d'un droit fondamental à caractère constitutionnel » ; ce qui crée la distinction entre le droit au recours et le droit au juge, indiquée précédemment (v. *supra* n° 288). Pourtant, il n'indique pas le fondement du droit au recours, ni l'autorité qui en est le destinataire.

¹⁰⁷³ Cons. Const., 21 janv. 1994, n° 93-335 DC, *Urbanisme et construction*, cons. 4, *Justices* 1995, n° 1, p. 204, obs. N. MOLFESSIS.

¹⁰⁷⁴ Dans cette décision, la loi jugée inconstitutionnelle prévoyait l'existence d'un recours pour excès de pouvoir devant le tribunal administratif contre les actes appliquant les délibérations de l'assemblée de la Polynésie française. Ce recours devait cependant être exercé dans les quatre mois qui suivaient la délibération. Ainsi, lorsque l'acte appliquant la délibération était pris par l'administration plus de quatre mois après la délibération, aucun recours ne pouvait être engagé par toute personne intéressée. Le Conseil constitutionnel reconnaît alors un droit d'accès au premier juge.

¹⁰⁷⁵ Cons. Const., 9 avr. 1996, n° 96-373 DC, *Autonomie de la Polynésie française*, cons. 83 et 85, *RD publ.* 1996. 953, note F. LUCHAIRE. (*Rec.* 58). Si la « valeur constitutionnelle » de ce droit est reconnue, cette affirmation du Conseil constitutionnel semble pourtant vouloir admettre que des atteintes non substantielles sont possibles, v. *infra* n°s 299 s. (Limites au droit d'accès au juge).

¹⁰⁷⁶ N. FRICERO, « Le droit au juge devant les juridictions civiles », in J. RIDEAU (dir.), *Le droit au juge dans l'UE, op. cit.*, pp. 11-21, spéc. p. 11.

décision du 23 juillet 1999¹⁰⁷⁷ ; cette décision marque ainsi la constitutionnalisation progressive du droit au juge. Enfin, le droit au juge est reconnu dans la jurisprudence constitutionnelle sur QPC¹⁰⁷⁸. Le droit au juge, dont disposent les individus, constitue « le droit au droit »¹⁰⁷⁹, le droit subjectif à se voir appliquer la norme. En ce sens, ce droit d'accès effectif au juge constitue la condition de la constitutionnalisation du système juridique puisqu'« à défaut de droit au juge, il n'y a point de constitution »¹⁰⁸⁰.

297. Consécration par le Conseil d'État. Le caractère fondamental du droit d'accès au juge est également reconnu par le Conseil d'État. Dans son célèbre arrêt *Dame Lamotte* du 17 février 1950, le Conseil d'État estime qu'il existe un principe général du droit selon lequel toute décision administrative peut faire l'objet, même sans texte, d'un recours pour excès de pouvoir¹⁰⁸¹. Dans une décision du 28 juillet 2000, il évoque même le « principe à valeur constitutionnelle du droit d'exercer un recours juridictionnel, rappelé par les stipulations du paragraphe I de l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »¹⁰⁸². Dans la continuité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel¹⁰⁸³, le Conseil d'État précise également, dans un arrêt du 21 décembre 2001, que l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen fonde le droit « pour les personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction »¹⁰⁸⁴.

En outre, le Conseil d'État reconnaît que le droit d'exercer un recours effectif devant une juridiction « constitue une liberté fondamentale » pouvant, en cette qualité, être protégée au moyen du référé liberté de l'article L. 521-2 du Code de la justice administrative¹⁰⁸⁵.

¹⁰⁷⁷ Cons. Const., 23 juill. 1999, n° 99-416 DC, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*, Rec. Cons. Const. 100. – *Adde* Cons. Const., 13 nov. 2014, n° 2014-690 DC, *Loi relative à la consommation*, § 15, qui valide, en droit français, l'action de groupe.

¹⁰⁷⁸ V. Cons. Const., 3 déc. 2009, n° 2009-595 DC, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, qui garantit la mise en œuvre effective du droit de poser une question prioritaire de constitutionnalité ; Cons. Const. 24 mai 2016, n° 2016-543 QPC, *Section française de l'observatoire international des prisons [Permis de visite et autorisation de téléphoner durant la détention provisoire]* ; Cons. Const., 22 juin 2018, n° 2018-715 QPC, *Section française de l'Observatoire international des prisons [Correspondance écrite des personnes en détention provisoire]* : le Cons. Const. réaffirme ici l'exigence constitutionnelle d'un droit au recours dans le cas de personnes en détention provisoire privées, par décision de l'autorité judiciaire, de l'exercice de leur droit de communication. La loi n° 2009-1436 du 24 nov. 2009 pénitentiaire ne prévoyait en effet aucune voie de recours contre une telle décision.

¹⁰⁷⁹ J.-M. VARAUT, *Le droit au droit. Pour un libéralisme institutionnel*, Paris, PUF, Coll. « Libre échange », 1986, 256 p.

¹⁰⁸⁰ N. FRICERO, art. préc.

¹⁰⁸¹ CE, ass., 17 févr. 1950, *Ministre de l'agriculture c. Dame Lamotte*, n° 86949, Rec. Lebon p. 110.

¹⁰⁸² CE, sect., 28 juill. 2000, *M. E. A*, n° 151068, *JCP G.*, n° 7, 2001, 1368.

¹⁰⁸³ Préc.

¹⁰⁸⁴ CE, Sect., 21 déc. 2001, *M. et Mme Hofmann*, n° 222862, Rec. Lebon 652 – *Adde* CE, Sect., 22 avr. 2005, *Magerand*, n° 257406, *JCP G.*, n° 3°, 2005, II, 10107, note F. LEMAIRE : principe que le Conseil d'État rapporte ici aux articles 6 § 1 et 13 de la CESDH.

¹⁰⁸⁵ CE, ord., 30 juin 2009, n° 328879, *JCP G.*, n° 29-30, 2009, 139, obs. M.-C. ROUAULT.

298. Consécration par la Cour de cassation. De nombreux arrêts de la Haute juridiction judiciaire reconnaissent le caractère fondamental de ce droit d'accès au juge et expriment le souci d'en garantir le respect effectif. L'Assemblée plénière de la Cour de cassation a tout d'abord indiqué, dans un arrêt en date du 30 juin 1995, que l'« exercice effectif [de la défense] exige que soit assuré l'accès de chacun, avec l'assistance d'un défendeur, au juge chargé de statuer sur sa prétention »¹⁰⁸⁶. Par la suite, la Cour de cassation a expressément affirmé à plusieurs reprises que « le droit au procès équitable exige que soit donné l'accès à chacun au juge chargé de statuer sur sa demande »¹⁰⁸⁷. Elle s'est ainsi fondée sur l'article 6 § 1 de la Convention européenne pour consacrer le caractère fondamental du droit d'accès au juge.

Paragraphe 2 : Les limites au droit d'accès au juge

299. Des aménagements au droit d'accès au juge. La reconnaissance du droit d'accès au juge par les instruments internationaux et nationaux des droits de l'homme ne s'oppose pas à ce que ce droit fondamental subisse des aménagements. Il est en effet régulièrement admis que le droit au juge n'est pas absolu (A), et qu'il est alors possible d'y renoncer sous certaines conditions (B).

A) La remise en cause de l'absoluité du droit au juge

300. Questionnement. Le droit au juge est un droit fondamental. Pour autant, des aménagements peuvent lui être apportés. Se pose alors la question de son absoluité. S'agit-il d'un « droit absolu ou relatif ? »¹⁰⁸⁸. Différentes positions semblent s'affronter à ce sujet.

301. Position du Comité des droits de l'homme de l'ONU. L'absence d'absolutisme du droit au juge peut être perçue dans la lettre même des textes qui l'ont consacré. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966 énonce que « toute

¹⁰⁸⁶ Cass., Ass. Plén., 30 juin 1995, n° 94-20.302, *Bull.* 1995, A. P., n° 4, p. 7, *D.* 1995. 513, concl. JEOL, note R. DRAGO ; pour précision des faits de l'affaire v. égal. E. JEULAND, *Droit processuel général*, *op. cit.*, n° 180, p. 287.

¹⁰⁸⁷ Cass., Civ. 2^e, 2 mars 2004, n° 02-30.755, *Bull.* 2004, II, n° 76, p. 67 ; Cass., Civ. 1^{re}, 26 sept. 2007, n° 06-16.445, *Bull.* 2007, I, n° 303 (appel en matière d'assistance éducative) ; Cass., Civ. 1^{re}, 30 sept. 2009, n° 08-16.147, *Bull.* 2009, I, n° 194. Sur la méconnaissance du droit d'accéder au juge et l'exercice de la tierce opposition, v. Cass., Com., 30 juin 2009, n° 08-11.902, *Bull.* 2009, IV, n° 88.

¹⁰⁸⁸ S. GUINCHARD et a., *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, *op. cit.*, n°s 372 et s., pp. 702 s.

personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal »¹⁰⁸⁹. Cependant, l'article 4 § 2 du Pacte n'a pas inclus l'article 14 parmi les dispositions auxquelles les États ne peuvent pas déroger¹⁰⁹⁰. Cette exclusion revient-elle à considérer que les États peuvent y déroger ? Le Comité des droits de l'homme de l'ONU semble quant à lui refuser toute dérogation au droit à un juge¹⁰⁹¹. Il établit un lien entre le droit à la vie consacré par l'article 6 du Pacte et l'article 14¹⁰⁹² ; ou encore, entre l'article 14 § 3 g (droit de ne pas témoigner contre soi-même ou de s'avouer coupable) et l'article 7 relatif à l'interdiction de la torture et des traitements cruels, inhumains et dégradants¹⁰⁹³. Le droit au juge retrouve, par ce biais, une force incontestable. Dans l'affaire *Raphaël Henry c. Jamaïque*, le Comité des droits de l'homme de l'ONU n'hésite pas à affirmer que « dans le cas d'un procès pouvant entraîner la peine capitale, le devoir qu'ont les États parties de respecter rigoureusement toutes les garanties d'un procès équitable énoncées à l'article 14 du Pacte ne souffre aucune exception »¹⁰⁹⁴. Plus précisément encore, il a énoncé que « le droit à être jugé par un tribunal indépendant et impartial est un droit absolu qui ne souffre aucune exception »¹⁰⁹⁵. L'absoluité du droit au juge est alors reconnue par le Comité des droits de l'homme de l'ONU. Or, il existe des divergences entre cette position du Comité des droits de l'homme de l'ONU et celle des autres organes de contrôle des sources d'attraction du droit processuel à la garantie des droits fondamentaux.

¹⁰⁸⁹ Art. 14, 2^{ème} phrase du Pacte.

¹⁰⁹⁰ Alors que l'article 4 § 1 du Pacte énonce : « dans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation et est proclamé par un acte officiel, les États parties au présent Pacte peuvent prendre, dans la stricte mesure où la situation l'exige, des mesures dérogeant aux obligations prévues dans le présent Pacte, sous réserve que ces mesures ne soient pas incompatibles avec les autres obligations que leur impose le droit international et qu'elles n'entraînent pas une discrimination fondée uniquement sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'origine sociale », le § 2 prévoit que cette disposition « n'autorise aucune dérogation aux articles 6, 7, 8 (par. 1 et 2), 11, 15, 16 et 18 ».

¹⁰⁹¹ V. not. J. DHOMMEAUX, « La jurisprudence du Comité des Droits de l'homme des Nations Unies (novembre 1991 - juillet 1993) », in *Annuaire français de droit international*, vol. 39, 1993, pp. 657-683.

¹⁰⁹² CCPR, 31 mars 1993, aff. 282/1988, *Leafford Smith c. Jamaïque* ; CCPR, 24 mars 1993, aff. 307/1988, *John Campbell c. Jamaïque* ; CCRP, 24 mars 1993, aff. 330/1988, *Albert Berry c. Jamaïque* ; CCRP, 24 mars 1993, aff. 333/1988, *Lenford Hamilton c. Jamaïque* ; CCRP, 31 mars 1994, aff. 353/1988, *Lloyd Grant c. Jamaïque* ; 25 mars 1993, aff. 356/1989, *Trevor Collins c. Jamaïque* ; CCRP, 29 mars 1994, aff. 377/1989, *Anthony Currie c. Jamaïque*, rapp. du Comité pour 1994, A/49/40, vol. 1, pp. 83-84 ; CCRP, Aff. 445/1991, *Lynden Champagnie et alii c. Jamaïque*, A/49/40, p. 78 : « le Comité est d'avis que prononcer la peine de mort au terme d'un procès où les dispositions du Pacte n'ont pas été respectées et sans que cette peine ne soit plus susceptible d'appel [donc violation du droit à un juge d'appel] constitue une violation de l'article 6 du Pacte... ; les garanties procédurales prescrites dans le Pacte doivent être observées, y compris le droit à un jugement équitable rendu par un tribunal indépendant... ; dans le cas présent il faut conclure que la condamnation à mort définitive a été prononcée sans que les garanties d'un procès équitable énoncées à l'article 14 aient été observées et que, de ce fait, le droit consacré à l'article 6 du Pacte a été violé ».

¹⁰⁹³ Déc. 8 avr. 1991, aff. 253/1987, *P. Kelley c. Jamaïque*, A/46/40.

¹⁰⁹⁴ CCRP, 1^{er} nov. 1991, aff. 230/1987, *Raphaël Henry c. Jamaïque*, § 10 (citée in J. DHOMMEAUX, « La jurisprudence du Comité des Droits de l'homme des Nations Unies (novembre 1991 - juillet 1993) », *Annuaire français de Droit international*, 1993, 39, p. 667).

¹⁰⁹⁵ CCRP, 28 oct. 1992, aff. 263/1987, *Miguel Gonzales del Rio c. Pérou*, § 5. 2, rapp. du Comité A/48/40, partie 1, p. 200 et partie 2, p. 20.

302. Position de la Cour européenne des droits de l'homme. La Cour européenne a toujours affirmé que le droit d'accès au juge « n'est pas absolu » et que les États pouvaient y apporter des limitations sous certaines conditions¹⁰⁹⁶. Ces limitations « ne sauraient cependant restreindre l'accès ouvert à l'individu d'une manière ou à un point tels que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même »¹⁰⁹⁷. Un contrôle de la Cour européenne est alors exercé. Il est nécessaire que le but poursuivi par la restriction soit « légitime » et qu'il « existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé »¹⁰⁹⁸. Les organes européens contrôlent en ce sens la proportionnalité des atteintes légitimes portées au droit d'accès au juge¹⁰⁹⁹. La question posée est alors de savoir si le but poursuivi par la violation de ce droit peut être considéré comme supérieur aux intérêts lésés en raison de ladite violation. Appliqué à notre étude, ce contrôle s'intéresse aux atteintes portées au droit d'accès au juge eu égard aux possibilités offertes aux justiciables de régler leur différend par un règlement amiable. En effet, lorsqu'un processus amiable est engagé, le juge est mis de côté. *Quid* de ce retrait du juge ? S'agit-il d'une atteinte au principe fondamental du droit au juge ? La question se pose d'autant plus que les dernières réformes¹¹⁰⁰ obligent, dans nombre de matières, une tentative de règlement amiable avant toute saisine du juge. Le justiciable est alors privé de son droit d'accès au juge tant qu'une résolution du différend à l'amiable n'a pas été envisagée. Si, jusqu'alors, le législateur incitait les justiciables à recourir aux modes amiables de résolution des différends, le recours à ces processus est aujourd'hui imposé¹¹⁰¹.

La Cour européenne des droits de l'homme a été saisie d'une affaire en ce sens.

303. L'arrêt *Momčilović* du 26 mars 2015. Dans l'arrêt *Momčilović c. Croatie* du 26 mars 2015¹¹⁰², la Cour européenne statue pour la première fois sur une législation qui impose aux justiciables de chercher à obtenir le règlement d'une action civile comme préalable

¹⁰⁹⁶ CEDH, 21 févr. 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, préc., § 38.

¹⁰⁹⁷ CEDH, 27 août 1991, *Philis c. Grèce*, req. n° 12750/87, 13780/88, 14003/88, § 59 ; CEDH, 16 déc. 1992, *Geouffre de la Pradelle c/ France*, req. n° 12964/87, § 28 ; CEDH [GC], 18 févr. 1999, *Waite et Kennedy c. Allemagne*, req. n° 26083/94, § 59.

¹⁰⁹⁸ CEDH, 28 mai 1985, *Ashingdane c. Royaume-Uni*, préc., § 57 ; CEDH [GC], 18 févr. 1999, *Waite et Kennedy c. Allemagne*, préc., § 59 ; CEDH, 8 juin 2006, *Wos c. Pologne*, req. n° 22860/02, § 98.

¹⁰⁹⁹ V. *supra* n°s 273 s.

¹¹⁰⁰ L. n° 2016-1547, 18 nov. 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, préc. ; L. n° 2019-222, 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, préc. ; L. n° 2021-1729 du 22 déc. 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire, préc.

¹¹⁰¹ Cf. introduction n°s 18 s. et 351 s.

¹¹⁰² CEDH, 26 mars 2015, *Momčilović c. Croatie*, req. n° 11239/11, *Dr. et proc.* 2015/5, supplément *Dr. et proc. internationales*, p. 5, n° 14, obs. N. FRICERO ; *Procédures* 2015/5, n° 159, obs. N. FRICERO ; *RTD civ.* 2015, p. 698, obs. Ph. THERY, qui fait observer que « la Cour paraît bien inverser le cours normal des choses en relevant que cette tentative obligatoire de conciliation « ouvrirait aux parties la possibilité de régler efficacement leur différend sans que les juridictions y fussent impliquées » ».

indispensable à une procédure contentieuse contre l'État¹¹⁰³. En effet, la loi croate de 2003 sur la procédure civile oblige toute personne souhaitant saisir les juridictions civiles pour attaquer la République croate, à solliciter une transaction auprès du parquet compétent à peine d'irrecevabilité de la demande¹¹⁰⁴. Les faits de l'affaire étaient les suivants : les requérants avaient introduit auprès du parquet par la voie de la procédure amiable une demande d'indemnisation pour l'homicide d'un proche par un militaire¹¹⁰⁵. Leur demande ayant été rejetée, ils avaient saisi un tribunal municipal. Cette procédure avait cependant été clôturée en raison de leur absence de comparution aux audiences. Ils engagèrent alors une seconde action en indemnisation, qui fut déclarée irrecevable au motif qu'ils n'avaient pas cherché à transiger avec les autorités compétentes avant l'introduction de la procédure civile contentieuse. Invoquant l'article 6 § 1 de la Convention européenne, les requérants considéraient que le dispositif juridique susmentionné constituait une restriction disproportionnée à leur droit d'accès direct à un tribunal¹¹⁰⁶. En réponse, la Cour européenne a appliqué les critères habituels de contrôle de proportionnalité. Elle admet tout d'abord qu'une telle condition de recevabilité des demandes en justice constitue une entrave à l'accès au juge, lequel n'est pas absolu et est susceptible de limitations légitimes¹¹⁰⁷. Elle examine alors le but poursuivi par le législateur : ce dispositif juridique tend à diminuer le nombre d'affaires soumises aux tribunaux et à éviter aux parties des procédures longues et coûteuses. Elle le considère alors légitime¹¹⁰⁸. À cette fin, la Cour fait référence aux différentes recommandations du Comité des ministres, telles que la recommandation R.(86)12 du 16 septembre 1986¹¹⁰⁹ encourageant les États membres du Conseil de l'Europe à réduire le flux excessif de demandes en justice en favorisant les modes amiables et la recommandation Rec(2000)9 du 5 septembre 2001¹¹¹⁰ préconisant le recours aux modes amiables pour les litiges entre administrations et personnes privées. Elle mentionne également le rapport de 2014 de la Commission européenne pour l'efficacité de la justice¹¹¹¹, insistant sur le fait qu'une réponse amiable doit être offerte afin d'améliorer la qualité du

¹¹⁰³ V. note d'information sur la jurisprudence de la Cour 183, mars 2015, *Momčilović c. Croatie*.

¹¹⁰⁴ L. sur la procédure civile, art. 186 (a), sauf exceptions prévues.

¹¹⁰⁵ Leur fille avait été tuée dans un bar par un soldat de l'armée croate reconnu coupable par la juridiction pénale.

¹¹⁰⁶ Not. dans la mesure où ce préalable obligatoire retardait l'introduction de l'action en justice.

¹¹⁰⁷ CEDH, 26 mars 2015, *Momčilović c. Croatie*, préc., § 42.

¹¹⁰⁸ *Ibid.*, § 46.

¹¹⁰⁹ Recommandation n° R(86)12 relative à certaines mesures visant à prévenir et réduire la surcharge de travail des tribunaux, 16 sept. 1986.

¹¹¹⁰ Recommandation Rec(2001)9 sur les modes alternatifs de règlement des litiges entre les autorités administratives et les personnes privées, 5 sept. 2001.

¹¹¹¹ The European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), report on "European judicial systems", Edition 2014 (2012 data) : <https://rm.coe.int/european-judicial-systems-edition-2014-2012-data-efficiency-and-qualit/1680785d95>.

système judiciaire. Quant à la proportionnalité de cette obligation, la Cour européenne relève que la première action civile des requérants a été considérée comme abandonnée en raison de leur inactivité et du fait qu'ils n'aient pas interjeté appel dans les délais¹¹¹². Eu égard, notamment, au temps considérable qui s'était écoulé, elle considère qu'il était impossible de prévoir l'issue de la deuxième tentative de règlement amiable qui leur était imposée¹¹¹³. En outre, elle observe les différents aspects du dispositif légal et relève que le processus amiable interrompt la prescription extinctive du droit. En ce sens, les requérants ne sont pas privés de leur droit de saisir le juge en cas d'échec¹¹¹⁴. Cette irrecevabilité n'est que provisoire. Dès lors, la Cour européenne estime que la sanction de l'irrecevabilité n'est pas disproportionnée et conclut que le droit d'accès au juge des requérants n'a pas été atteint dans sa substance.

Le droit au juge est ainsi préservé malgré l'obligation de tenter un règlement amiable avant toute saisine du juge. Cette jurisprudence de la Cour européenne permet ainsi de légitimer les dernières mesures législatives françaises imposant aux justiciables, avant toute saisine d'une juridiction, de trouver une solution amiable. Les parties auront toujours la possibilité de saisir le juge en cas d'échec de la tentative amiable. Cette obligation légale est ainsi conforme au texte de la Convention européenne et plus particulièrement aux exigences du procès équitable.

304. Position de la Cour de justice de l'Union européenne. Quant à la Cour de justice de l'Union européenne, elle accepte également certaines limitations au droit d'accès au juge. Dans un arrêt *Rosalba Alassini c. Telecom Italia SpA* du 18 mars 2010¹¹¹⁵, elle réaffirme le caractère fondamental du droit d'accès effectif à une juridiction¹¹¹⁶ mais admet la possibilité d'y déroger : « il ressort d'une jurisprudence constante que les droits fondamentaux ne constituent pas des prérogatives absolues, mais peuvent comporter des restrictions, à condition que celles-ci répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général poursuivis par la mesure en cause et n'impliquent pas, au regard du but poursuivi, une intervention démesurée et intolérable qui porterait atteinte à la substance même des droits ainsi garantis »¹¹¹⁷. À propos d'une législation nationale rendant obligatoire une tentative de conciliation extrajudiciaire comme condition de recevabilité des recours juridictionnels, la Cour a estimé que « les

¹¹¹² *Ibid.*, § 48.

¹¹¹³ *Ibid.*, § 51.

¹¹¹⁴ La loi sur la procédure civile, elle-même, prévoit cette possibilité de saisir le tribunal compétent : art. 186, § 3 et § 5 – CEDH, 26 mars 2015, *Momčilović c. Croatie*, préc., § 52.

¹¹¹⁵ CJUE, 18 mars 2010, *Rosalba Alassini c. Telecom Italia SpA*, aff. C-317 à 320/08, *RTD eur.* 2010. 599, chron. L. COUTRON ; *D.* 2011. 265, obs. FRICERO ; *Europe* 2010, n° 179, obs. MICHEL.

¹¹¹⁶ CJUE, *Rosalba Alassini c. Telecom Italia SpA*, préc., pt. 61.

¹¹¹⁷ *Ibid.*, pt. 63 ; v. aussi CJUE, 14 juin 2017, *Livio Menini et Maria Antonia Rampanelli c. Banco Popolare Società Cooperativa*, C-75/16, pt. 54. – Force est alors de constater le rapprochement avec le contrôle de proportionnalité opéré par la CEDH.

principes d'équivalence et d'effectivité ainsi que le principe de protection juridictionnelle effective » ne s'opposent pas à une conciliation préalable¹¹¹⁸. La Cour de justice constate, en effet, que l'exigence d'une procédure de conciliation préalable à un recours juridictionnel peut s'avérer compatible avec le principe de protection juridictionnelle effective sous certaines conditions que le juge national devra vérifier. Tel est notamment le cas « lorsque cette procédure n'aboutit pas à une décision contraignante pour les parties, n'entraîne pas de retard substantiel pour l'introduction d'un recours juridictionnel, suspend la prescription des droits concernés et ne génère pas de frais, ou des frais peu importants, pour les parties, pour autant toutefois que la voie électronique ne constitue pas l'unique moyen d'accès à ladite procédure de conciliation et que des mesures provisoires sont envisageables dans les cas exceptionnels où l'urgence de la situation l'impose »¹¹¹⁹.

La Cour de justice de l'Union européenne a adopté ce même raisonnement pour les procédures de médiation obligatoire dans l'arrêt *Livio Menini et Maria Antonia Rampanelli c. Banco Popolare Società Cooperativa* du 14 juin 2017¹¹²⁰. Dans cette affaire, deux italiens avaient saisi le tribunal de Vérone, en Italie, contre une injonction de payer adressée par leur banque. Or, le tribunal relève qu'en vertu du droit national, un tel recours n'était pas recevable sans une procédure de médiation extrajudiciaire préalable, mêmes si ces derniers agissaient en tant que « consommateurs ». Par ailleurs, dans le cadre de cette médiation obligatoire, le droit italien prévoyait l'assistance d'un avocat et interdisait aux parties de se retirer de la médiation sans un juste motif. Le tribunal de Vérone, doutant de la compatibilité de ces normes avec le droit de l'Union européenne, a posé une question préjudicielle à la Cour de justice relativement à l'interprétation de la directive sur les litiges des consommateurs¹¹²¹. Dans une jurisprudence constante, la Cour de justice affirme que le droit de l'Union ne s'oppose pas à une réglementation nationale qui prévoit, dans les litiges impliquant des consommateurs, qu'une médiation obligatoire soit menée avant tout recours juridictionnel. L'accès à la justice doit cependant être préservé, dans le respect des conditions susmentionnées. Ainsi, le consommateur qui prend part à une procédure de médiation doit toujours pouvoir se retirer du processus et une

¹¹¹⁸ CJUE, 18 mars 2010, *Rosalba Alassini c. Telecom Italia SpA*, préc., §§ 67 et 68.

¹¹¹⁹ *Ibid.*

¹¹²⁰ CJUE, 14 juin 2017, *Livio Menini et Maria Antonia Rampanelli c. Banco Popolare Società Cooperativa*, aff. C-75/16.

¹¹²¹ Dir. 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la dir. 2009/22/CE, JOUE 2013, n° L. 165, p. 63 ; v. S. PIEDELIEVRE, « Médiation et accès à la justice », *Gaz. Pal.*, 19 sept. 2017, n° 31, p. 36.

législation nationale ne peut exiger que le consommateur soit assisté obligatoirement d'un avocat¹¹²².

305. Position du Conseil constitutionnel. Le Conseil constitutionnel admet également, sous certaines conditions, des limitations au droit au juge. Il est en effet nécessaire que ces limites incitent à la conciliation de ce droit avec un autre droit fondamental et qu'aucune atteinte substantielle ne soit portée à ce droit. Dans sa décision *Polynésie Française* du 9 avril 1996, il se base sur l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen pour affirmer « qu'en principe il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction »¹¹²³. Or, l'emploi de l'expression « en principe » laisse supposer de possibles exceptions.

306. Bilan et transition. Au regard de l'admission de certaines limites au droit d'accès au juge, force est de constater que ce droit n'est pas absolu. Cette affirmation peut être confirmée lorsque les justiciables s'engagent volontairement dans un processus amiable et renoncent, par-là, à leur droit au juge.

B) La renonciation du droit au juge et le recours au règlement amiable

307. Définition. Lorsqu'un justiciable s'engage dans un processus amiable de résolution d'un différend, se pose nécessairement la question de savoir ce qu'il advient du droit au juge. La Cour européenne des droits de l'homme envisage cet évitement du juge par une renonciation des parties à leur droit au juge. Comment doit alors être appréhendée cette renonciation ? Que signifie précisément cet acte et quelles en sont les conséquences ? La notion de « renonciation » vient du latin *renuntiatio*, de *renuntiare* qui signifie renvoyer, renoncer. Le Doyen CORNU la définit comme un acte de disposition par lequel une personne abandonne volontairement un droit déjà né dans son patrimoine, qu'il s'agisse d'un droit substantiel ou d'une action en justice. Il indique notamment que, par cette renonciation, la personne « éteint ce droit ou s'interdit de faire valoir un moyen de défense ou d'action »¹¹²⁴. Deux éléments

¹¹²² À défaut, la médiation deviendrait plus contraignante encore que la justice traditionnelle étatique dans la mesure où, devant certaines juridictions, la représentation par avocat n'est pas obligatoire. À noter que l'assistance de l'avocat reste obligatoire dans la procédure amiable italienne dans certains domaines : art. 5, D. Lgs. 28/2010 (modif. L. 96/2017).

¹¹²³ Cons. Const., 9 avr. 1996, n° 96-373 DC, *Polynésie Française*, préc., cons. 83.

¹¹²⁴ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., v° « Renonciation ».

ressortent de cette définition et de celles également données par les dictionnaires de la langue française.

D'une part, la renonciation est synonyme d'*abandon*. Elle suppose d'« abandonner un droit »¹¹²⁵. La question de la temporalité mérite alors une attention toute particulière. En effet, l'abandon conduit à « quitter, laisser définitivement »¹¹²⁶. Il s'agirait alors d'une renonciation définitive. Or, peut-on renoncer au juge pour le présent et pour l'avenir ? Une renonciation définitive interdirait en effet de saisir le juge postérieurement à la tentative de résolution amiable du différend. Si la non-absoluité de ce droit a été reconnue¹¹²⁷, les différents organes de protection des instruments internationaux ont cependant imposé le respect d'une condition essentielle : que le droit au juge ne soit pas atteint dans sa substance. Les parties ne doivent pas être privées de la possibilité de saisir le juge ; ce qui exclut l'hypothèse d'une renonciation définitive. Dès lors, la renonciation du droit au juge n'est que temporaire (1).

D'autre part, il ressort de ces définitions l'idée de *volontarisme*. La renonciation résulte d'une décision, d'un libre choix de la personne qui agit. Elle procède du libre exercice de la volonté. En effet, renoncer revient à « cesser, par une décision volontaire, de prétendre (à quelque chose) et d'agir pour l'obtenir », « abandonner volontairement ce que l'on a », « cesser volontairement »¹¹²⁸. À cet égard, la liberté des parties de choisir une autre voie que la justice traditionnelle pour la résolution de leur différend est une condition essentielle (2).

1. Une renonciation temporaire

308. La renonciation temporaire, garantie du droit d'accès au juge. Afin de garantir le droit fondamental du droit d'accès au juge, la renonciation n'est que temporaire. Le choix opéré par les parties de s'engager dans la voie amiable n'est pas irréversible. Ces dernières auront toujours la possibilité d'engager une action en justice si l'accord n'est pas conclu. La question se pose notamment au regard des clauses de médiation ou de conciliation préalables et obligatoires à toute instance qui sont régulièrement insérées dans les contrats¹¹²⁹. En vertu de

¹¹²⁵ A. REY (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, op. cit., v° « Renoncer à » et « Renonciation ».

¹¹²⁶ A. REY (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, op. cit., v° « Abandonner ».

¹¹²⁷ V. *supra* n°s 300 s.

¹¹²⁸ CNRTL, v° « Renoncer ».

¹¹²⁹ À ce sujet, v. not. H. KENFACK, « L'efficacité des clauses de médiation conventionnelle. Pour une justice contractuelle maîtrisée par les parties », in L. CASAUX-LABRUNEE et J.-F. ROBERGE (dir.), *Pour un droit du règlement amiable des différends. Des défis à relever pour une justice de qualité*, op. cit., pp. 179-196 ; *Id.*, « La reconnaissance des véritables clauses de médiation ou de conciliation obligatoire hors de toute instance », *D.* 2015, p. 384.

ces clauses, les parties ne peuvent saisir le juge qu'à la condition d'avoir mis en œuvre la procédure prévue contractuellement. À cet égard, la Cour de cassation a jugé que l'action exercée au mépris de ces clauses était irrecevable¹¹³⁰. La sanction procédurale posée porte ainsi atteinte au droit fondamental et apparaît dès lors sévère. Pour autant, ces clauses, par lesquelles les parties s'obligent à entrer en voie de conciliation ou de médiation en cas de différend sur l'exécution du contrat, les engagent seulement à *tenter* un règlement amiable. Elles « ne ferment pas la voie de l'action, elles se bornent à la suspendre »¹¹³¹. Il en est de même pour l'obligation légale de recourir à un mode amiable avant la saisine du juge prévue à l'article 4 de la loi « Justice XXIe siècle » du 18 novembre 2016.

309. Effet suspensif de prescription et report de l'accès au juge. Le risque induit par cette sanction procédurale attachée à la méconnaissance des clauses de médiation ou de conciliation préalables obligatoires est de voir le délai de prescription s'écouler, tandis que les parties œuvrent pour trouver un accord. Le délai pour agir prescrit, les parties seraient en effet privées de leur droit au juge¹¹³². Dès lors, afin de garantir ce droit fondamental, la Chambre mixte a admis que « la mise en œuvre [d'une telle clause] suspend jusqu'à son issue le cours de la prescription »¹¹³³. La solution retenue est alors contraire à l'article 5 du décret n° 78-381 du 20 mars 1978 aux termes duquel « la saisine du conciliateur de justice n'interrompt ni ne suspend la prescription, les délais de déchéance ou de recours »¹¹³⁴. Cette disposition a dès lors été modifiée par le décret n° 2010-1165 du 1^{er} octobre 2010 relatif à la conciliation et à la procédure orale en matière civile, commerciale et sociale¹¹³⁵ ; puis abrogée par le décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends¹¹³⁶. Compte tenu de l'impossibilité d'agir pour les parties, la Cour de cassation a pris le parti de reconnaître aux

¹¹³⁰ Cass., Ch. Mixte, 14 févr. 2003, n° 00-19.423 00-19.424, *Bull.* n° 1, p. 1, *D.* 2003, p. 1386, note P. ANCEL et M. COTTIN et p. 2480, obs. T. CLAY ; *RTD civ.* 2003, p. 349, obs. PERROT ; *RDC* 2003, p. 182, obs. L. CADIET et X. LAGARDE. – Dans un arrêt en date du 8 avr. 2009, la première chambre civile a également admis que la clause de médiation contenue dans un contrat pouvait faire échec à la saisine du juge (n° 08-10.866, *Sté MG international*, *Bull. civ.* I, n° 78 ; *D.* 2009, AJ 1284, obs. X. DELPECH ; *JCP* 2009. I. 43, note O. CUPERLIER, et I. 369, § 9, obs. S. AMRANI MEKKI, et I. 462, § 9, obs. J. BEGUIN ; *Procédures* 2009. 203, note H. CROZE).

¹¹³¹ S. GUINCHARD et a., *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, *op. cit.*, n° 804, p. 1458.

¹¹³² En tant que mode d'acquisition ou d'extinction d'un droit, par l'écoulement d'un certain laps de temps, la prescription prive en effet les parties de leur droit au juge (G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° « Prescription »).

¹¹³³ Cass., Ch. mixte, 14 févr. 2003, préc. – La première chambre civile a repris ces mêmes termes dans un arrêt en date du 27 janv. 2004 (n° 00-22.320, *Bull.* 2004, I, n° 23).

¹¹³⁴ Décr. n° 78-381 du 20 mars 1978 relatif aux conciliateurs de justice, préc.

¹¹³⁵ Décr. n° 2010-1165 du 1^{er} oct. 2010 relatif à la conciliation et à la procédure orale en matière civile, commerciale et sociale, *JORF* n° 0230 du 3 oct. 2010, texte n° 3, art. 3.

¹¹³⁶ Décr. n° 2012-66 du 20 janv. 2012 relatif à la résolution amiable des différends, *JORF* n° 0019 du 22 janv. 2012, texte n° 9, art. 43.

clauses de conciliation et de médiation un effet suspensif de prescription. Cette solution jurisprudentielle a notamment été reprise par la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription¹¹³⁷. Cette loi ajoute l'article 2238 au Code civil qui dispose : « la prescription est suspendue à compter du jour où, après la survenance d'un litige, les parties conviennent de recourir à la médiation ou à la conciliation ou, à défaut d'accord écrit, à compter du jour de la première réunion de médiation ou de conciliation. La prescription est également suspendue à compter de la conclusion d'une convention de procédure participative ou à compter de l'accord du débiteur constaté par l'huissier de justice pour participer à la procédure prévue à l'article L. 125-1 du code des procédures civiles d'exécution »¹¹³⁸. Les différents règlements amiables suspendent dès lors le délai de prescription. L'effet suspensif de prescription est ainsi un garde-fou essentiel à la préservation du droit d'accès au juge.

À ce sujet, un certain nombre de dispositions de la Directive européenne 2008/52/CE, dite Médiation¹¹³⁹, étaient ainsi déjà compatibles avec le droit français de la médiation. En effet, sur ces points, la directive a consacré des réalisations d'ordre légal et des pratiques déjà existantes en droit français. En vertu de son article 8, alinéa 1^{er}, les États membres doivent veiller à ce que les parties qui s'engagent dans la voie de la médiation ne se voient pas fermer l'accès à la saisine des tribunaux par le jeu de prescriptions trop contraignantes. Cette solution avait déjà été consacrée par la jurisprudence de la Cour de cassation¹¹⁴⁰.

310. Cependant, les conditionnements de la suspension du délai de prescription ont suscité quelques interrogations¹¹⁴¹. À quel moment de la procédure, le délai de prescription est-il suspendu ? À quel moment reprend-il son cours ? Au regard de la solution de l'arrêt de la Chambre mixte de la Cour de cassation, se posait nécessairement la question de savoir ce qu'il en était de la « mise en œuvre » qui conditionne la suspension du délai et de « l'issue » de la procédure amiable. L'article 2238 du Code civil nouvellement rédigé précise alors que la mise en œuvre de cette suspension correspond à l'acte par lequel « les parties conviennent de recourir à la médiation ou à la conciliation ou, à défaut d'accord écrit, à compter du jour de la première

¹¹³⁷ L. n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, JORF n° 0141 du 18 juin 2008, texte n° 1, art. 1^{er}.

¹¹³⁸ C. civ., art. 2238, al. 1^{er}. – Depuis la loi n° 2010-1609 du 22 déc. 2010, dite « loi Bételle » (préc.), la convention de procédure participative nouvellement créée suspend également la prescription dès sa conclusion et jusqu'à son terme.

¹¹³⁹ Dir. 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, préc.

¹¹⁴⁰ Cass. Ch. mixte, 14 février 2003, n° 00-19.423, préc. ; *Adde.* Cass., Com., 17 juin 2003, n° 99-16.001, *Bull.* IV, n° 101, p. 112, *D.* 2003. IR 2480 ; *RTD civ.* 2004. 136, obs. PERROT ; *Procédures* 2003, n° 213, note PERROT ; *RDC* 2004. 417, obs. LAGARDE.

¹¹⁴¹ P. ANCEL et M. COTTIN, « L'efficacité procédurale des clauses de conciliation ou de médiation », *D.* 2003, I, A, p. 1390.

réunion de médiation ou de conciliation », à « la conclusion d'une convention de procédure participative », ou à « l'accord du débiteur constaté par l'huissier de justice pour participer à la procédure prévue à l'article L. 125-1 du Code des procédures civiles d'exécution »¹¹⁴². Quant à l'issue, elle est appréhendée par « la date à laquelle soit l'une des parties ou les deux, soit le médiateur ou le conciliateur déclarent que la médiation ou la conciliation est terminée », par le terme de la convention de procédure participative, ou par « la date du refus du débiteur, constaté par l'huissier »¹¹⁴³. Ces précisions législatives justifient ainsi la nature temporaire de la renonciation du droit au juge.

311. Confusion terminologique. Ce développement conduit cependant à une question terminologique. Le terme « renonciation » est-il alors réellement approprié ici ? Eu égard au caractère définitif qui ressort de la définition de la notion, l'expression « renonciation temporaire » apparaît contradictoire ; tel un oxymore qui tend à rapprocher deux termes dont les sens sont éloignés. En outre, il est essentiel de souligner que l'emploi de cette notion laisse penser à une véritable atteinte au droit d'accès au juge. Renoncer conduit à mettre fin à quelque chose. Or, il sera toujours possible pour les parties de saisir le juge dans l'avenir, une fois la tentative de conciliation ou de médiation engagée. Il serait alors peut être préférable d'évoquer une terminologie plus adaptée au contexte. Deux notions pourraient alors être envisagées : un *ajournement* du droit au juge ou un *délaissement* du droit au juge opéré par les parties au profit d'un règlement amiable.

L'ajournement équivaut au renvoi à une date ultérieure, à un report¹¹⁴⁴. Il s'agit concrètement d'une suspension pour une certaine cause. Pour illustration, l'ajournement d'un projet de loi est l'« acte par lequel l'une des chambres, saisie d'un projet de loi autorisant la ratification ou l'approbation d'un accord international, plutôt que d'adopter ou de rejeter en bloc le texte qu'il lui est interdit d'amender, sursoit à sa décision de manière à attirer l'attention du gouvernement sur telle clause »¹¹⁴⁵. Il peut également être cité l'ajournement du prononcé de la peine, qui est un « mode de personnalisation de la peine consistant, pour la juridiction répressive qui déclare le prévenu coupable, à remettre à une date ultérieure le prononcé de la peine »¹¹⁴⁶. À cette date, la juridiction peut soit dispenser le prévenu de la peine, soit prononcer

¹¹⁴² C. civ., art. 2238, al. 1^{er}.

¹¹⁴³ C. civ., art. 2238, al. 2.

¹¹⁴⁴ G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.* et CNRTL, v^o « Ajournement ».

¹¹⁴⁵ G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, v^o « Ajournement – d'un projet de loi » ; il s'agit concrètement d'un report de discussion concernant un accord international (règl. AN, art. 128, al. 2).

¹¹⁴⁶ *Ibid.*, v^o « Ajournement – du prononcé de la peine » ; CP, art. 132-60.

la peine prévue par la loi, soit différer de nouveau le prononcé de la peine¹¹⁴⁷. L'ajournement témoigne ainsi d'une pause temporelle pendant laquelle une autre possibilité est envisagée¹¹⁴⁸. À cet égard, il appert bien l'idée d'une suspension et l'ajournement n'est que temporaire. Pour reprendre le premier exemple cité, il ne s'agit pas d'un rejet définitif. Quant au second, à l'issue de la période, une prise de décision est attendue. De la même manière, le processus amiable offre une possibilité aux parties de résoudre leur différend à l'amiable. Cependant, il s'agit d'une tentative. Dès lors, en cas d'échec, elles seront en mesure de saisir le juge.

Le délaissement, quant à lui, est synonyme d'abandon¹¹⁴⁹. Plus spécialement, dans le cadre des hypothèques, il s'agit du fait, pour le tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué, d'abandonner la possession de cet immeuble afin de mettre fin à la procédure de saisie. Or, en vertu de l'article 2468 du Code civil, « le délaissement n'empêche pas que jusqu'à la vente forcée, le tiers détenteur ne puisse reprendre l'immeuble en payant toute la dette et les frais ». Le délaissement est ainsi temporaire et une possibilité est toujours offerte aux parties de retrouver la possession de l'immeuble litigieux. De la même manière, il sera toujours possible pour les parties de saisir le juge dans le cas où le règlement amiable n'aboutirait pas.

Par l'emploi de l'une de ces terminologies, la garantie fondamentale du droit d'accès au juge retrouverait ainsi une place prééminente, conjointement à la possibilité donnée aux parties de tenter un règlement amiable.

En terme civiliste, la renonciation est reconnue comme « un acte juridique temporaire abdicatif »¹¹⁵⁰. À ce titre, cet acte doit nécessairement respecter des conditions précises. Il doit notamment procéder d'un consentement libre et éclairé ; ce qui correspond à l'idée de volontarisme exposée dans la définition précédemment évoquée.

2. Une renonciation libre

312. Liberté de la renonciation. Dans quelle mesure l'individu est-il libre de renoncer à ses droits et libertés fondamentaux¹¹⁵¹ ? Ces derniers ont en effet été sacralisés par les textes internationaux, qui sont pourtant muets quant à la renonciation des droits garantis. Les

¹¹⁴⁷ CP, art. 132-61. Il est alors question d'apprécier la conduite du coupable.

¹¹⁴⁸ Pause temporelle qui peut être appréhendée comme une période d'observation, de réflexion et d'analyse.

¹¹⁴⁹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., v° « Délaissement ».

¹¹⁵⁰ S. GUINCHARD et a., *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, op. cit., n° 804, p. 1458.

¹¹⁵¹ V. not. J. ARROYO, *La renonciation aux droits fondamentaux*, thèse, préf. X. DUPRE DE BOULOIS, A. Pedone, Paris, 2016.

rédacteurs n'avaient manifestement pas envisagé la question des droits fondamentaux sous cet angle. Dès lors, la possibilité d'invoquer l'autonomie, le consentement libre et éclairé ou encore la liberté de choix de disposer de ses propres droits tend à accroître la liberté individuelle. La reconnaissance d'un droit de renoncer augmente en effet la gamme des alternatives. Si l'individu renonce à son droit au juge, il a la possibilité d'accéder à la justice par une autre voie. Pour autant, et *a contrario*, « cet accroissement de la liberté individuelle entraîne un supplément de vulnérabilité : doté du “droit de renoncer”, l'individu peut faire l'objet de pressions »¹¹⁵². De ce fait, des garde-fous sont nécessaires.

313. Tout d'abord, il est de jurisprudence constante que « les renonciations ne se présument pas »¹¹⁵³. Cette règle permet de garantir le respect du libre consentement de ceux qui renoncent à leur droit au juge au profit d'un règlement amiable. L'essence même des règlements amiables réside dans l'implication des parties pour résoudre le différend qui les oppose. Chaque participant joue un rôle actif dans le processus amiable. Ils mettent en œuvre tous les moyens nécessaires afin de parvenir à un accord. Il paraît alors évident que le consentement des parties de renoncer à leur droit d'accès au juge au profit d'un règlement amiable est nécessairement libre et éclairé. Il en va de la réussite du processus amiable. En effet, le libre choix d'un individu de s'engager dans un règlement amiable démontre une réelle volonté de mettre fin au différend par le biais de cette voie. La liberté individuelle implique dès lors une attitude positive pour la réussite du processus de résolution du différend en cause. Cette condition d'une renonciation libre garantit ainsi tant le respect du droit fondamental d'accès au juge que la réussite du processus amiable.

Maître de lui-même, l'individu est en droit d'apprécier quelle procédure sera la plus adaptée à la résolution de son différend. Lorsqu'il s'engage dans un processus amiable, il doit avoir accepté d'y participer et l'intégrité de son consentement doit être observé. Comment imaginer la participation active d'une partie dans la recherche d'un accord si elle est obligée de régler son différend par un tel processus ? La volonté des parties de renoncer à leur droit d'accès au juge s'apprécie différemment selon la matière litigieuse, c'est-à-dire dans les procédures

¹¹⁵² O. DE SCHUTTER et J. RINGELHEIM, « La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition du soi et le règle de l'échange », Université Catholique de Louvain, CRIDHO working paper, séries 1/2005, p. 14., art. égal. publié in H. DUMONT, F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK (dirs), *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 441-481.

¹¹⁵³ V. pour illustration, Cass., Civ. 3^e, 5 mars 2020, n° 19-10.371, Inédit ; Cass., Com., 26 mai 1998, n° 96-12.207, *Bull. civ.*, n° 165 ; Cass., Civ. 1^{re}, 19 févr. 1991, n° 89-14.418, *Bull. civ. I*, n° 66 ; Cass., Civ. 1^{re}, 19 nov. 1985, *Bull. civ. I*, n° 311 ; Cass., Com., 20 avr. 1982, *Bull. civ. IV*, n° 134 ; Cass., Com. 18 févr. 1980, *Bull. civ. IV*, n° 85 ; Cass, Com., 13 déc. 1960, *Bull.*, n° 410.

civile, pénale ou administrative, et selon qu'elle soit réalisée *a priori* (avant tout litige) ou *a posteriori* (une fois le litige né).

314. Renonciation en matière civile. Une fois le litige né en matière civile, il n'y a pas lieu de douter du consentement des parties qui s'engagent dans un processus amiable. Ces dernières manifestent leur volonté de résoudre leur différend à l'amiable et sont en mesure d'apprécier les conséquences de la mise à l'écart du juge. De plus, leur engagement « reste de faible intensité »¹¹⁵⁴ puisque dans le cas où aucun accord n'est trouvé, elles auront toujours la possibilité de soumettre ce différend au juge. Il en est de même pour les médiations judiciaires. En effet, la médiation proposée par le juge impose de recueillir au préalable l'accord des parties¹¹⁵⁵. Cependant, *quid* de la liberté des parties lorsqu'une procédure amiable est imposée en raison d'un consentement donné *a priori*, avant la naissance d'un désaccord ? Cette hypothèse fait notamment référence aux clauses de conciliation et de médiation insérées dans les contrats. En vertu d'une telle clause, les parties ont l'obligation d'engager un règlement amiable et ne peuvent faire aucune demande au juge. Or, ces clauses n'obligent pas les parties à s'entendre. Elles imposent seulement aux parties de se donner les moyens nécessaires pour parvenir à un accord. De la même manière, cette liberté de renonciation est quelque peu malmenée lorsque la procédure amiable est imposée par la loi avant toute saisine du juge. En effet, l'évolution du droit positif français démontre que ce préalable amiable à l'action en justice tend à devenir la norme. Pour autant, comme indiqué précédemment, la renonciation n'est que temporaire. Les parties conservent la liberté de ne pas se mettre d'accord à l'issue du processus amiable et de saisir le juge.

La reconnaissance de la force obligatoire de ces clauses et le développement des modes amiables obligatoires conduisent à s'interroger sur cette condition de liberté de la renonciation. Or, les parties sont toujours libres de trouver un accord ou non. En ce sens, elles sont libres de renoncer définitivement au droit au juge. Cependant, elles peuvent être obligées de tenter une procédure amiable. Dès lors, il peut leur être imposé de renoncer temporairement au droit d'accès au juge. Regrettable pour certains, « souhaitable »¹¹⁵⁶ pour d'autres, cette évolution tendant à imposer les règlements amiables fait encore aujourd'hui l'objet d'un vif débat doctrinal¹¹⁵⁷. Si dans la matière civile, cette atteinte apparaît légère en raison des possibilités

¹¹⁵⁴ S. GUINCHARD et a., *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, *op. cit.*, n° 805, p. 1459.

¹¹⁵⁵ CPC, art. 131-1, al. 1^{er}.

¹¹⁵⁶ S. GUINCHARD et a., *op. cit.*, p. 1460.

¹¹⁵⁷ V. not. B. CLADY (Directrice du Pôle MARD), « La médiation obligatoire, une bonne idée ? », Point de vue, CMAP : <https://www.cmap.fr/la-mediation-obligatoire-une-bonne-idee/>.

données aux parties de saisir le juge postérieurement, qu'en est-il en matière pénale ? Les parties sont-elles réellement libres de consentir en cette matière ?

315. Renonciation en matière pénale. En matière pénale, la renonciation *a priori* est inconcevable. Comment imaginer une entreprise, ou un particulier, conclure un contrat avec une autorité publique dans lequel une tentative de résolution par le biais d'une médiation serait prévue en cas de commission d'infraction ? Dès lors, ce n'est qu'à la suite de la commission d'une infraction et lorsque le procureur de la République apprécie s'il convient ou non de poursuivre l'individu qu'un « règlement amiable » peut être envisagé. Pour autant, la mise en œuvre d'une résolution à l'amiable en matière pénale pose certaines difficultés relatives, notamment, au consentement des parties¹¹⁵⁸. Tout d'abord, aucun équilibre ne peut être respecté entre la partie qui possède la maîtrise de l'action publique et l'auteur des faits¹¹⁵⁹. Qu'il s'agisse du ministère public, d'une administration ou d'une autorité de régulation, la partie poursuivante agit au nom de l'intérêt général. Elle ne souffre ainsi d'aucun désagrément et ne réalise aucune concession. Les sacrifices et les risques de la procédure alternative sont supportés seulement par le délinquant. À ce titre, le consentement donné par ce dernier peut s'avérer fragile. De son point de vue, les procédures négociées sont le seul moyen d'échapper aux poursuites ou d'en atténuer la rigueur. Dès lors, l'intéressé a-t-il réellement le choix d'accepter les propositions du procureur de la République ? Ici, la renonciation apparaît, pour celui-ci, comme un « moindre mal »¹¹⁶⁰. Il aurait sûrement préféré ne pas renoncer, mais à défaut de renonciation, il aurait été placé dans une situation plus difficile encore. Les circonstances entourant ladite renonciation apparaissent dès lors suspectes du fait qu'elle correspond davantage à une réponse sous contrainte, ou à une réponse en situation de détresse, qu'à une préférence « authentique »¹¹⁶¹. En effet, la renonciation est faite sous la menace d'une poursuite. C'est en ce sens que la Cour européenne, dans son arrêt *Deweere c. Belgique*¹¹⁶², a énoncé le principe selon lequel une renonciation au procès équitable n'est valable qu'à la condition d'être libre.

Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *Deweere c. Belgique* rendu le 27 février 1980 par la Cour européenne des droits de l'homme, l'administration avait constaté une infraction à la

¹¹⁵⁸ V. not. C. GINESTET, « Médiation pénale et justice restaurative. L'indispensable adhésion des parties à la médiation », in L. CASAUX-LABRUNEE et J.-F. ROBERGE (dir.), *Pour un droit du règlement amiable des différends. Des défis à relever pour une justice de qualité*, LGDJ, 2018, pp. 163-177.

¹¹⁵⁹ Madame le professeur Catherine GINESTET met ainsi en évidence cette « infériorité procédurale » (*Ibid.*, pp. 170-171).

¹¹⁶⁰ CEDH, 27 févr. 1980, *Deweere c. Belgique*, req. n° 6903/75, § 51.

¹¹⁶¹ O. DE SCHUTTER et J. RINGELHEIM, « La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition du soi et le règle de l'échange », art. préc., p. 15.

¹¹⁶² CEDH, 27 févr. 1980, *Deweere c. Belgique*, préc.

règlementation des prix lors d'un contrôle effectué dans le commerce tenu par le requérant. Le procureur du Roi avait alors ordonné la fermeture provisoire de l'établissement et lui avait proposé une transaction. Il lui offrait de payer la somme de 10.000 francs belges, en échange de quoi Monsieur Deweer ne ferait pas l'objet de poursuites et pourrait maintenir son commerce ouvert. Il accepta cette proposition, paya la somme demandée et renonça ainsi à ce que sa cause soit entendue par un tribunal. Devant la Cour européenne, il contestait la validité de cette transaction en affirmant qu'il avait été privé de son droit d'accès à un tribunal garanti par l'article 6 § 1 de la Convention européenne¹¹⁶³. La Cour européenne a constaté une violation du droit d'accès à un tribunal. Elle a en effet relevé que le montant réclamé à Monsieur Deweer était bien inférieur au montant maximum de l'amende qu'il risquait (30 millions de FB) et très peu supérieur au montant minimal (3.000 FB) de cette amende. Il existait alors « “une disproportion flagrante” entre les deux termes de l'alternative offerte au requérant »¹¹⁶⁴. Selon la Cour, la « relative modicité » de la somme demandée « renforçait la pression exercée par l'ordre de fermeture » et « la rendait si contraignante que l'on ne saurait s'étonner que l'intéressé y ait cédé »¹¹⁶⁵. En d'autres termes, la Cour européenne estime dans cet arrêt que l'association entre le caractère modique de la somme réclamée et la menace de fermeture de l'établissement avait contribué à exercer une pression telle sur le requérant que la renonciation de ce dernier à son droit d'obtenir un examen de sa cause par un tribunal ne pouvait être considérée comme libre.

Plus encore, cette « nécessité » d'accepter lesdites propositions tend à porter atteinte au principe fondamental de la présomption d'innocence¹¹⁶⁶. Lorsque la procédure est négociée, l'individu a conscience que le procureur est certain de sa culpabilité et peut imaginer qu'il en sera de même pour la formation de jugement¹¹⁶⁷. Cette hypothèse peut ainsi influencer son choix d'accepter les propositions du ministère public et cause une pression supplémentaire sur l'individu, qui sera d'autant plus tenté de renoncer à son droit d'accès au juge. En raison de ce

¹¹⁶³ Il dénonçait « en substance l'imposition d'une amende transactionnelle sous la contrainte d'une fermeture provisoire de son établissement » (*Ibid.*, § 22).

¹¹⁶⁴ *Ibid.*, § 51.

¹¹⁶⁵ *Ibid.*, § 51.

¹¹⁶⁶ V. en ce sens Cass, Crim., 6 déc. 2011, n° 11-80.418, RSC 2012. 188, obs. J. DANET ; *Dalloz actualité*, 3 janv. 2012, Pénal, Enquête, obs. M. LENA. Cet arrêt met en exergue une réponse du parquet pour le moins controversée au vu de la contestation des faits.

¹¹⁶⁷ Cette question est cependant secondaire pour la Cour européenne dans son arrêt *Deweer c. Belgique*. En effet, la Cour ne s'attarde pas précisément sur ce point. Elle estime que la présomption d'innocence que consacre le paragraphe 2 (CESDH, art. 6 § 2) constitue un élément, parmi d'autres, de la notion du procès équitable en matière pénale et que dans le cas d'espèce, le requérant a été entièrement privé d'un tel procès puisqu'il y avait renoncé sous contrainte. La question du respect du principe de la présomption d'innocence est alors absorbée par celle de l'observation du respect plus général du droit à un procès équitable et donc du droit d'accès au juge qui en est le premier élément.

risque d'être condamné à une peine plus sévère que la mesure proposée et de l'aléa judiciaire existant, l'individu peut se résigner à acquiescer aux propositions réalisées. Afin de protéger l'individu, deux conditions sont notamment prévues pour la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité¹¹⁶⁸ : les parties doivent pouvoir se décider hors la présence du procureur et bénéficiaire de l'assistance d'un avocat. En ce sens, il apparaît alors nécessaire de consacrer des garanties juridiques sérieuses pour l'ensemble des mesures alternatives aux poursuites pénales¹¹⁶⁹.

316. Quant au consentement de la partie civile, il n'est pas davantage favorisé. Dans le cadre de la médiation pénale, la victime est associée à la procédure négociée. Plus encore, elle doit donner son accord pour que le processus soit conclu. Ce qui signifie qu'en cas de désaccord, le procureur peut reprendre les poursuites en engageant le procès. Le sort du délinquant dépend ainsi d'une décision de la victime. Dès lors, celle-ci est soumise à une forte pression. Cette pression est d'autant plus grande que la médiation pénale s'intéresse à la délinquance de proximité. Les parties se connaissent et il est fort possible qu'elles aient l'occasion de se croiser à nouveau dans l'avenir. La victime peut alors craindre la réaction de l'auteur des faits et être influencée en raison du risque de vengeance. Inversement, une telle implication de la victime dans le processus interroge. La procédure pénale a pour rôle de substituer à la vengeance privée une justice publique rendue au nom de la société tout entière. Même si la victime peut provoquer l'action publique par une constitution de partie civile, elle n'en a pas la maîtrise. Pourtant, dans le cadre d'une médiation pénale, la prise en charge du préjudice repose entre les mains de la victime et non plus de la collectivité. Le risque est alors de voir la règle de droit « mise à l'écart

¹¹⁶⁸ Procédure créée par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (JORF n° 59 du 10 mars 2004, texte n° 1) avec l'objectif d'accélérer le traitement judiciaire de certaines affaires pénales simples et, par conséquent, de contribuer à désengorger les juridictions. Cette procédure a cependant fait l'objet de nombreuses critiques. Il a notamment été dénoncé que le dispositif s'inspirait trop largement de modes de poursuites en vigueur au Royaume-Uni, au Canada et aux États-Unis tels que le « plea bargaining » ou plaider-coupable, qui semblent peu compatibles avec la présomption d'innocence et avec le système français. Le plaider-coupable à l'américaine donne lieu à une véritable négociation sur l'aveu de culpabilité et sur les chefs d'inculpation. Ainsi, les défenseurs de ce dispositif ont précisé « que la crainte sous-jacente à beaucoup de critiques formulées à l'encontre de cette procédure, selon lesquelles, par le biais d'une proposition de CRPC, il pourrait être fait pression sur le prévenu pour obtenir son aveu, ne correspond pas à la réalité. Dans la plupart des cas, il s'agit d'affaires dans lesquelles il n'est nul besoin d'un aveu (ainsi le dépassement du taux légal d'alcoolémie au volant ou la détention de stupéfiants). Dans ces affaires, la personne a reconnu les faits avant même qu'il soit envisagé de lui proposer une CRPC. C'est parce que les faits sont reconnus que le procureur propose une CRPC, et non l'inverse » : P.-Y. COLLOMBAT, au nom de la commission des lois, Rapp. n° 120 (2013-2014), 6 nov. 2013, Proposition de loi portant réforme de la comparution sur reconnaissance de culpabilité.

¹¹⁶⁹ Concernant la CRPC (qui n'est pas une mesure alternative aux poursuites, mais une alternative au procès pénal classique), l'Union syndicale des magistrats avait d'ailleurs indiqué que, désormais, cette procédure est une « vraie procédure simplifiée, respectant les principes du contradictoire et du procès équitable fixés par la Convention européenne des droits de l'homme. » : rapp. préc.

au profit d'une morale consensuelle »¹¹⁷⁰. Il est nécessaire que la victime s'abstienne de toute pensée négative et de vengeance à l'encontre de l'individu lui ayant causé un préjudice. Or, dans le cadre d'un tel processus, la victime est bien juge et partie. Afin de résoudre cette difficulté, Monsieur le professeur Serge GUINCHARD propose d'organiser une consultation de la victime dont l'avis serait recueilli par le Ministère public en toute confidentialité¹¹⁷¹. Il serait sans doute plus opportun de prendre en considération ses dires que de lui faire porter le choix quant à l'avenir de la situation de l'auteur des faits.

317. Renonciation en matière administrative. Le nouveau régime de la médiation en matière administrative, créé par l'article 5 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle¹¹⁷², se rapproche de celui posé dans le Code de procédure civile¹¹⁷³. La question de la liberté des parties de renoncer au droit au juge au profit d'une médiation administrative ne semble alors pas susciter de difficulté particulière. Pour autant, à l'instar de la matière pénale, ce processus amiable met en jeu une personne publique. Dès lors, l'équilibre entre les deux parties est également perturbé eu égard à la place prédominante de l'administration face à l'administré. L'administration représente l'État et son pouvoir. Par conséquent, elle est dotée de prérogatives particulières qui la placent dans une position de supériorité par rapport au justiciable¹¹⁷⁴. Une certaine dépendance de l'administré apparaît dès lors que l'administration exerce une influence sur le déroulement de la procédure amiable. En effet, l'administration entre en médiation si elle le désire et selon les modalités qu'elle détermine¹¹⁷⁵. En ce sens, Monsieur le professeur Benoît PLESSIX va jusqu'à affirmer qu'« en matière administrative, la transaction n'est rien d'autre qu'une illustration exemplaire du contrat d'adhésion »¹¹⁷⁶. À ce titre, et à la différence de la transaction civile qui suppose des

¹¹⁷⁰ S. GUINCHARD et a., *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, op. cit., p. 1466.

¹¹⁷¹ *Ibid.*

¹¹⁷² L. préc.

¹¹⁷³ Cet article introduit un ensemble de dispositions qui déterminent un régime précis de la médiation administrative, susceptible d'avoir cours devant les tribunaux administratifs, les cours administratives et le Conseil d'État lorsqu'il est saisi en premier et dernier ressort (CJA, art. L. 213-1 à L. 213-10). Or, antérieurement à l'instauration de ce régime propre à la matière, les juridictions administratives s'inspiraient déjà du droit privé et de l'art. 2044 du Code civil relatif à la transaction tout en apportant à ce contrat les adaptations nécessaires aux exigences de l'intérêt général et aux contraintes de la comptabilité publique. Pour illustration, v. CE, 3 août 1910, *Société Gille, Brahic et Thomas, Lebon* p. 686.

¹¹⁷⁴ L'inégalité entre les parties en conflit est avant tout marquée par la terminologie employée. L'administration dispose de « *prérogatives exorbitantes* », d'un « *pouvoir discrétionnaire* », liés à sa « *puissance publique* » : J. CHEVALIER, « Le droit administratif, droit de privilège ? », *Pouvoirs* 1988, n° 46, p. 57. – v. *infra* n° 541.

¹¹⁷⁵ Par exemple, si l'intérêt de l'administration n'est pas de régler le litige rapidement, celle-ci refusera d'engager le processus de médiation afin de retarder l'échéance, alors même que le particulier aspire à un règlement rapide du différend.

¹¹⁷⁶ B. PLESSIX, « Transaction et droit administratif », in B. MALLET-BRICOUT ET C. NOURISSAT (dir.), *La transaction dans toutes ses dimensions*, op. cit., pp. 133-146, spéc. p. 136. – Constat qui peut être également envisagé dans la matière pénale, not. concernant la composition pénale.

concessions réciproques, la personne publique ne fait pas vraiment de concessions¹¹⁷⁷. En réalité, il n'y aurait pour elle qu'avantage à transiger puisqu'en s'acquittant de ce qu'elle doit, elle s'épargne les frais d'une mise en cause. Aussi, le contenu de l'accord doit tout d'abord être conforme aux dispositions d'ordre public ; ce que le juge ne manquera pas de contrôler en cas d'homologation¹¹⁷⁸. En outre, il est nécessaire que l'administré soit parfaitement informé des spécificités de la transaction administrative afin de choisir librement la voie pour résoudre le différend en cause.

Section 2 : Une offre de justice diversifiée, entre droit à un règlement amiable et droit au juge

318. Droit à une diversité de voies procédurales. En considération de l'évolution de la société et des phénomènes contemporains étudiés¹¹⁷⁹, l'accès à la justice s'est élargi. L'accès à la justice n'est plus synonyme d'action portée devant le juge mais ouvre, au contraire, davantage de possibilités pour résoudre un différend. La justice n'est plus seulement rendue dans les salles d'audience par le glaive du juge qui la caractérise. Il est en effet également possible d'accéder à la justice par la voie amiable. Différentes voies permettent de résoudre le différend en cause. Ainsi, plus largement, doit être mis en exergue un droit à une justice plurielle (§1). Cette diversité de l'offre de justice, qui donne davantage d'autonomie aux citoyens, découle de la généralisation des règlements amiables. En ce sens, parallèlement au droit au juge, le droit positif français ne conduirait-il pas à reconnaître un droit au règlement amiable ? (§2).

Paragraphe 1 : Le droit d'accès à une justice plurielle

319. Un droit garanti. Le bon fonctionnement démocratique d'une société implique la garantie d'un accès au droit et à la justice (A), sans lesquels la sécurité juridique ne serait pas assurée. Or, *quid* du lien entre ces deux notions ? Quels sont les contours de l'accès à la justice ? Après avoir envisagé ces interrogations, il sera nécessaire d'appréhender l'effectivité de ce droit. L'effet réel produit par le droit d'accès à la justice suppose une réelle possibilité pour les

¹¹⁷⁷ *Ibid.*

¹¹⁷⁸ V. *infra* n° 428.

¹¹⁷⁹ V. *supra* nos 60 s. (contractualisation, fondamentalisation, européanisation).

parties en conflit d'accéder au temple de la justice. Dès lors, l'État doit veiller au respect de cette effectivité en posant des garanties légales (B).

A) Accès à la justice et accès au droit

320. Définitions. L'accès à la justice permet, selon Messieurs les professeurs Romain BOFFA et Mustapha MEKKI, « de s'assurer de la protection effective des droits en mettant à la disposition des justiciables un juge auprès duquel ils pourront faire valoir leurs prétentions »¹¹⁸⁰. Le droit d'accès à la justice est alors assimilé au droit au juge. Or, comme démontré précédemment dans cette étude, la justice ne doit plus être restreinte à la seule justice traditionnelle. La justice propose désormais deux voies : la voie étatique et la voie amiable. Le droit d'accéder à la justice doit alors être envisagé comme le droit d'accéder à toute forme de justice. La justice est plurielle. Elle offre au justiciable le choix de résoudre son différend par le biais d'un processus amiable ou bien devant le juge. Dès lors, le droit d'accéder à la justice doit être considéré de manière plus large. Il est la garantie qui permet de s'assurer de la protection effective des droits des justiciables en mettant à leur disposition une offre de justice diversifiée et adaptée à la résolution de leur différend. L'accès au droit, quant à lui, est une notion plus délicate à cerner. Alors que le droit semble inhérent au bon fonctionnement de la société et que l'effectivité des règles est nécessairement appréciée, la question d'un accès au droit apparaît énigmatique. Pourquoi envisager une entrée vers des prérogatives qui sont déjà disponibles ? Pourtant, le Conseil constitutionnel est bien intervenu à ce sujet et a affirmé, dans une décision en date du 16 décembre 1999¹¹⁸¹, que l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi sont désormais un objectif à valeur constitutionnelle¹¹⁸². Le droit à comprendre le droit est alors mis en avant¹¹⁸³. Il le sera d'autant plus par une autre décision rendue par le Conseil constitutionnel le 29 novembre 2005¹¹⁸⁴, énonçant que le législateur ne peut s'autoriser plus de complexité

¹¹⁸⁰ R. BOFFA et M. MEKKI, « L'accès au droit et l'accès à la justice », in R. CABRILLAC (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, op. cit., pp. 578-604.

¹¹⁸¹ Cons. const., 16 déc. 1999, n° 99-421 DC, Rec. Cons. const. 136 ; *AJDA* 2000. 31, note J.-E. SCHOETTL ; *D.* 2000. 425, obs. D. RIBES ; *Dr. soc.* 2002. 379, étude E. MARIE ; *RTD civ.* 2000. 186, obs. N. MOLFESSIS.

¹¹⁸² V. not. M.-A. FRISON-ROCHE et W. BARANES, « Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi », *D.* 2000. 361.

¹¹⁸³ « La connaissance étant le premier mode de l'accès, et la technicité du langage juridique le premier souci » : M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit d'accès à la justice et au droit », in *Id.*, R. CABRILLAC et T. REVET, *Libertés et droits fondamentaux*, 18^e éd., Dalloz, 2012, p. 535 s., spéc. n° 644 ; G. LEBRETON, « Langue française et accès au droit », *RRJ* 2003. pp. 1157-1666, qui insiste sur l'usage de la langue française pour assurer cet accès. – Dans le prolongement de cette jurisprudence, la loi du 12 avril 2000 impose aux administrations l'obligation juridique de faire comprendre aux administrés les règles juridiques qu'elles ont la charge d'appliquer.

¹¹⁸⁴ Conseil const., 29 déc. 2005, n°2005-530, *LPA* 6 janv. 2006, note J. É. SCHOETTL, pp. 4-37.

qu'il n'est nécessaire pour satisfaire le but qu'il s'est fixé. L'accès au droit est alors lié à l'intelligibilité et au droit de chacun de résoudre son différend en justice. La connaissance de ce droit et des différentes voies de justice proposées sont alors les conditions essentielles d'une bonne administration de la justice. Le législateur a ainsi démontré la volonté de simplifier l'accès au droit pour les justiciables. L'objectif est d'améliorer le système par la confiance et la simplification. De nombreuses lois exposent cette ambition dans leur intitulé, telles que les lois n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit¹¹⁸⁵, n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives¹¹⁸⁶, ou encore la loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique¹¹⁸⁷. Enfin, il faut citer la loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire¹¹⁸⁸.

321. Lien entre accès à la justice et accès au droit. En raison du réajustement des contours de la notion de l'accès à la justice, son lien avec l'accès au droit doit nécessairement être envisagé différemment. Madame le professeur Marie-Anne FRISON-ROCHE énonçait que ce lien était « circulaire : il faut avoir accès au droit pour avoir accès au juge, il faut avoir accès au juge pour avoir accès au droit »¹¹⁸⁹. Or, il s'agit ici de la présentation du lien établi entre l'accès au droit et l'accès au juge ; et non pas l'accès à la justice. Un seul versant de l'accès à la justice est appréhendé. Ainsi que l'énonce l'auteur, « l'accès à la justice n'est pas méconnu par les modes alternatifs de règlement des litiges, bien au contraire »¹¹⁹⁰. Dès lors, si l'accès à la justice englobe l'accès au juge et l'accès aux règlements amiables des différends, qu'en est-il de l'accès au droit ? L'accès au droit passe-t-il nécessairement par l'accès au juge ? La réponse à cette question ne peut être que négative. Cette interrogation relative à l'accès au droit par les règlements amiables a déjà été étudiée¹¹⁹¹. Il a été admis que le droit, envisagé de manière « souple », est également au cœur de la justice amiable. En effet, dans un processus amiable, les parties envisagent la situation donnée, telle que définie à partir des points de vue exprimés, et cherchent ensemble, ou avec l'aide d'un tiers, un point d'accord de façon à trouver une solution qui soit acceptée par tous ; « mais toujours dans le cadre de référence donné par le

¹¹⁸⁵ JORF n° 0115 du 18 mai 2011, texte n° 1.

¹¹⁸⁶ JORF n° 0071 du 23 mars 2012, texte n° 1.

¹¹⁸⁷ JORF n° 0296 du 8 déc. 2020, texte n° 1.

¹¹⁸⁸ L. préc.

¹¹⁸⁹ M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit d'accès à la justice et au droit », *op. cit.*, p. 541, n° 646 ; Adde J. RIBS, « L'accès au droit », in *Libertés. Mél. J. Robert*, Montchrestien, 1998, pp. 415-430.

¹¹⁹⁰ *Ibid.*, n° 655.

¹¹⁹¹ V. *supra* n°s 147 s.

droit applicable et la procédure de conciliation applicable »¹¹⁹². En effet, comme l'a énoncé le rapport Magendie-Thony dans le cadre de la conciliation, « rien n'interdit au conciliateur de porter à la connaissance des parties les dispositions du droit qui s'appliquent à leur situation pour définir le cadre de référence légal ; bien au contraire. Mais comme dans la conciliation, d'autres paramètres entrent en ligne de compte, la solution pourra être recherchée sur d'autres bases que les dispositions du droit initialement applicables. En tout état de cause, la solution à laquelle aboutit la conciliation est **légale** puisque donnée dans un cadre de référence légal (sans être une stricte application de la loi) mais **personnalisée** puisque aménagée de façon à être acceptée et acceptable de part et d'autre »¹¹⁹³. La solution consiste ainsi à aménager une application des règles de droit pour satisfaire les intérêts des parties au processus. Dès lors, si une interrogation doit encore persister ce n'est pas tant l'association entre les règlements amiables et l'accès à la justice que les règlements amiables et l'accès au droit¹¹⁹⁴. Or, la présente étude reconnaît que les modes amiables de résolution des différends sont à la fois des moyens d'accès à la justice et un accès au droit, qui est cependant personnalisé par les parties elles-mêmes. Les modes amiables de résolution des différends participent à la « lutte pour le droit »¹¹⁹⁵. En effet, à l'instar des paroles de Monsieur Pierre LAVIGNE, magistrat, « loin de concurrencer le juge, ils contribuent à une plus grande efficacité de la justice et au développement du périmètre du droit »¹¹⁹⁶.

322. Eu égard à son élargissement, l'accès à la justice est alors gage d'une plus grande satisfaction pour les justiciables. Ces derniers disposent d'un éventail de possibilités pour résoudre leur différend. Dès lors, l'accès à la justice, qu'il s'agisse de la justice amiable ou traditionnelle, est l'expression d'un droit et, plus encore, elle est un droit subjectif¹¹⁹⁷. Il s'agit bien d'une prérogative juridique attribuée aux citoyens par le droit positif pour régir leurs rapports en société. Ils peuvent s'en prévaloir dans leur propre intérêt. Le droit d'accès à la justice doit alors être garanti par l'État.

¹¹⁹² J.-Cl. MAGENDIE et J.-F. THONY, *Célérité et qualité de la justice. Les conciliateurs de justice*, Paris, La Documentation française, 2010, p. 48.

¹¹⁹³ *Ibid.*, p. 49.

¹¹⁹⁴ Cette interrogation se pose notamment au regard du constat réalisé dans le rapport Magendie-Thony selon lequel le risque lié au fonctionnement autonome des conciliateurs « est d'ignorer le droit qui ressort des textes et des jurisprudences des tribunaux auxquels » ils sont rattachés. À noter que l'intégration des règlements amiables dans le droit processuel tend à résoudre cette difficulté.

¹¹⁹⁵ P. LAVIGNE, « Les MARC et la lutte pour le droit », *LPA*, 3 déc. 2009, n° 241, p. 51.

¹¹⁹⁶ *Ibid.*

¹¹⁹⁷ V° not. « Droit », sens 4, in G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., qui définit le droit subjectif.

323. Accès à la justice, une mission de l'État. L'État est le garant de l'effectivité des prérogatives des individus. Il doit à chaque citoyen la protection de ses intérêts. En ce sens, il doit garantir aux citoyens un libre accès à la justice. Il est traditionnellement admis que le droit d'accès à la justice est « satisfait tant qu'on ne refuse pas expressément la voie juridictionnelle à une personne »¹¹⁹⁸. Cela confirme la fundamentalité du droit d'accès au juge. Or, comme énoncé précédemment, aucune atteinte n'est portée au droit d'accès au juge lorsque des tentatives de règlements amiables sont exercées, ou même imposées¹¹⁹⁹. L'État va plus loin et garantit une diversité de l'offre de justice. Il permet aux justiciables de choisir le mode de règlement qui convient le mieux au différend à résoudre. Ainsi, le droit d'accès à la justice est pleinement garanti.

Plus encore, le devoir de l'État ne se limite pas à conférer un droit d'accès à la justice. Il doit également en assurer l'effectivité pour chacun. La garantie d'accès à un tribunal doit être, selon la jurisprudence européenne, « effective et concrète »¹²⁰⁰. Dès lors, au fil des réformes, des garanties ont été posées pour assurer l'accès à la justice amiable.

B) Les garanties pour un accès à la justice amiable

324. Convergence des garanties. Les dernières réformes ont démontré une réelle volonté de développer l'offre amiable. Après l'introduction de procédés incitatifs de recours aux règlements amiables, le législateur français a parachevé cette évolution des textes en imposant, pour certains contentieux, une tentative de règlement amiable avant toute saisine du juge¹²⁰¹. La promotion des règlements amiables s'illustre ainsi par le cheminement d'une incitation à une obligation de recourir à ces derniers. Or, comment promouvoir et imposer une telle procédure sans en garantir l'accès ? Il était en effet nécessaire de compléter le système juridique de garanties afin de préserver cet accès à la justice amiable. Il peut dès lors être observé le rapprochement entre les garanties d'accès à la justice amiable et à la justice traditionnelle. L'apport, au sein du droit positif, de différentes garanties préservant des obstacles juridiques, matériels ou financiers que peuvent rencontrer les justiciables justifie

¹¹⁹⁸ M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit d'accès à la justice et au droit », art. préc., p. 535 s., spéc. n° 659.

¹¹⁹⁹ Concernant l'obligation de tenter un règlement amiable, la question porte davantage sur son opportunité.

¹²⁰⁰ CEDH [GC], 5 avr. 2018, *Zubac c. Croatie*, req. n° 40160/12, § 77 ; CEDH, 4 déc. 1995, *Bellet c. France*, req. n° 23805/94, § 38 ; CJCE, 13 mars 2007, *Unibet*, aff. C-432/05, *Rec.*, 2007 p. I-2271. En ce sens, la Cour de Strasbourg comme celle de Luxembourg ne se limitent pas à consacrer des principes, elles veillent à ce que le droit au juge soit effectif dans les États parties.

¹²⁰¹ Cf. introduction et n° 351 s.

encore davantage l'intégration des règlements amiables dans le droit processuel. Le législateur œuvre alors pour garantir un accès à cette autre voie qu'est la justice amiable.

325. Affirmation d'une protection concrète et effective du droit d'accès à la justice.

La Cour européenne des droits de l'homme a régulièrement affirmé que « la Convention a pour but de protéger des droits, non pas théoriques et illusoires, mais concrets et effectifs »¹²⁰². L'État ne doit ainsi pas seulement prévoir, dans sa législation, un droit d'accès à la justice ; il doit garantir ce droit¹²⁰³. Pour ce faire, l'État a des obligations positives et « ne peut se borner à demeurer passif »¹²⁰⁴. Des dispositifs sont alors mis en œuvre afin de favoriser cet accès à la justice et de s'assurer que toute personne humaine jouit pleinement de ses droits. En ce sens, l'octroi de l'aide juridictionnelle consolide la reconnaissance des droits des justifiants à être défendu par le précieux ministère d'avocat. Dès 1851, le souci de garantir un accès équitable à la justice pour tous trouvait son inscription dans la loi¹²⁰⁵. La notion d'« assistance judiciaire », qui donnait « une vision de l'accès au droit proche d'une mission humanitaire d'assistance »¹²⁰⁶, est remplacée par la loi n° 72-11 du 3 janvier 1972 instituant l'« aide judiciaire »¹²⁰⁷. Cette loi a notamment prévu des rémunérations en faveur des avocats, qui, jusqu'à cette date, prêtaient gratuitement leur concours dans le cadre de l'assistance judiciaire. Enfin, c'est avec la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991¹²⁰⁸, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1992, que le législateur a forgé la pierre angulaire du dispositif actuel, en donnant naissance à l'« aide juridique ».

326. Aide juridique et accès à la justice amiable. L'aide juridique comprend l'aide juridictionnelle, l'accès au droit et l'aide à l'intervention de l'avocat dans les procédures non juridictionnelles¹²⁰⁹. L'aide juridictionnelle « a pour fin de permettre à une personne dépourvue de ressources suffisantes d'exercer ses droits en justice en la faisant bénéficier d'une remise des frais dus au Trésor, d'une dispense de certains frais et d'une prise en charge, totale ou partielle,

¹²⁰² CEDH, 9 oct. 1979, *Airey c. Irlande*, req. n° 6289/73, § 24.

¹²⁰³ L'État doit notamment garantir ce droit en ce sens qu'il est une réponse à l'obligation d'égalité de tous devant la loi. En effet, le principe d'égalité des citoyens devant la loi, qui figure à l'art. 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, implique l'égalité des citoyens devant l'application qui est faite de la loi. Le Conseil constitutionnel a ainsi affirmé la valeur constitutionnelle du principe d'égalité de tous les individus devant la justice dans la décision dite « Taxation d'office » du 27 décembre 1973 (déc. n° 73-51 DC).

¹²⁰⁴ CEDH, *Airey c. Irlande*, préc., § 25.

¹²⁰⁵ L. du 22 janv. 1851 créant l'assistance judiciaire pour les personnes dépourvues de ressources.

¹²⁰⁶ R. DU LUART, « L'aide juridictionnelle : réformer un système à bout de souffle », Rapp. fait au nom de la commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation sur l'aide juridictionnelle, Sénat, session ordinaire de 2007-2008, Annexe au procès-verbal de la séance du 9 octobre 2007, n° 23.

¹²⁰⁷ L. n° 72-11 du 3 janv. 1972 instituant l'aide judiciaire, JORF du 5 janv. 1972.

¹²⁰⁸ L. n° 91-647 du 10 juill. 1991 relative à l'aide juridique, JORF n° 0162 du 13 juill. 1991.

¹²⁰⁹ L. n° 91-647 du 10 juill. 1991 relative à l'aide juridique, art. 1^{er}, al. 2, tel que modifié par l'art. 35 de la loi n° 2014-1654 du 29 déc. 2014 de finances pour 2015 (JORF n° 0301 du 30 déc. 2014).

par l'État, des honoraires des auxiliaires de justice »¹²¹⁰. L'aide à l'accès au droit, quant à lui, comporte « l'information générale des personnes sur leurs droits et obligations ainsi que leur orientation vers les organismes chargés de la mise en œuvre des droits », « l'aide dans l'accomplissement de toute démarche en vue de l'exercice d'un droit ou de l'exécution d'une obligation de nature juridique et l'assistance au cours des procédures non juridictionnelles », « la consultation en matière juridique » et « l'assistance à la rédaction et à la conclusion des actes juridiques »¹²¹¹. Enfin, l'aide à l'intervention de l'avocat dans les procédures non juridictionnelles, présentée concurremment à l'aide juridictionnelle depuis la loi n° 2020-1721 du 29 décembre 2020¹²¹², regroupe les missions réalisées par des avocats uniquement, telles que l'aide à l'intervention au cours de la garde à vue, d'une audition libre, d'une retenue douanière ou d'une retenue d'une personne étrangère pour vérification de son droit de séjour ou de circulation, l'aide à l'intervention de l'avocat lors de procédures en présence du procureur de la République notamment pour les procédures de médiation et de composition pénale et l'aide à l'intervention de l'avocat en assistance d'un détenu¹²¹³.

Dès lors, il ne suffit pas d'envisager l'aide juridique comme la simple prise en charge totale ou partielle des frais de la procédure. En vertu de l'aide à l'accès au droit, il s'agit encore d'informer et de conseiller, notamment sur les modes amiables de résolution des différends.

327. Aide à l'accès au droit et promotion des règlements amiables. Il est régulièrement affirmé que le recours aux règlements amiables apporte des bénéfices économiques tant pour l'État que pour les citoyens. Les modes amiables sont en effet présentés comme des outils peu coûteux¹²¹⁴. À ce titre, les modes alternatifs étaient comptés parmi les mesures financières et budgétaires propices au redressement de la justice¹²¹⁵. Ainsi, dans la continuité de la loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et la simplification du droit des procédures dans les domaines de la justice et des affaires

¹²¹⁰ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., v° « Aide-juridictionnelle ».

¹²¹¹ L. n° 91-647 du 10 juill. 1991 relative à l'aide juridique, art. 53.

¹²¹² L. n° 2020-1721 du 29 déc. 2020 de finances pour 2021, JORF n° 0315 du 30 déc. 2020, texte n° 1, art. 234.

¹²¹³ L. n° 91-647 du 10 juill. 1991, préc., art. 10 à 11-3. Après plusieurs évolutions législatives, l'expression est élargie afin d'englober davantage de missions. – V. en ce sens, L. n° 98-1163 du 18 déc. 1998, art. 13 (JORF du 22 déc. 1998) qui ajoute à l'intervention de l'avocat en cours de garde à vue celle en matière de médiation pénale ; L. n° 99-515 du 23 juin 1999, art. 5 (JORF du 24 juin 1999 rectificatif JORF 20 oct. 1999), qui ajoute aux missions précédentes l'intervention de l'avocat en matière de composition pénale.

¹²¹⁴ Il est régulièrement affirmé que l'attrait en faveur des règlements amiables est dû à leur rapidité et leur faible coût. V. not. T. JACOMET et F. CHEKARNA, « La médiation "mode de règlement conventionnel des litiges", son essor, ses avantages, sa pratique », *Bulletin Joly Sociétés* (JBS), 1^{er} déc. 1997, n° 12, p. 1037.

¹²¹⁵ N. FRICERO, « Les chiffres clés pour sauver la justice : 5 ans, 4 objectifs, 127 propositions ! – À propos du rapport de la mission d'information sur le redressement de la Justice », *JCP G*, n° 19-20, 6 mai 2017, 519.

intérieures¹²¹⁶, la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016¹²¹⁷ insiste immédiatement sur l'alternative de la justice amiable. L'article premier de la loi « Justice du XXIe siècle » résume tout d'abord les objectifs fixés de favoriser l'accès au droit et à la justice au sein de l'article L. 111-2 du Code de l'organisation judiciaire¹²¹⁸. Ce dernier est ainsi réécrit : « le service public de la justice concourt à l'accès au droit et assure un égal accès à la justice. Sa gratuité est assurée selon les modalités fixées par la loi et le règlement ». Dans un deuxième temps, il modifie l'article 54 de la loi n° 94-674 du 10 juillet 1991 pour conférer aux conseils départementaux d'accès au droit¹²¹⁹ l'obligation de « participer à la mise en œuvre d'une politique locale de résolution amiable des différends »¹²²⁰. Cette évolution démontre une véritable prise en considération des règlements amiables pour assurer l'accès à la justice. Ils sont dès lors des outils de politique publique de régulation des différends¹²²¹. Ce premier article, qui précède le Titre II « Favoriser les modes alternatifs de règlement des différends », les favorise plus que tout autre.

À cet égard, dans son rapport remis au comité des États généraux de la justice le 1^{er} février 2022, le groupe de travail « simplification de la justice civile » prône la création d'un véritable « service public de la médiation et de la conciliation judiciaires »¹²²². Les conciliateurs et médiateurs inscrits sur le ressort de la cour d'appel auraient pour mission d'assurer, moyennant une indemnité, les séances d'information, dans le respect de l'exigence de confidentialité. Ils seraient présents en juridiction, et assisteraient aux audiences.

328. Évolution du domaine de l'aide juridictionnelle. Concernant le domaine de l'aide juridictionnelle et de l'aide à l'intervention de l'avocat dans les procédures non juridictionnelles, l'article 10 de loi du 10 juillet 1991 a évolué au fil des réformes et indique

¹²¹⁶ L. n° 2015-177 du 16 févr. 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, JORF n° 0040 du 17 févr. 2015.

¹²¹⁷ L. n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle, préc.

¹²¹⁸ *Ibid.*, art. 1, I.

¹²¹⁹ Il existe 101 Conseils départementaux de l'accès au droit sur l'ensemble du territoire national afin de mettre en œuvre cette politique d'accès au droit. Ces derniers, institués dans chaque département par la loi du 10 juill. 1991, réformée par la loi du 18 déc. 1998 relative à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits, assurent le service public de l'aide à l'accès au droit. À ce titre, ils ont pour mission essentielle de définir la politique d'accès au droit dans le département, de piloter et de coordonner les actions d'aide à l'accès au droit. Ils permettent ainsi aux justiciables d'être davantage informés, mieux orientés, d'être assistés dès la survenance de difficultés juridiques et contribuent au développement des modes amiables de résolution des différends.

¹²²⁰ L. n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle, préc., art. 1, II.

¹²²¹ B. MALLET-BRICOUT, « Les modes alternatifs de règlement des différends dans la loi "Justice du XXIe siècle" : un nouveau souffle », *RTD civ.*, 2017, p. 221. À ce sujet, v. aussi N. FRICERO, « Les modes alternatifs des différends dans la loi de modernisation de la justice du XXIe siècle », *Droit de la famille*, n° 1, janv. 2017, dossier 10.

¹²²² Groupe thématique *Simplification de la justice civile*, rapp. remis au comité des États généraux de la justice le 1^{er} févr. 2022, (Annexe 12 - Rapp. du groupe de travail sur la simplification de la justice civile), p. 20 et proposition n° 8, spéc. pp. 72-73.

désormais que « l'aide juridictionnelle peut être accordée pour tout ou partie de l'instance ainsi qu'en vue de parvenir, avant l'introduction de l'instance, à une transaction ou à un accord conclu dans le cadre d'une procédure participative prévue par le code civil »¹²²³. Le législateur a ainsi permis d'accorder l'aide juridictionnelle aux justiciables qui s'engagent dans un règlement amiable. La loi n° 98-1163 du 18 décembre 1998 a en effet introduit la possibilité d'octroyer l'aide juridictionnelle lorsque la conclusion d'une transaction est envisagée¹²²⁴. En raison de la création de la procédure participative, l'article a été à nouveau modifié par la loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010¹²²⁵. Le domaine d'application de l'aide juridictionnelle s'est alors élargi davantage et elle est accordée dans le cadre de plusieurs règlements amiables des différends. L'aide à l'accès à la justice amiable est d'autant plus observable depuis l'adoption de la loi n° 2015-1785 du 29 décembre 2015¹²²⁶ qui crée l'article 64-5 au sein de la loi de 1991. Cet article, transféré et devenu l'article 11-1 par la loi n° 2020-1721 du 29 décembre 2020¹²²⁷, permet le bénéfice de l'aide juridictionnelle qu'il s'agisse d'une médiation judiciaire ou conventionnelle ayant donné lieu à homologation. Par la suite, le décret n° 2021-810 du 24 juin 2021 portant diverses dispositions en matière d'aide juridictionnelle et d'aide à l'intervention de l'avocat dans les procédures non juridictionnelles¹²²⁸ tire les conséquences des modifications apportées à la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 par l'article 234 de la loi n° 2020-1721 du 29 décembre 2020 de finances pour 2021, qui intègre l'aide à l'intervention de l'avocat dans les procédures non juridictionnelles aux côtés de l'aide juridictionnelle. Enfin, le récent décret n° 2022-245 du 25 février 2022 impose à la partie bénéficiaire de l'aide juridictionnelle d'en justifier auprès du médiateur¹²²⁹.

329. Constats. À la lecture de la troisième partie de la loi du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique¹²³⁰, l'aide à l'intervention de l'avocat dans les procédures non juridictionnelles

¹²²³ L. n° 91-647 du 10 juill. 1991 relative à l'aide juridique, préc., art. 10, al. 2.

¹²²⁴ L. n° 98-1163 du 18 déc. 1998 relative à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits, JORF n° 296 du 22 déc. 1998, art. 1^{er}.

¹²²⁵ L. n° 2010-1609 du 22 déc. 2010 relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires, JORF n° 0297 du 23 déc. 2010, texte n° 1, art. 37. – V. égal. le décr. n° 2012-66 du 20 janv. 2012 (préc.) qui fixe les modalités procédurales de la procédure participative.

¹²²⁶ L. n° 2015-1785 du 29 déc. 2015 de finances pour 2016, JORF n° 0302 du 30 déc. 2015, art. 42.

¹²²⁷ L. n° 2020-1721 du 29 déc. 2020 de finances pour 2021, préc., art. 234.

¹²²⁸ Décr. n° 2021-810 du 24 juin 2021 portant diverses dispositions en matière d'aide juridictionnelle et d'aide à l'intervention de l'avocat dans les procédures non juridictionnelles, JORF n° 0147 du 26 juin 2021, texte n° 11.

¹²²⁹ Décr. n° 2022-245, préc., art. 1^{er} ; CPC, art. 131-7, al. 3 : « Le médiateur convoque les parties dès qu'il a reçu la provision. Les parties qui sont dispensées de ce versement en vertu des dispositions relatives à l'aide juridictionnelle lui en apportent la justification ». – À noter que l'aide juridictionnelle apparaît enfin clairement dans les dispositions relatives aux règlements amiables au sein du Code de procédure civile.

¹²³⁰ Dont l'intitulé est le suivant : « Troisième partie : L'aide à l'intervention de l'avocat dans les procédures non juridictionnelles (Articles 64 à 64-4) ».

concentre des missions qui sont, pour l'essentiel, pénales. L'intervention de l'avocat dans les procédures amiables de règlement des différends, qui ne relèvent pas de la matière pénale, est alors incluse dans le domaine attribué à l'aide juridictionnelle. En effet, l'article 10 de la loi du 10 juillet 1991 prévoit que l'aide juridictionnelle peut être accordée pour tout ou partie de l'instance, mais également pour les procédures amiables antérieures à la saisine du juge. Au sein du même article, le législateur répond ainsi aux obstacles financiers des justiciables, quelle que soit la procédure de résolution du différend envisagée. En vertu de l'article 11-1 de la même loi, une rétribution est due à l'avocat qui intervient dans le cadre d'une médiation judiciaire ou lorsque la médiation conventionnelle est soumise à homologation. Au sein de la loi du 10 juillet 1991, une distinction est alors opérée entre les règlements amiables judiciaires ou conventionnels soumis à homologation et la médiation pénale, considérée comme une intervention de l'avocat dans les procédures non juridictionnelle¹²³¹. Cette décision de disjoindre la médiation pénale des autres règlements amiables répond aux développements précédents. La médiation pénale connaît des particularités qui ne peuvent lui conférer le même statut que les autres modes amiables de résolution des différends.

En outre, à la lecture de l'article 10 de la loi du 10 juillet 1991, il peut être constaté que les procédures amiables ne sont pas distinguées des procédures traditionnelles ; au contraire, l'aide juridictionnelle pourra être accordée quelle que soit la procédure engagée. Le législateur englobe également les interventions de l'avocat dans les différentes procédures de règlement des différends à l'amiable (judiciaire et extrajudiciaire) au sein de l'article 11-1. Bien qu'une harmonisation de l'aide juridictionnelle pour l'accompagnement des avocats à la médiation quel que soit le résultat du processus, y compris lorsque la médiation n'est pas suivie d'une saisine en homologation, soit opportune¹²³², l'aide juridictionnelle s'applique déjà tant pour les procédures étatiques que pour les procédures amiables.

Les évolutions législatives et réglementaires récentes mettent dès lors en exergue la véritable attention portée au respect de l'accès à la justice amiable. La réforme de l'aide juridictionnelle, et notamment l'extension des règles l'encadrant, justifie l'engouement déjà remarqué pour les règlements amiables des différends. Le développement de ces garanties financières et de la protection de l'accès à la justice amiable tend à la reconnaissance d'un droit au règlement amiable des différends, à côté du droit au juge.

¹²³¹ Cf. L. n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique, art. 11-2.

¹²³² À cet égard, v. Rapp. du groupe de travail sur la simplification de la justice civile remis au comité des États généraux de la justice le 1^{er} févr. 2022, préc., proposition n° 8, spéc. p 76. – Pour précision des UV d'aide juridictionnelle attribuées aux avocats accompagnant une médiation, v. *infra* n° 552.

Paragraphe 2 : La généralisation des règlements amiables, vers un droit au règlement amiable

330. Deux phénomènes caractéristiques de la reconnaissance d'un droit au règlement amiable. Existe-t-il formellement un droit d'accès à un règlement amiable ? En principe et en l'état des textes, un tel droit n'existe pas. Pourtant, la généralisation des modes amiables de résolution des différends autorise à le penser. En effet, l'autonomie de la volonté des justiciables a fait émerger un phénomène de contractualisation des procédures de règlements amiables (A). Les justiciables ont la possibilité de prévoir une résolution de leur différend futur, si celui-ci doit naître, par la voie amiable. Un deuxième phénomène tend également à reconnaître un véritable droit à un règlement amiable. Il s'agit de l'institutionnalisation des règlements amiables (B).

A) La contractualisation des procédures de règlement amiable des différends

331. Ainsi que l'observent Messieurs les professeurs CADIET et NORMAND et Madame le professeur AMRANI-MEKKI, la matière connaît « une expansion considérable et un renouvellement majeur. La nouveauté s'observe dans l'usage qui est fait de la technique contractuelle : si le recours à la convention s'est beaucoup développé sur le terrain de l'élaboration conventionnelle de la solution du litige né, les parties recourent de plus en plus à la convention, en amont même de la naissance du litige, comme instrument d'anticipation conventionnelle du règlement de leur différend à naître »¹²³³. Les auteurs font notamment remarquer que « sans aucun doute, il est plus facile de se mettre d'accord sur la manière de régler le litige à naître que sur le règlement d'un litige né et déjà cristallisé »¹²³⁴. L'anticipation permet ainsi aux parties d'organiser la résolution à l'amiable d'un différend qui pourrait advenir. Ces clauses contractuelles doivent ainsi être perçues comme des outils de sagesse processuelle. Elles participent, en amont de la naissance du différend, à la prévision de sa résolution par le dialogue et la concertation. Dans une vision plus pragmatique de la justice, elles facilitent le dénouement du différend en évitant le recours aux juridictions et contribuent,

¹²³³ L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, op. cit., n° 233, p. 447, avec un renvoi à la 2^e éd. de l'ouvrage.

¹²³⁴ *Ibid.*, 2^e éd., 2013, p. 467.

de ce fait, à leur allègement et, même, à leur désencombrement. Cependant, dans quel domaine ces clauses contractuelles s'appliquent-elles ? (1.) *Quid* de leur contenu (2.), de leur valeur et de leur régime juridique ? (3.).

1. Le domaine des clauses préalables et obligatoires de règlement amiable des différends

332. Un domaine large à préciser. Il a été précédemment évoqué les divergences jurisprudentielles apparues au cas de l'inobservation d'une clause de conciliation ou de médiation préalable par une partie au contrat¹²³⁵. Dans son arrêt en date du 14 février 2003, la Chambre mixte de la Cour de cassation¹²³⁶ a admis « que, licite, 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 »¹²³⁷. La solution de la Chambre mixte avait vocation à s'appliquer à tout contrat. Il en ressort alors que les clauses de conciliation ou de médiation peuvent être valablement stipulées en tous domaines. Cependant, cette affirmation doit être nuancée s'agissant du droit du travail, du droit de la consommation, et de la procédure de référé.

333. Clauses préalables et droit du travail. Il s'est en effet posé la question de savoir si le contrat de travail devait suivre cette solution, alors que la procédure prud'homale intègre déjà une conciliation obligatoire d'ordre public. Compte tenu de la particularité du contrat de travail, il a fallu attendre un arrêt du 5 décembre 2012¹²³⁸ pour que la Chambre sociale de la Cour de cassation prenne une position précise concernant les clauses de conciliation ou de médiation préalables à la saisine du Conseil de prud'hommes.

Jusqu'à l'arrêt du 14 février 2003, la Chambre sociale avait développé une conception restrictive desdites clauses. Dès 1970, la Chambre sociale avait approuvé la décision des juges du fond selon laquelle « l'obligation faite aux parties par l'article 105 de la convention collective du notariat de saisir l'organisme paritaire de conciliation créé par celle-ci ne pouvait

¹²³⁵ V. *supra* n° 110 et n° 308.

¹²³⁶ Cf. COJ, art. L. 431-5 qui prévoit que sur une question abordée par plusieurs chambres de la Cour de cassation et lorsque les solutions dégagées sont divergentes, le renvoi devant la chambre mixte peut être ordonné. Celle-ci est composée de magistrats appartenant à trois chambres au moins de la Cour de cassation. Il est alors à noter que cet arrêt revêt une autorité d'autant plus forte que ce sont cinq chambres qui ont été sollicitées pour statuer sur la question.

¹²³⁷ Cass. Ch. mixte, 14 février 2003, n° 00-19.423, préc.

¹²³⁸ Cass., Soc., 5 déc. 2012, n° 11-20.004, *Bull. civ.*, V, n° 326.

priver [le salarié] du droit de porter de façon immédiate devant la juridiction prud'homale le litige l'opposant à son employeur à l'occasion du contrat de travail »¹²³⁹. La Cour avait par la suite énoncé que « la création d'organismes conventionnels chargés de régler les différends nés à l'occasion du contrat de travail, ou même de procéder à la conciliation des parties, ne saurait faire obstacle à la saisine directe des conseils de prud'hommes, légalement compétents »¹²⁴⁰. Postérieurement à l'arrêt Saint Valentin, même si la jurisprudence semblait s'accommoder des règles posées par la chambre mixte, elle recherchait cependant dans la rédaction des clauses qui lui étaient soumises les éléments permettant aux parties de s'en libérer¹²⁴¹. Ainsi que le souligne Monsieur Damien BOULMIER, la question était d'autant plus importante en cette matière que « la chambre sociale n'avait pas encore assoupli sa jurisprudence sur la règle de l'unicité de l'instance en application de l'article R. 1452-6 du code du travail ; aussi, un salarié qui se serait vu opposer un fin de non-recevoir, faute d'avoir mis en œuvre la conciliation préalable contractuelle, se serait vu par la suite opposer la règle de l'unicité de l'instance en cas de réintroduction de sa demande »¹²⁴². Par son arrêt en date du 5 décembre 2012¹²⁴³, la Chambre sociale de la Cour de cassation prend cependant un parti différent et prive de tout effet obligatoire la clause de conciliation ou de médiation insérée dans les contrats de travail¹²⁴⁴. Aux termes d'un attendu de principe ferme, elle énonce « qu'en raison de l'existence en matière prud'homale d'une procédure de conciliation préliminaire et obligatoire, une clause du contrat de travail qui institue une procédure de conciliation préalable en cas de litige survenant à l'occasion de ce contrat n'empêche pas les parties de saisir directement le juge prud'homal de leur différend ». La Chambre sociale ne remet pas en question la licéité formelle de ces clauses, mais leur efficacité. Elle prive en effet les clauses contractuelles de tout caractère contraignant à l'égard des parties concernées, le salarié et l'employeur¹²⁴⁵. Cette décision se justifie notamment au regard de l'existence de la procédure de conciliation organisée étatique. En ce sens, Monsieur Bernard PONS souligne, d'une

¹²³⁹ Cass., Soc., 18 juin 1970, n° 60-40.331, *Bull. soc.*, n° 427, p. 346.

¹²⁴⁰ Cass., Soc., 9 déc. 1981, n°s 79-41.580 et 79-41.586, *Bull.* 1981, V, n° 954 ; 19 juill. 1988, n° 85-45.004, *Bull.* 1988, V, n°475 ; 26 janv. 1994, n°s 91-40.464, 91-41.777 et 91-41.778, *Bull.* 1994, V, n° 32.

¹²⁴¹ Cass., Soc., 30 juin 2004, n° 02-41-518 ; 7 mars 2007, n° 05-45. 157 ; 7 déc. 2011, n°10-16.425, *Bull.* 2011, V, n° 285.

¹²⁴² D. BOULMIER, « Clause contractuelle de conciliation préalable à la saisine du juge », *Dr. social*, 2013, p. 178. – Conséquences écartées par l'arrêt du 16 nov. 2010, par lequel la Chambre sociale de la Cour de cassation a décidé que « la règle de l'unicité de l'instance [...] n'est applicable que lorsque l'instance précédente s'est achevée par un juge sur le fond » (n° 09-70.404, *Bull.* 2010, V, n° 260).

¹²⁴³ Cass., Soc., 5 déc. 2012, n° 11-20.004, *Bull.*, V, n° 326.

¹²⁴⁴ À noter que la jurisprudence de la Chambre sociale traite de manière identique les clauses préalables insérées dans les contrats de travail et celles comprises dans les accords collectifs.

¹²⁴⁵ Telle est la différence avec le droit commun.

part, « qu'en cas d'échec de la négociation engagée conformément à la clause, la procédure prud'homale restera applicable en tous ses éléments, de sorte qu'elle devra débiter par une saisine du bureau de conciliation, sous réserve des exceptions légales à ce préliminaire » et, d'autre part, que « l'inobservation d'une clause de médiation peut être considérée comme sans inconvénient en la matière, dès lors que, même en présence d'une telle clause, respectée ou non respectée, devra être observée la règle du préliminaire de conciliation »¹²⁴⁶. La jurisprudence de la Chambre sociale révèle une méfiance due à la fonction protectrice du droit social envers la partie faible. Elle s'oppose alors à la volonté européenne et notamment à la Charte sociale européenne révisée du 3 mai 1996 qui encourage les États membres du Conseil de l'Europe à « favoriser l'institution et l'utilisation de procédures appropriées de conciliation [...] pour le règlement des conflits du travail »¹²⁴⁷.

Pour autant, la Chambre sociale veille à l'intérêt du salarié et privilégie la résolution du différend par l'intermédiaire du dialogue social si telle est sa volonté. En ce sens, tout d'abord, la Chambre sociale a admis qu'une cour d'appel pouvait, « après avoir recueilli l'accord de l'employeur et du salarié, ordonner une médiation dans le litige qui opposait ses derniers »¹²⁴⁸. La Chambre sociale a également considéré que si l'employeur peut offrir une conciliation préalable à son salarié, il doit respecter les engagements pris à cet égard¹²⁴⁹. La règle qui ressort de cette jurisprudence implique alors que la clause de conciliation ou de médiation préalable insérée dans un contrat de travail « oblige la partie forte mais ne lie pas la partie faible »¹²⁵⁰.

Or, le 15 mars 2022, la Cour de cassation a reçu une demande d'avis formée le 22 février 2022 par la Cour d'appel de Colmar dans une instance opposant un salarié à son employeur¹²⁵¹. La demande était ainsi formulée : « La convention instituant un préliminaire obligatoire de médiation s'impose-t-elle au juge du fond dès lors que les parties l'invoquent et doit-elle en conséquence entraîner l'irrecevabilité d'une demande formée sans que la procédure de médiation ait été mise en œuvre ? ». Avec l'ouverture des modes amiables de règlement des

¹²⁴⁶ B. PONS, *Contrat de transaction - Solutions transactionnelles, Conciliation-Médiation-Procédure participative*, Dalloz Référence, 2014-2015, chapitre 312, clauses de conciliation-médiation, n° 312-83, p. 612.

¹²⁴⁷ Charte sociale européenne (révisée), Strasbourg, 3 mai 1996, Série des traités européens (STE), n° 163, partie II, art. 6 § 3, [en ligne], disponible sur : <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/Word/163.doc>.

¹²⁴⁸ Cass., Soc., 18 juill. 2001, n°s 99-45.534 et 99-45.535, *Bull. Civ.*, V, n° 279.

¹²⁴⁹ Cass., Soc., 30 nov. 2017, n° 16-16.083, Inédit : « l'obligation contractuelle de saisine de la commission de conciliation, lorsqu'est engagée une procédure de licenciement, constitue une garantie de fond dont la méconnaissance prive le licenciement de cause réelle et sérieuse » ; v. aussi Cass., Soc., 7 déc. 2011, n° 10-16.425, *Bull.*, V, n° 285.

¹²⁵⁰ S. GUINCHARD et a., *op. cit.*, p. 1479.

¹²⁵¹ CA Colmar, demande d'avis n° W 22-70.004.

litiges aux conflits du travail par le décret n° 2016-660 du 20 mai 2016¹²⁵², la question s'est en effet posée de savoir si la Cour de cassation maintiendrait sa position issue de l'arrêt de 2012 précité¹²⁵³. Dans son avis rendu le 14 juin 2022, la Cour de cassation confirme sa jurisprudence antérieure en considérant qu'« une clause du contrat de travail qui institue une procédure de médiation préalable en cas de litige survenant à l'occasion de ce contrat n'empêche pas les parties de saisir directement le juge prud'homal de leur différend », étant donné l'existence de la procédure préliminaire et obligatoire de conciliation devant le bureau de conciliation¹²⁵⁴. Aucune distinction n'est alors opérée ici entre l'employeur et le salarié, c'est-à-dire entre les différentes parties au processus ; règle qui semble pourtant s'appliquer en droit de la consommation.

334. Clauses préalables et droit de la consommation. Dans le cadre des dispositions du Code de la consommation relatives aux clauses abusives, la Commission des clauses abusives s'est largement intéressée à la question de l'admissibilité des clauses insérées dans les contrats entre professionnels et non-professionnels et susceptibles d'affecter le droit au juge. Après deux recommandations en date des 30 janvier 1979¹²⁵⁵ et 23 mars 1990¹²⁵⁶, la Commission des clauses abusives a préconisé, dans son rapport d'activité pour l'année 2001¹²⁵⁷, « d'interdire les clauses ayant pour objet ou pour effet de supprimer l'exercice par le non-professionnel ou le consommateur des actions en justice ou voies de recours contre le professionnel, notamment en imposant le préalable d'un recours amiable ou en stipulant un délai d'action plus court que celui de la prescription légalement applicable »¹²⁵⁸. Contrairement à la Commission européenne, qui avait reconnu, dans sa recommandation du 30 mars 1998

¹²⁵² Décr. n° 2016-660 du 20 mai 2016 relatif à la justice prud'homale et au traitement judiciaire du contentieux du travail, JORF n° 0120 du 25 mai 2016, texte n° 30, art. 31 à 33 ; C. trav., art. R. 1471-1.

¹²⁵³ Cass., Soc., 5 déc. 2012, n° 11-20.004, *Bull.*, V, n° 326.

¹²⁵⁴ Cass., Soc., 14 juin 2022, n° 22-70.004 (avis), P + B.

¹²⁵⁵ Recomm. 79-02 sur les clauses concernant les recours en justice, *BOSP* 24 févr. 1979 : « Considérant que le non-professionnel ou consommateur ne doit pas être privé de son droit d'agir en justice par le jeu de clauses qui, en lui imposant certaines démarches préalables, peuvent aboutir à la prescription de son action », la Commission des clauses abusives a préconisé « que soient éliminées des contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs les clauses suivantes ayant pour objet ou pour effet [...] 3° de présenter le recours amiable comme le préalable obligatoire de l'action en justice ».

¹²⁵⁶ Recomm. de synthèse n. 91-02 relatives à certaines clauses insérées dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, *BOCCRF* 6 sept. 1991 : La Commission des clauses abusives a recommandé « que, dans les contrats proposés par les professionnels aux non-professionnels ou consommateurs, soient présumées abusives [...] les clauses ou combinaisons de clauses qui ont pour objet ou pour effet de [...] 19° Supprimer, réduire ou entraver l'exercice par le non-professionnel ou consommateur des actions en justice ou des voies de recours, sous réserve des procédures facultatives susceptibles d'éviter le recours aux tribunaux ».

¹²⁵⁷ Rapp. d'activité de la Commission des clauses abusives pour l'année 2001, NOR : ECOC0100146X, *BOCCRF* 30 mai 2002.

¹²⁵⁸ *Ibid.* Annexe V, V Clauses relatives aux litiges nés du contrat, A – Clauses visant à contrarier l'action en justice du consommateur.

concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation¹²⁵⁹, « que l'expérience acquise par plusieurs États membres démontre que les mécanismes alternatifs de règlement non judiciaire des litiges de consommation, pourvu que le respect de certains principes essentiels soit garanti, peuvent assurer de bons résultats, tant pour les consommateurs que pour les entreprises, en réduisant le coût et la durée du règlement des litiges de consommation », l'orientation de la Commission des clauses abusives révélait le risque d'une régression de la protection des consommateurs par le développement des règlements non-juridictionnels des litiges de la consommation¹²⁶⁰. Or, la clause de conciliation ou de médiation n'oblige pas le consommateur à passer exclusivement par un mode amiable de résolution des différends puisque le processus ne fait que différer le recours au juge, celui-ci étant toujours ouvert en cas d'échec de la négociation¹²⁶¹. La Cour de cassation avait ainsi adopté une approche souple. Par un arrêt en date du 1^{er} février 2005, la première chambre civile de la Cour de cassation a décidé qu'une clause instituant un préliminaire obligatoire de conciliation était « exempte d'un quelconque déséquilibre significatif au détriment du consommateur » et ne revêtait « pas un caractère abusif »¹²⁶². Cet arrêt a été largement approuvé par la doctrine¹²⁶³, en ce sens, notamment, que le droit au recours juridictionnel, premier élément garanti par l'article 6 § 1 de la Convention européenne, n'était nullement atteint¹²⁶⁴. Pourtant, dans le prolongement des inquiétudes relatives à la protection des consommateurs déjà évoquées, le Code de la consommation présente une disposition davantage ambiguë. En effet, l'article R. 212-2¹²⁶⁵ présume simplement abusives « les clauses ayant pour objet ou pour effet de [...] 10° Supprimer ou entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales ou à passer

¹²⁵⁹ Recomm. de la Commission, 30 mars 1998, concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation (98/257/CE), *JOCE* L 115/31.

¹²⁶⁰ E. CAMOUS, *Règlements non-juridictionnels des litiges de la consommation*, thèse, préf. J. CALAIS-AULOY, LGDJ, Coll. « Thèse », t. 362, 2002, n° 25, cité in B. PONS, *op. cit.*, p. 607.

¹²⁶¹ V. *supra* n° 308.

¹²⁶² Cass., Civ. 1^{re}, 1^{er} févr. 2005, n° 03-19.692, *Bull.*, I, n° 64, p. 56.

¹²⁶³ C. PELLETIER, « Les clauses de conciliation et de médiation dans les contrats de conciliation. À propos de l'article 6 de la loi n° 2005-67 du 28 janvier 2005 et d'un arrêt de Cass. 1^{re} civ. du 1^{er} février 2005 », *JCP Entreprise et Affaires*, n° 12, 24 mars 2005, act. 68 ; J. MESTRE et B. FAGES, « Une belle façon de fêter le dixième anniversaire de la loi du 1^{er} février 1995 sur les clauses abusives », *RTD civ.* 2005, p. 393.

¹²⁶⁴ Parallèlement, la CJUE ne s'est pas opposée à une réglementation nationale qui prévoit le recours à la médiation comme condition de recevabilité de la demande en justice, bien qu'elle soit formée par une partie ayant la qualité de consommateur : CJUE, 14 juin 2017, *Livio Menini et Maria Antonia Rampanelli c. Banco Popolare Società Cooperativa*, aff. C-75/16 (v. *supra* n° 304).

¹²⁶⁵ Créé par le décr. n° 2016-884 du 29 juin 2016 ; Anc^t art. R. 132-1, abrogé par ord. n° 2016-301 du 14 mars 2016, art. 34.

exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges »¹²⁶⁶. En ce sens, la première chambre civile de la Cour de cassation a jugé en 2018 que « la clause qui contraint le consommateur, en cas de litige, à recourir obligatoirement à une médiation avant la saisine du juge, est présumée abusive, sauf au professionnel à rapporter la preuve contraire »¹²⁶⁷. Il s'agit alors d'une présomption simple.

La méfiance à l'égard des clauses de conciliation et de médiation préalables insérées dans les contrats entre professionnels et consommateurs s'était déjà exprimée dans la Charte Médiation Consommation¹²⁶⁸ élaborée par la Commission de la médiation de la consommation (CMC)¹²⁶⁹. Celle-ci précise en effet, dans son article 4.5, que « pour les consommateurs, le recours à la médiation de la consommation ne saurait, en aucun cas, constituer une condition préalable à un recours en justice ». La particularité de la matière, qui s'observe notamment en raison du déséquilibre existant entre les parties, ne permet pas à l'accord de revêtir une valeur contraignante pour le consommateur et ainsi de le priver de son droit à saisir les juridictions compétentes pour le règlement du litige¹²⁷⁰. En ce sens, l'ordonnance n° 2015-1033 du 20 août 2015¹²⁷¹ transposant la directive 2013/11/UE relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation, a introduit une disposition selon laquelle « est interdite toute clause ou convention obligeant le consommateur, en cas de litige, à recourir obligatoirement à une

¹²⁶⁶ Cf. décr. n° 2009-302 du 18 mars 2009 portant application de l'art. L. 131-1 du code de la consommation, JORF n° 0067 du 20 mars 2009, texte n° 14, art. 2 (art. R. 132-2, depuis lors abrogé), qui avait intégré la clause prévoyant le recours à la conciliation ou à la médiation préalable et obligatoire à la saisine du juge dans la liste des clauses simplement présumées abusives (qualifiées de « clauses grises »). – Ainsi que l'a souligné Monsieur PONS, « si une clause de médiation est libellée de telle sorte qu'elle prévoit « exclusivement » la saisine d'un médiateur comme mode de règlement d'un litige – ce qui en toute logique pourra paraître inconcevable, en ce qu'une telle stipulation reviendrait soit à obliger les parties à s'entendre, soit à obliger l'éventuel demandeur à renoncer à agir en justice – elle entre dans la catégorie des clauses « présumées abusives » [...]. Mais si une clause de médiation est conçue comme prévoyant la saisine d'un médiateur à titre obligatoire préalablement à l'éventuelle saisine d'un juge, elle entre dans le champ de la formule qui vise également les clauses ayant pour objet ou pour effet d'« entraver l'exercice d'actions en justice », si l'on considère que tel est le cas de toute clause de médiation en ce qu'une telle stipulation a nécessairement pour première incidence d'obliger l'éventuel demandeur à différer sa saisine du juge », *op. cit.*, n° 312.71, p. 608.

¹²⁶⁷ Cass., Civ. 1^{re}, 16 mai 2018, n°17-16.197, Inédit, *D.* 2019. 607, obs. H. AUBRY, E. POILLOT et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD. – Plus récemment v. aussi Cass., Civ 3^e, 19 janv. 2022, n° 21-11.095. Dans cet arrêt la Cour ajoute que selon l'article R. 632-1 du Code de la consommation, le juge aurait dû examiner d'office la régularité de la clause.

¹²⁶⁸ CMC, Charte médiation consommation, 27 sept. 2011 ; v. not. X. DELPECH, « Publication d'une charte de bonnes pratiques de médiation en matière de consommation », *Daloz actualité*, 30 sept. 2011.

¹²⁶⁹ Pour une présentation de cette commission, instituée par la loi du 1^{er} juill. 2010 portant réforme du crédit à la consommation (L. n° 2010-737, JORF n° 0151 du 2 juill. 2010, texte n° 1), v. J.-P. TRICOIT, « La Commission de la médiation de la consommation », *LPA*, n° 208, 19 oct. 2010, p. 4.

¹²⁷⁰ V. Dir. 2013/11/UE, 21 mai 2013 du Parlement européen et du Conseil relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE (relative au RELC), *JOUE L* 165/63, cons. 43.

¹²⁷¹ Ord. n° 2015-1033 du 20 août 2015 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation, JORF n° 0192 du 21 août 2015, texte n° 43, art. 1^{er}.

médiation préalablement à la saisine du juge »¹²⁷². Dès lors, une telle clause est interdite, en plus d'être présumée abusive de façon simple. L'existence de ces sanctions crée une certaine confusion puisque la preuve contraire apportée par le professionnel à la présomption simple rend la clause *a posteriori* valable, alors qu'elle est illicite en application de l'article L. 612-4 du Code de la consommation. Il en ressort ainsi que le recours au règlement amiable en droit de la consommation prévu par une clause contractuelle doit rester un droit pour le consommateur et ne peut lui être imposé¹²⁷³.

Malgré cette méfiance et la large protection attribuée au droit d'accès au juge, le Conseil national de la consommation, par un avis du 27 mars 2007, reconnaissait que les professionnels, « comme les consommateurs, ont un intérêt convergent au développement du recours au règlement amiable des litiges, tout particulièrement dans le domaine de la consommation ». Dès lors, c'est bien la considération de la faiblesse du consommateur dans son rapport avec le professionnel qui tend à préserver la garantie de l'accès au juge. Cependant, le consommateur dispose d'un droit à résoudre son différend par la voie amiable.

335. Clauses préalables et saisine du juge des référés. Au-delà des demandes sur le fond, *quid* de la portée des clauses de conciliation ou de médiation préalables obligatoires relativement aux demandes devant le juge des référés ? Par un arrêt de rejet en date du 28 mars 2007, la Cour de cassation a jugé que la cour d'appel avait « exactement retenu (...) que la clause instituant, en cas de litige portant sur l'exécution du contrat d'architecte, un recours préalable à l'avis du conseil régional de l'ordre des architectes, n'était pas applicable à l'action des époux Z...fondée sur l'article 145 du nouveau code de procédure civile dans le but de réunir des preuves et d'interrompre un délai »¹²⁷⁴. Cet arrêt confirme la décision de la cour d'appel de Paris rendue le 23 mai 2001 dans laquelle elle avait estimé que « l'existence d'un préliminaire obligatoire de conciliation n'exclut pas que la partie intéressée puisse, en cas d'urgence, saisir le juge des référés d'une demande tendant au prononcé d'une mesure relevant de ses attributions »¹²⁷⁵. Ce maintien de l'accès au juge des référés aux fins de mesures d'instruction répond, selon Madame le professeur Soraya AMRANI-MEKKI, à la nécessité d'« une aide à la

¹²⁷² C. consom., art. L. 152-4 (anc^l), devenu art. L. 612-4 par l'ord. n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du Code de la consommation, JORF n° 0064 du 16 mars 2016, texte n° 29.

¹²⁷³ En droit de la consommation, une distinction est alors opérée selon que l'obligation de recourir à un règlement amiable avant toute saisine du juge est prévue légalement ou contractuellement. Dès lors que l'obligation est légale, le consommateur doit la respecter (Cf. CJUE, 14 juin 2017, *Livio Menini et Maria Antonia Rampanelli c. Banco Popolare Società Cooperativa*, préc.). *A contrario*, lorsque l'obligation est contractuelle, elle ne lie pas le consommateur, puisque la clause est interdite.

¹²⁷⁴ Cass., Civ. 3^e, 28 mars 2007, n° 06-13.209, *Bull. civ.* III, n° 43.

¹²⁷⁵ CA Paris, 14^e ch. A, 23 mai 2001, *Rev. arb.* 2003. 403, note JARROSSON.

pré-constitution de preuves pour éviter leur dépérissement ou pouvoir les établir » alors que « la durée d'attente d'exécution de la mesure d'instruction peut être disproportionnée à la durée raisonnable de la conciliation »¹²⁷⁶. La question s'est également posée concernant la mise en œuvre d'une clause de recours à la médiation dans le cas où le juge des référés était saisi d'une demande de provision sur le fondement de l'ancien article 809 du Code de procédure civile. Alors que la Cour de cassation avait, dans un arrêt en date du 9 novembre 2006, pris position en faveur de la prééminence des clauses¹²⁷⁷, le tableau jurisprudentiel esquissé ces dernières années par la juridiction des référés n'exclut pas la faculté pour l'une ou l'autre des parties de saisir la juridiction des référés dès lors que cette saisine est justifiée par l'urgence des mesures sollicitées, et ce, même s'il s'agit d'une demande de provision¹²⁷⁸. Par un arrêt du 9 avril 2013, la Cour de cassation a apporté des précisions concernant la mise en œuvre d'une clause de recours à la médiation dans le cas où le juge des référés était saisi d'une demande de provision sur le fondement de cet ancien article 809¹²⁷⁹. Elle suit le raisonnement du juge des référés qui avait accordé la provision après avoir constaté que la clause de médiation n'était applicable qu'à l'égard du cocontractant et pour l'exécution de la convention et qu'elle ne pouvait pas être opposée au demandeur en référé. Désormais, qu'il s'agisse d'un référé fondé sur l'article 145 du Code de procédure civile (mesures *in futurum*) ou sur les articles 834 et 835 du même code (mesures urgentes)¹²⁸⁰, la clause préalable ne peut y faire obstacle. Alors que le référé apporte au justiciable une solution exécutoire et provisoire à une situation factuelle, « contraindre l'intéressé à tenter d'abord une médiation conventionnelle, alors surtout que le médiateur est sans pouvoir juridictionnel et ne peut pas remédier à la situation, constituerait certainement une

¹²⁷⁶ S. AMRANI-MEKKI, « La clause de conciliation », *in ID.*, L. CADIET, Y. CHAPENEL et a., *La médiation*, Société de législation comparée, Dalloz, 2009, pp. 29 et s., n° 11.

¹²⁷⁷ Cass., Civ. 2^e, n° 05-19.443, Inédit. Dans cet arrêt, la Cour de cassation rappelle « que constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité ou le défaut d'intérêt » et casse cette décision en énonçant pour motifs « qu'en statuant ainsi, alors que, licite, 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 ; qu'ayant retenu que les conventions prévoyaient le recours à une procédure de conciliation préalable à toute instance judiciaire pour les contestations relatives à l'exécution de celles-ci, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences de ses constatations, a violé les textes susvisés ».

¹²⁷⁸ V. not. CA Rouen, 21 oct. 2008, RG n° 08/00867 et CA Paris, 7 mai 2008 n° 07/22212, C. PELLETIER, « Clause de conciliation et référé », *Rev. des contrats*, 1^{er} juill. 2009, n° 3, p. 1160 ; mais égal. CA Paris, 30 janv. 2008, *Gaz. Pal.* 29 mars 2008, n° 89, somm., p. 38 ; CA Aix-en-Provence, 19 juin 2007, *Juris-Data*, n° 2007-342525 ; CA Toulouse, 9 mars 2006, *Juris-Data*, n° 2006-299563 ; CA Paris, 4 juill. 2001, Bull. inf. C. cass. 2002, n° 549, n° 125 ; v. aussi G. HUCHET, « La clause de médiation et le traitement de l'urgence », *LPA* 2008, n° 218, p. 3.

¹²⁷⁹ Cass., Com., 9 avr. 2013, n° 12-14.659, Inédit.

¹²⁸⁰ Anciens art. 808 et 809 du Code de procédure civile ; modifiés par le décr. n° 2020-1452 du 27 nov. 2020 portant diverses dispositions relatives notamment à la procédure civile et à la procédure d'indemnisation des victimes d'actes de terrorisme et d'autres infractions, préc., art. 1.

entrave substantielle à sa protection juridictionnelle »¹²⁸¹. Dès lors, en présence d'une telle clause, le juge des référés conserve une compétence pleine et entière. Il doit cependant être remarqué que la clause modifie les conditions d'octroi de la provision. En principe, et selon l'article 835 du Code de procédure civile, le juge des référés peut accorder une provision au créancier à la seule condition que l'obligation ne soit pas sérieusement contestable ; c'est-à-dire qu'elle ne peut raisonnablement faire de doutes. Or, lorsque les parties ont prévu un préliminaire obligatoire de conciliation ou de médiation, cette forme de référé ne pourra être exercée qu'en cas d'urgence¹²⁸². L'urgence doit ainsi être conçue comme une source dérogatoire du droit commun¹²⁸³. En ce sens, elle permet de priver d'effet la clause de conciliation ou de médiation à l'égard du juge des référés¹²⁸⁴, qui demeure compétent malgré l'obligation contractuelle de recourir à un mode amiable de résolution des différends avant toute saisine du juge¹²⁸⁵.

¹²⁸¹ N. FRICERO et a., *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, *op.cit.*, p. 210, n° 221.29.

¹²⁸² V. C. PELLETIER, « Clause de conciliation et référé », *Rev. des contrats*, 1^{er} juill. 2009, n° 3, p. 1160.

¹²⁸³ Quant à la tentative de résolution amiable préalable et obligatoire prévue légalement, elle n'est pas, par principe, exclue en matière de référé. Néanmoins, l'absence de recours à un mode amiable précédemment à la saisine directe du juge des référés peut être justifié par un motif légitime au sens de l'article 750-1, alinéa 2, 3° du code de procédure civile (Cass., Civ. 2^e, 14 avr. 2022, n° 20-22.886, P.). Malgré les précisions réglementaires à apporter à ce sujet (relativement à la récente déc. du CE du 22 sept. 2022, v. *supra* n° 21 et *infra* n°s 353 s.), la jurisprudence a reconnu des dérogations à la règle. V. not. Cass., Civ. 1^{re}, 24 nov. 2021, n° 20-15.789 qui prévoit qu'« en cas de trouble manifestement illicite ou de dommage imminent, les dispositions de l'article L. 631-28 du code rural et de la pêche maritime instituant une procédure de médiation obligatoire et préalable ne font pas obstacle à la saisine du juge des référés » et Cass., Civ. 3^e, 13 juill. 2022, n° 21-18.796 relativement aux dispositions de l'article R. 141-5 du code du sport qui instituent une procédure de conciliation obligatoire et préalable. – v. Y. STRICKLER, « Modes alternatifs de résolution des litiges. – Conciliation », *JCl. Procédure civile*, 24 juin 2020 (actualisé le 15 sept. 2022), n°s 14 s.

¹²⁸⁴ L'urgence semble justifier, de la même façon, la compétence du juge des requêtes. L'article 845 al. 2 CPC dispose en effet que le président du TJ peut « ordonner sur requête toutes mesures urgentes lorsque les circonstances exigent qu'elles ne soient pas prises contradictoirement ».

¹²⁸⁵ Dans le même sens, un parallèle peut être réalisé avec les référés administratifs. En effet, le Conseil d'État a jugé que l'urgence justifiait que soit regardée comme recevable une demande de suspension d'une décision soumise à recours administratif préalable et en l'absence de requête au principal, à la condition cependant que soit apportée la preuve de l'introduction du recours administratif préalable : CE, sect., 12 oct. 2001, *Sté Produits Roche*, *EDCE* 2002. 45. – Pour le référé-provision, il a été énoncé que le juge peut être saisi dès lors qu'une des parties a engagé la procédure de recours préalable, sans attendre que celle-ci soit parvenue à son terme (CE, 16 déc. 2009, *Sté d'architecture groupe 6*, req. n° 326220, *Lebon T.* 889 ; *AJDA* 2009. 2432 ; *RDI* 2010. 156, obs. R. NOGUELLOU ; *JCP Adm.* 2010. 2046, obs. M.-C. ROUAULT. Tout en rappelant la règle du recours préalable, la solution retenue ne prive pas de tout effet la procédure de référé provision. Cependant, dans un arrêt du 23 sept. 2019 (CE, 23 sept. 2019, *garde des Sceaux, min. de la Justice*, req. n° 427923, *Lebon T.* ; *AJDA* 2019. 1836), la haute juridiction considère qu'il résulte « des dispositions de l'article R. 421-1 du code de justice administrative, qui sont applicables aux demandes de provision présentées sur le fondement de l'article R. 541-1 du même code, qu'en l'absence d'une décision de l'administration rejetant une demande formée devant elle par le requérant ou pour son compte, une requête tendant au paiement d'une somme d'argent est irrecevable » ; sous réserve de la nuance apportée par l'avis *Consorts Rollet* (CE, sect., avis, 27 mars 2019, n° 426472, *Lebon T.* ; *AJDA* 2019. 1455, note F. POULET), aux termes duquel la condition de liaison du contentieux « doit être regardée comme remplie si, à la date à laquelle le juge statue, l'administration a pris une décision, expresse ou implicite, sur une demande formée devant elle ». À noter que si la date considérée correspond au moment où le juge statue, la rapidité de la matière n'est toutefois pas à l'avantage de la procédure de référé.

336. Bilan relatif au domaine des clauses préalables obligatoires. Si le principe reste la prééminence des clauses préalables obligatoires, il existe ainsi des exceptions en raison des particularités des procédures ou de l'urgence à rendre justice. Cependant les domaines exclus ne le sont pas en raison de la faiblesse des clauses mais bien pour rétablir un équilibre dans le contrat, dans un esprit de protection de la partie faible, ou en raison de l'urgence de la situation. La partie faible a toujours le droit au règlement amiable contractuellement organisé. Quant à la procédure de référé, il s'agit d'une mesure d'urgence. Elle ne règle pas définitivement le litige. Ainsi, ses caractéristiques justifient qu'elle déroge au droit commun. L'exécution de ces clauses suppose cependant un contenu précis, que la Cour de cassation a caractérisé.

2. Le contenu des clauses préalables et obligatoires de règlement amiable des différends

337. Qualification des clauses préalables obligatoires. Afin que les clauses soient réellement appliquées et retardent par conséquent l'accès au juge, encore faut-il qu'elles soient clairement identifiées. En effet, certains choix terminologiques mettent en exergue une approximation rédactionnelle et créent des confusions que la Cour de cassation doit résoudre. Plusieurs affaires ont montré des clauses dont l'ambiguïté imposait qu'elles fussent analysées afin de leur « donner ou restituer leur exacte qualification »¹²⁸⁶. Il était en effet question d'apprécier s'il s'agissait d'une clause d'arbitrage ou bien d'une clause de médiation. Pour illustration, dans un arrêt en date du 20 juin 2006¹²⁸⁷, un contrat de cession d'actions comportait une clause intitulé « clause compromissoire », qui prévoyait « l'intervention, en cas de litige, de conciliateurs chargés de faire accepter par les parties une solution amiable dans un délai de trois mois, faute de quoi les tribunaux judiciaires [seraient] seuls compétents ». L'arrêt rendu par les juges du fond a été cassé pour avoir « qualifié à tort de clause compromissoire et de sentence ce qui n'était qu'un préalable de conciliation »¹²⁸⁸. Outre la question de la terminologie, la Cour de cassation est également intervenue afin de préciser la forme de la clause.

¹²⁸⁶ Conformément à l'art. 12 al. 2 du CPC.

¹²⁸⁷ Cass., Civ. 1^{re}, 20 juin 2006, n° 03-16.640, *Bull. Civ. I*, n° 310.

¹²⁸⁸ Dans le même sens d'une l'ambiguïté de clauses qui ont donné lieu à une méconnaissance du sens des mots utilisés par leurs auteurs, v. not. Cass., Civ. 1^{re}, 11 juill. 2006, n° 03-20.802, *Bull. civ. I*, n° 369, *Gaz. Pal.* 15-17 oct. 2006, *Cah. Arb.*, p. 45 ; Cass. Civ. 2^e, n° 10-22.780, *Bull.* 2011, II, n° 133.

338. L'exigence d'une stipulation de la clause dans le contrat. De manière générale, les clauses – même litigieuses – sont intégrées dans les contrats écrits ayant été acceptés par les parties. Pour autant, dans une affaire ayant donné lieu à un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation, une clause de conciliation invoquée par l'une des parties était extérieure à la convention signée par celles-ci. Une clinique avait en effet invoqué à titre de fin de non-recevoir le prétendu non-respect d'une procédure de conciliation préalable prévue par tous les modèles de contrat établis par les organisations professionnelles. Elle soutenait que ce préalable « constituait un usage professionnel opposable aux parties, sans qu'elles aient à s'y référer ». Dans cet arrêt du 6 mai 2003, la première chambre civile a estimé que la cour d'appel avait « exactement jugé qu'une procédure préalable de conciliation ne pouvait résulter que d'une stipulation contractuelle, laquelle est, en effet, seule de nature à s'imposer au juge »¹²⁸⁹. Cette solution s'inscrit corrélativement aux côtés des règles posées à l'article 1443 du Code de procédure civile, prévoyant qu'« à peine de nullité, la convention d'arbitrage est écrite. Elle peut résulter d'un échange d'écrits ou d'un document auquel il est fait référence dans la convention principale »¹²⁹⁰, et à l'article 2063 du Code civil indiquant que « la convention de procédure participative est, à peine de nullité, contenue dans un écrit ».

Cette exigence d'une stipulation de la clause dans le contrat se justifie notamment en raison de la renonciation, ne serait-ce que temporaire, au droit d'accès au juge. Elle apparaît conforme au principe précisé précédemment¹²⁹¹, selon lequel « la renonciation à un droit ne résulte que d'actes manifestant sans équivoque la volonté de renoncer »¹²⁹²

339. Interprétation de la clause. En cas d'incertitude sur la portée exacte de la clause, le juge doit interpréter le sens exact du contrat en faisant application des articles 1188 et suivants du Code civil. S'il lui est interdit de dénaturer une clause claire et précise¹²⁹³, il doit cependant rechercher la commune intention des parties lorsque celle-ci est ambiguë.

Il est tout d'abord nécessaire que la clause précise les modalités du mode amiable imposé préalablement à la saisine du juge. Dans un arrêt du 29 avril 2014¹²⁹⁴, la Chambre

¹²⁸⁹ Cass., Civ. 1^{re}, 6 mai 2003, n° 01-01.291, *Bull. civ. I*, n° 108, *Gaz. Pal.* Sept.-oct. 2003. Somm. 3235. – À noter que cette exigence de stipulation contractuelle peut être satisfaite par renvoi : Cass., Civ. 1^{re}, 6 mars 2007, n° 04-16.204, *Bull. civ. I*, n° 91, *Gaz. Pal.* 19-20 déc. 2007. Pan. 17.

¹²⁹⁰ CPC, art. 1443, modifié par décr. n° 2011-48 du 13 janv. 2011, art. 2. – À ce sujet, v. X. LAGARDE, « Esquisse d'un régime juridique des clauses de conciliation », *RDC* 2003, p. 189.

¹²⁹¹ V. *supra* n°s 307 s.

¹²⁹² Cass., Ch. mixte, 26 avr. 1974, n° 72-10.770, *Bull. civ. n° 1, D.* 1975, jur. p. 249, note J. BORE ; *JCP* 1975. II. 18157, concl. av. gén. GÉGOUT.

¹²⁹³ Cf. C. civ., art. 1192.

¹²⁹⁴ Cass., Com., 29 avr. 2014, n° 12-27.004, *Bull. civ. IV*, n° 76, *RDC* 2014, n° 111f8, p. 704, obs. N. CAYROL ; *D.* 2014, p. 176, obs. N. FRICERO ; *JCP G.*, 2014, 607, obs. H. CROZE et *JCP G* 2014, 711, note O. SABARD ; *JCP E.*, 2014, 1290, obs. N. DISSAUX ; *LPA* 9 sept. 2014, p. 14, note J.-P. TRICOIT.

commerciale de la Cour de cassation a cassé l'arrêt des juges du fond qui avait déclaré la demande irrecevable, en présence d'une clause contractuelle prévoyant une tentative de règlement amiable non assortie de conditions particulières de mise en œuvre. Dans l'attenué de principe rendu au visa de l'article 122 du Code de procédure civile, l'arrêt énonce que « la clause contractuelle prévoyant une tentative de règlement amiable, non assortie de conditions particulières de mise en œuvre, ne constitue pas une procédure de conciliation obligatoire préalable à la saisine du juge, dont le non-respect caractérise une fin de non-recevoir s'imposant à celui-ci »¹²⁹⁵. Selon la Cour de cassation, la clause se bornait à mettre à la charge des parties une tentative de règlement amiable de leur différend sans pour autant instituer une procédure de conciliation obligatoire. En effet, la clause soumettait le différend à un règlement amiable sans préciser la nature du processus, ni ses modalités de mise en œuvre. Cette imprécision rendait dès lors impossible la mise en œuvre du processus et interdisait de reconnaître une fin de non-recevoir. Cette fin de non-recevoir est donc soumise au respect d'exigences formelles dans la rédaction de la clause. Pour autant, *quid* du degré d'exigence de la Cour de cassation quant à la précision des conditions de mise en œuvre du processus amiable choisi par les parties ?

340. Par un arrêt en date du 19 mai 2016¹²⁹⁶, la troisième chambre civile de la Cour de cassation assouplit sa jurisprudence et décide qu'une clause imprécise peut entraîner l'irrecevabilité de la demande, dès lors que le juge peut en définir le sens en l'interprétant¹²⁹⁷. En effet, dans ce cas d'espèce, un contrat de maîtrise d'œuvre contenait une clause ainsi rédigée : « pour tous les litiges pouvant survenir dans l'application du présent contrat, les parties s'engagent à solliciter l'avis d'un arbitre choisi d'un commun accord avant tout recours à une autre juridiction ». L'ambiguïté de la clause était telle qu'elle créait une confusion quant à son interprétation. D'une part, elle employait de façon incorrecte le terme d'« arbitre », alors que la

¹²⁹⁵ La clause litigieuse, non reproduite dans la décision, était ainsi rédigée : « Tout différend né entre les parties à l'occasion du présent contrat, notamment quant à son interprétation, son exécution ou sa résiliation, et subsistant, après vaine tentative de règlement amiable, sera soumis à la compétence exclusive du Tribunal de Commerce de Paris, nonobstant pluralité de défendeurs, appel en garantie et/ou procédure d'urgence, notamment par voie de référé ou sur requête ».

¹²⁹⁶ Cass., Civ. 3^e, 19 mai 2016, n° 15-14.464.

¹²⁹⁷ Arrêt qui confirme, voire accentue, la tendance de l'arrêt rendu par la Chambre commerciale le 3 juin 2014 (Cass. Com., 3 juin 2014, n° 12-17.089, Inédit). V. not. C. PELLETIER, « Le caractère obligatoire de la clause de conciliation est-il toujours soumis à l'existence de conditions particulières de mise en œuvre du processus conciliatoire ? », *RDC* 2017, n° 01, p. 94. Dans cet arrêt, la Chambre commerciale a fait preuve d'une grande souplesse quant à l'exigence minimale en la matière. Elle semble en effet indiquer qu'il s'agirait de la seule stipulation du délai pendant lequel les parties doivent tenter de s'accorder. La convention signée disposait en son article 15 « différend » que « les parties cherchent à régler à l'amiable toutes divergences dans un délai d'un mois à compter de sa survenance. À défaut de solution amiable, le litige sera porté devant le tribunal de grande instance de Paris ».

personne désignée n'était en réalité qu'un simple tiers. D'autre part, elle exigeait que les parties sollicitent un « avis » du tiers, sans pour autant les obliger à se rencontrer pour se concilier. Dès lors, elle ne faisait pas véritablement référence à un processus conciliatoire. Nonobstant ce manque de précision quant aux modalités de mise en œuvre de la clause, voire cette confusion rédactionnelle, la Cour de cassation a jugé que la cour d'appel avait retenu « à bon droit que le moyen tiré du défaut de mise en œuvre de la clause litigieuse, qui instituait une procédure de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge, constituait une fin de non-recevoir ». Cette solution, qui s'oppose à la jurisprudence du 29 avril 2014¹²⁹⁸, reste pour le moins surprenante puisqu'aucun élément en présence ne peut constituer une condition particulière de mise en œuvre du processus conciliatoire. S'agissait-il d'une remise en cause des principes posés précédemment par l'arrêt du 29 avril 2014 ou bien d'une divergence de jurisprudence avec la Chambre commerciale ? Dans le même sens, la Chambre sociale de la Cour de cassation a également rejeté la solution de la Chambre commerciale dans un arrêt du 30 janvier 2019¹²⁹⁹. Ainsi, force est d'admettre que cette exigence n'est pas toujours imposée, dès lors que le juge peut en définir le sens en l'interprétant. Eu égard au recul de son caractère contraignant, la clause de conciliation semblait alors être dotée d'une « efficacité renforcée et redoutable »¹³⁰⁰. Pour autant, la troisième chambre civile a rapproché les différentes positions dans un arrêt du 11 juillet 2019¹³⁰¹. Elle affirme « que la clause prévoyant le recours préalable à un conciliateur, rédigée de manière elliptique en termes très généraux, était une “clause de style” (...) qu'il ne s'agissait pas d'une clause instituant une procédure de conciliation préalable et obligatoire ». Il ressort alors de cet arrêt que si la détermination des conditions de la mise en œuvre n'est pas nécessairement imposée, la clause doit, à tout le moins, être suffisamment précise. Or, le degré d'exigence des modalités de mise en œuvre reste sujet à questionnement du fait que dans ce cas d'espèce la clause litigieuse était pourtant relativement précise : « en cas de litige, les parties conviennent préalablement à toute instance judiciaire, de soumettre leur différend au conciliateur qui sera missionné par le président de la Chambre des notaires ». En revanche, la Cour de cassation a précisé ses attentes dans un autre arrêt du 19 juin 2019¹³⁰². Si le juge retient que la « clause contenant l'obligation d'une tentative préalable de règlement amiable prévoit des conditions particulières de sa mise en œuvre puisque le tiers doit être désigné, soit d'un commun

¹²⁹⁸ Cass., Com., 29 avr. 2014, n° 12-27.004, préc.

¹²⁹⁹ Cass., Soc., 30 janv. 2019, n° 17-22.640, Inédit.

¹³⁰⁰ C. PELLETIER, « Le caractère obligatoire de la clause de conciliation est-il toujours soumis à l'existence de conditions particulières de mise en œuvre du processus conciliatoire ? », *RDC* 2017, n° 01, p. 94.

¹³⁰¹ Cass., Civ. 3^e, 11 juillet 2019, n° 18-13.460, Inédit.

¹³⁰² Cass., Com., 19 juin 2019, n° 17-28.804, Inédit, *RTD civ.* 2019. 578, obs. H. BARBIER ; v. aussi Cass., Civ. 1^{re}, 4 déc. 2019, n° 18-15.848, Inédit.

accord entre les parties, soit par le président du tribunal de commerce en la forme des référés », il décide à bon droit qu'elle institue une procédure de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge, dont le défaut de mise en œuvre constitue une fin de non-recevoir. Il ne reste qu'à conseiller aux parties de rédiger précisément la clause instituant une procédure amiable préalable et obligatoire à la saisine du juge.

341. Portée de la clause. L'ambiguïté des clauses permet également au juge d'exercer son pouvoir souverain d'appréciation¹³⁰³ afin de préciser la portée de celles-ci. Dans un arrêt du 12 juin 2012, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé que « la cour d'appel, qui a relevé que l'action engagée par la société *Panda trade*, fondée sur les dispositions de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce, visait la rupture d'une relation commerciale établie, selon elle, depuis 2002, n'a pas méconnu la loi des parties en écartant la clause de médiation préalable figurant au contrat du 18 avril 2006, dont l'application était limitée aux différends portant sur la fin de ce contrat précis »¹³⁰⁴. La Cour de cassation applique strictement les clauses et il appartient alors aux parties d'en préciser la portée¹³⁰⁵ ; notamment lorsque le différend ne résulte pas de l'exécution du contrat qui les lie, mais de la rupture de la relation commerciale globale¹³⁰⁶.

342. Pour une mise en œuvre des clauses, vers un droit au règlement amiable. Plusieurs arrêts ont démontré que la Cour de cassation s'assurait de la parfaite mise en œuvre des clauses préalables¹³⁰⁷. Dans un arrêt du 28 novembre 1995, la Chambre commerciale de la Cour de cassation rappelle le principe selon lequel « la renonciation à un droit ne résulte que d'actes manifestant sans équivoque la volonté d'y renoncer » et juge que la volonté d'une partie de renoncer à la procédure préalable de conciliation ne peut se déduire du seul fait qu'elle ne l'ait pas mise en œuvre avant d'être assignée¹³⁰⁸. La clause impose le recours à un règlement amiable des différends, qui devient alors un véritable droit pour les parties contractantes. Ainsi, la renonciation à ce droit à un recours amiable répond à la règle de principe et requiert par

¹³⁰³ C. civ., art. 1188 et s.

¹³⁰⁴ Cass., Com., 12 juin 2012, n° 11-18-852, Inédit ; Dans le même sens, v. Cass., Civ. 3^e, 23 mai 2007, n° 06-15.668, *Bull.* 2007, III, n° 80 ; Cass., Civ. 3^e, 9 oct. 2007, n° 06-16.404, Inédit.

¹³⁰⁵ Concernant l'interprétation souveraine des juges du fond relativement à la portée de la clause, v. égal. Cass., Com., 2 juin 2015, n° 14-13.289, Inédit ; Cass., Soc., 3 nov. 2010, n° 09-42.991, Inédit ; Cass., Civ. 2^e, 7 juill. 2016, n° 15-21.370, Inédit.

¹³⁰⁶ À ce sujet, v. C. PELLETIER, art. préc.

¹³⁰⁷ V. not. Cass. Com., 17 juin 2003, n° 99-16.001, *Bull. Civ.* IV, n° 101, *Gaz. Pal.* 26-27 sept. 2003. Somm. 21 ; *Procédures* 2003, n° 213, p. 9, note PERROT ; *RTD civ.* 2004. 136, obs PERROT. – Cass., Civ. 1^{re}, 8 avr. 2009, n° 08-10.866, *Bull. Civ.* I, n° 78, *D.* 2009. Jur. 1284, note DELPECH.

¹³⁰⁸ Cass., Com., 28 nov. 1995, n° 94-12.285, Inédit.

conséquent la réalisation d'un acte manifestant sans équivoque la volonté de renoncer audit droit.

343. Opposabilité de la clause. La puissance de ce droit à un règlement amiable par le biais d'une clause contractuelle est telle que son rayonnement n'en est que plus grand. Dans un arrêt du 28 avril 2011¹³⁰⁹, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a affirmé que la clause contractuelle pouvait circuler par voie de subrogation et être opposable au subrogé, même s'il est établi que celui-ci n'en a pas eu personnellement connaissance au moment de la subrogation¹³¹⁰. De manière large, la subrogation est la « substitution d'une personne à une autre dans un rapport de droit en vue de permettre à la première d'exercer tout ou partie des droits qui appartiennent à la seconde »¹³¹¹. Dès lors, le subrogé conserve tous les attributs et accessoires de la créance transmise. En ce sens, et comme l'énonce Madame le professeur Caroline PELLETIER, « l'opposabilité de la clause de conciliation est une conséquence logique de la subrogation »¹³¹².

344. L'opposabilité de la clause s'apprécie cependant de manière restreinte dans le cas de la caution. L'article 2313 du Code civil dispose que « la caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal, et qui sont inhérentes à la dette ; Mais elle ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles au débiteur ». Se posait alors la question de savoir si l'exception tirée de la violation de la clause de conciliation préalable insérée dans le contrat de prêt était purement personnelle au débiteur ou inhérente à la dette de telle sorte qu'elle pourrait être opposée à la caution. Dans un arrêt du 13 octobre 2015, la Cour de cassation juge que « la fin de non-recevoir tirée du défaut de mise en œuvre d'une clause contractuelle qui institue une procédure de conciliation, obligatoire et préalable à la saisine du juge, ne concerne, lorsqu'une telle clause figure dans un contrat de prêt, que les modalités d'exercice de l'action du créancier contre le débiteur principal et non la dette de remboursement elle-même dont la caution est également tenue, de sorte qu'elle ne constitue pas

¹³⁰⁹ Cass., Civ. 3^e, 28 avr. 2011, n° 10-30.721, *Bull. civ.* I, n° 58 ; CCC 2011, Comm. 152, note LEVENEUR ; *Procédures* 2011, Comm. 220, note PERROT ; Ch. BOILLOT, « Chronique de contentieux des affaires », *LPA* 2011, p. 14 ; N. FRICERO, « Procédure civile janvier 2011-décembre 2011 », *D.* 2012, 244.

¹³¹⁰ Cette solution n'est pas sans rappeler celle relative à la transmission de la clause compromissoire, selon laquelle « dans une chaîne de contrats translatifs de propriété, la clause compromissoire est transmise de façon automatique en tant qu'accessoire du droit d'action lui-même accessoire du droit substantiel transmis, sans incidence du caractère homogène ou hétérogène de cette chaîne » (Cass., Civ. 1^{re}, 27 mars 2007, n° 04-20.842, *Bull.* 2007, I, n° 129).

¹³¹¹ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° « Subrogation ».

¹³¹² C. PELLETIER, « Les clauses contractuelles favorisant une justice alternative », in F. MILLET (dir.), *Les modes alternatifs de règlement des différends. Méthodes et perspectives*, LEJEP, Université de Cergy-Pontoise, juin 2018, 98 p.

une exception inhérente à la dette que la caution peut opposer »¹³¹³. En ce sens, la caution ne peut se prévaloir de la clause de conciliation préalable prévue au contrat de prêt du fait que l'exception tirée de son non-respect est purement personnelle au débiteur principal. Si cette solution réduit la force contraignante de la clause, il va sans dire que la solution aurait été sûrement différente si la clause avait figuré dans l'acte de cautionnement.

345. L'effet relatif des clauses de conciliation est également affirmé dans un autre arrêt de la Cour de cassation rendu le 14 mars 2018 par la première chambre civile, relativement à une clause de conciliation-médiation prévue dans un contrat de vente notarié¹³¹⁴. Au visa de l'ancien article 1165 du Code civil porteur du principe de l'effet relatif des contrats, et de l'article 122 du Code de procédure civile, la Cour de cassation énonce « qu'en statuant ainsi, alors que la saisine préalable du conciliateur prévue dans l'acte authentique de vente n'était pas une condition de recevabilité de l'action directe engagée par les acquéreurs contre le notaire, l'agent immobilier et l'assureur de ce dernier, la cour d'appel a violé les textes susvisés ». La Cour de cassation met ainsi en avant l'autonomie de l'action directe afin de privilégier l'indemnisation des victimes¹³¹⁵.

L'encadrement des clauses préalables et la protection qui leur est offerte par les juges de la haute Cour assurent ainsi leur pleine effectivité, et ce, par l'application du régime procédural établi dans la jurisprudence de la Chambre mixte de 2003.

3. Régime juridique des clauses préalables et obligatoires de règlement amiable des différends

346. Application du régime de la fin de non-recevoir. Après une divergence de jurisprudence, l'arrêt de la chambre mixte du 14 février 2003¹³¹⁶ a tranché la question en retenant la qualification de fin de non-recevoir à la sanction du non-respect d'une clause de conciliation ou de médiation préalable. Dans cette affaire, le conseiller rapporteur, Monsieur le Doyen Pierre BAILLY, avait recensé les différents arguments en présence afin de prendre parti

¹³¹³ Cass., Com., 13 oct. 2015, n° 14-19.734, *Bull.* 2016, n° 837, Com., n° 287 – V. égal. Cass., Com., 9 mai 2018, n° 16-20.212, Inédit.

¹³¹⁴ Cass., Civ. 1^{re}, 14 mars 2018, n° 17-14.440, Inédit, *AJDI* 2018. 382.

¹³¹⁵ H. BARBIER, « L'autonomie de l'action directe mise en avant », *RTD civ.* 2018, p. 668 : « La victime en tire de quoi passer outre tous les obstacles procéduraux les plus redoutable », notamment l'irrecevabilité attachée au respect d'une clause de conciliation ou de médiation préalable obligatoire insérée dans le contrat passé entre son débiteur et le débiteur de son débiteur. – V. égal. Cass., Civ. 2^e, 3 mai 2018, n° 16-24.099, *Bull.* II, n° 87, *D.* 2018. 1009.

¹³¹⁶ Cass., Ch. mixte, 14 févr. 2003, préc.

pour la sanction applicable. Au soutien de l'irrecevabilité de l'action, il faisait valoir la force obligatoire du contrat, qui interdit de saisir le juge avant la mise en œuvre de la procédure de conciliation ; le parallèle effectué avec la sanction de la méconnaissance d'un préliminaire de conciliation judiciaire lorsque celui-ci est légalement obligatoire, laquelle consiste en l'irrecevabilité de la demande ; la jurisprudence du Conseil d'État en date du 9 décembre 1991¹³¹⁷, selon laquelle le non-respect de la clause d'une conciliation imposant aux parties, en cas de différend, de solliciter l'arbitrage du sous-préfet avant toute procédure contentieuse entraîne l'irrecevabilité de la demande présentée directement au juge administratif ; les principes directeurs du procès permettant au juge d'organiser une médiation, dont il résulte que les parties sont libres d'aménager comme elles l'entendent le règlement du litige qui les oppose, de sorte qu'une clause de conciliation ou de médiation préalable doit recevoir application et produire tous ses effets sur le plan procédural ; ou encore, l'intérêt des parties, dispensées des charges et inconvénients d'un procès lorsqu'elles tentent une conciliation ou une médiation dont elles ont arrêté le principe. *A contrario*, en défaveur de l'irrecevabilité de l'action, il soulevait le principe selon lequel le juge ne peut opposer de fins de non-recevoir qui ne résultent d'aucun texte ; la prééminence du droit d'accès au juge, qui ne peut s'accommoder de restrictions ; le régime des fins de non-recevoir, qui permet à une partie d'invoquer une clause de médiation ou de conciliation à tous les stades de la procédure, sans avoir à justifier d'un grief ; les conséquences préjudiciables d'un certain retard dans la saisine du juge, lorsque l'exercice de l'action est enfermée dans un délai de prescription ou de forclusion ; le caractère vain du mode de règlement amiable d'un conflit en l'absence de la volonté commune de toutes les parties de soumettre à une procédure de conciliation préalable¹³¹⁸.

347. La Cour de cassation a pris le parti de privilégier la force obligatoire de la clause. Toutefois, compte tenu de l'impuissance du droit des contrats à préserver sa force, la mobilisation des règles processuelles était nécessaire. C'est ainsi que, dans le célèbre arrêt Saint Valentin, la Cour de cassation a décidé que les fins de non-recevoir ne sont pas limitativement énumérées par l'article 122 du Code de procédure civile ; qu'une clause de conciliation obligatoire et préalable est licite ; que le moyen tiré du défaut de mise en œuvre d'une telle

¹³¹⁷ CE, 9 décembre 1991, *Snoy*, n° 84308, *Lebon* 423 ; égal. en ce sens : CE, 2 juin 2004, *Sté Sélécom*, n° 254400 ; CE, 31 mai 2010, *Office public de l'habitat de la communauté urbaine de Strasbourg*, n° 313185, *Lebon* 852, 857 (cité in J.- C. BONICHOT, P. CASSIA et B. POUJADE, *Les grands arrêts du contentieux administratif*, 7^e éd., Dalloz, Coll. « Grands arrêts », janv. 2020, p. 983) ; exception faite concernant la recevabilité de la demande de suspension dirigée contre la décision initiale, dès lors que le recours administratif a été formé : CE, sect., 12 oct. 2001, *Sté Produits Roche*, préc.

¹³¹⁸ P. BAILLY, rapp. Cour de cassation, « L'égalité », 2003, La documentation française, pp. 473-474.

clause constitue une fin de non-recevoir ; que la mise en œuvre de cette clause suspend la prescription jusqu'à l'issue de la procédure de conciliation ; enfin, que la fin de non-recevoir s'impose si les parties l'invoquent¹³¹⁹.

348. La position de la Cour de cassation relativement à cette sanction procédurale impliquait alors que le régime de la fin de non-recevoir soit applicable au cas d'espèce. Dès lors, tout en rappelant les termes de l'arrêt Saint Valentin, la Chambre commerciale ajoute, dans un arrêt en date du 22 février 2005, que la fin de non-recevoir « peut être proposée en tout état de cause »¹³²⁰. Conformément à l'article 123 du Code de procédure civile, la partie intéressée peut soulever la fin de non-recevoir pour la première fois en appel. Le juge dispose cependant de la possibilité de sanctionner la partie qui se serait abstenue, dans une intention dilatoire, de la relever en première instance¹³²¹. Cette solution fait cependant l'objet de critiques, notamment eu égard à l'argument selon lequel le fait qu'une partie n'invoque pas l'existence d'une clause de médiation au début du procès devrait être considéré comme une renonciation à s'en prévaloir¹³²². Dès lors, cela signifie que la renonciation à invoquer la clause de conciliation en première instance n'emporterait pas renonciation pour l'appel¹³²³. Si cette solution démontre pleinement l'effet dévolutif de l'appel¹³²⁴, le risque de favoriser les stratégies dilatoires est bien présent¹³²⁵. Le juge devra alors observer précisément la situation factuelle et les intentions respectives des parties. Quant à la règle posée à l'article 125 du Code de procédure civile, selon laquelle « le juge peut relever d'office la fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt, du défaut de qualité ou de la chose jugée », la question a déjà été abordée¹³²⁶. Elle ne s'applique pas aux clauses préalables du fait qu'il s'agit d'une fin de non-recevoir conventionnelle dépendant de la volonté des parties¹³²⁷.

Force est de constater que la clause de conciliation préalable et obligatoire est le socle de tensions entre les logiques contractuelles et processuelles. Dès lors, la nature si particulière de cette clause nécessite que le régime de la fin de non-recevoir soit adapté.

¹³¹⁹ Cass., Ch. mixte, 14 févr. 2003, préc.

¹³²⁰ Cass., Com., 22 févr. 2005, n° 02-11.519, Inédit.

¹³²¹ CPC, art. 123.

¹³²² R. PERROT, « Clause de conciliation obligatoire : peut-on invoquer son omission en tout état de cause ? », *RTD civ.* 2005. 451.

¹³²³ V. « Droit judiciaire privé », chron. T. CLAY, *JCP G.*, n° 44, 2 nov. 2005, p. 183.

¹³²⁴ Cf. CPC, art. 561.

¹³²⁵ En ce sens notamment que les délais pour interjeter appel pourraient être expirés. Le justiciable serait alors privé de son droit d'agir, entendu comme le droit d'accès à une juridiction du second degré.

¹³²⁶ Cf. *supra* n° 110.

¹³²⁷ C. PIGACHE, « La clause de conciliation préalable à la saisine du juge », *Gaz. Pal.*, 13 août 2015, n° 225, p. 12.

349. Adaptation du régime de la fin de non-recevoir. Dans la suite naturelle de la qualification de la fin de non-recevoir, la question de savoir si une telle situation était susceptible d'être régularisée s'est posée. En effet, aux termes du premier alinéa de l'article 126 du Code de procédure civile, « dans le cas où la situation donnant lieu à fin de non-recevoir est susceptible d'être régularisée, l'irrecevabilité sera écartée si sa cause a disparu au moment où le juge statue »¹³²⁸. Dès lors, l'irrecevabilité qui est attachée à la fin de non-recevoir tirée du non-respect d'une clause de conciliation préalable et obligatoire peut-elle être régularisée par la mise en œuvre de la clause en cours d'instance¹³²⁹ ? Dans un arrêt du 12 décembre 2014¹³³⁰, la Chambre mixte de la Cour de cassation répond par la négative. La fin de non-recevoir tirée de la violation d'une clause de conciliation ou de médiation préalable n'est pas régularisable en cours de procédure. La Cour de cassation opère alors un revirement de jurisprudence en privilégiant la force obligatoire du contrat qui constitue la loi des parties et qui impose la mise en œuvre de la clause préalablement à une éventuelle instance judiciaire¹³³¹. En effet, par deux arrêts rendus respectivement les 16 décembre 2010¹³³² et 3 mai 2011¹³³³, la Cour de cassation était « restée fidèle à elle-même ; dès l'instant où elle avait estimé que le manquement à une clause de conciliation constituait une fin de non-recevoir, elle en a tiré la conséquence qu'une régularisation était possible »¹³³⁴. Pourtant, l'esprit et la nature hybride des règlements amiables des différends contraignent à une certaine adaptabilité. La régularisation, définie comme « un retour à la conformité d'une règle bafouée »¹³³⁵, n'était alors pas possible dans un tel cas. D'un point de vue matériel, « même si une tentative de conciliation intervient par la suite, après l'introduction de l'instance, elle n'aura par définition pas eu lieu avant la saisine du juge et les termes de la clause contractuelle n'auront pas été respectés »¹³³⁶. En effet, quel est l'intérêt d'accomplir une formalité après l'introduction de l'action en justice alors qu'il était nécessaire de le faire en amont ? En ce sens, les professeurs CROZE et GAUTIER s'interrogeaient : « qu'est

¹³²⁸ En ce sens, Cass., Com., 5 juill. 1988, n° 87-10.590, *Bull. civ. IV*, n° 233, p. 161 ; Cass., Com., 23 mai 1989, n° 86-17.068, *Bull. IV*, n° 165, p. 109.

¹³²⁹ « En somme, force obligatoire du contrat, *versus* régime des fins de non-recevoir... » (C. BOILLOT, « Quelle sanction procédurale pour les clauses de conciliation obligatoire ? », *D.* 2015. 298).

¹³³⁰ Cass., Ch. mixte, 12 déc. 2014, n° 13-19.684, *Bull.*, n° 3. – Dans le même sens, Cass., Civ. 3^e, 6 oct. 2016, n° 15-17.989 – Cass., Civ. 3^e, 16 nov. 2017, n° 16-24.642. – Repris aussi dans l'arrêt Cass., Com. 30 mai 2018, n° 16-26.403 16-27.691, *Bull.* 2018, IV, n° 65 sur les conditions d'application à une demande reconventionnelle.

¹³³¹ Il s'agissait d'ailleurs du premier argument présenté par le Doyen BAILLY dans son rapport précité.

¹³³² Cass., Civ. 2^e, 16 déc. 2010, n° 09-71.575, *Bull. civ.* 2010, II, n° 212, *JCP G* 2011, doctr. 666, n° 12, obs. T. CLAY ; *RTD civ.* 2011, p. 170, note R. PERROT ; *L'essentiel dr. contrats* 1er févr. 2011, n° 2, p. 6, obs. G. GUERLIN ; *RDC* 2011, p. 916, obs. C. PELLETIER.

¹³³³ Cass., Com., 3 mai 2011, n° 10-12.187, Inédit, *RDC* 2012, p. 884, obs. C. PELLETIER.

¹³³⁴ R. PERROT, « Clause de conciliation obligatoire : régularisation en cours d'instance », *RTD civ.*, 2011, p. 170.

¹³³⁵ N. DISSAUX, « Justice négociée v. Justice imposée : une conciliation douteuse », *JCP G.*, 2 févr. 2015, 115.

¹³³⁶ C. PELLETIER, « Nouveau recul de la force obligatoire des clauses de conciliation », *RDC*, n° 3, 2011, p. 916 (obs. sous Cass., Civ. 2^e, 16 déc. 2010, n° 09-71575).

alors cette tentative de conciliation *a posteriori*, sinon un simulacre ? »¹³³⁷. La violation est en effet définitivement consommée et ne peut plus être purgée. L'arrêt de la Chambre mixte privilégie la force obligatoire et le respect de la chronologie contractuellement prévue. Elle favorise ainsi une conception formaliste.

Dans le cas où la partie ne respecterait pas l'obligation de recourir à la procédure amiable contractuellement prévue avant de saisir le juge, sa demande sera jugée irrecevable et elle devra réitérer sa demande une fois le processus amiable accompli.

350. Cependant, une question restait en suspens : l'autorité de la chose jugée attachée à une décision d'irrecevabilité d'une action en justice en raison de l'absence de mise en œuvre de la procédure de conciliation préalable obligatoire avant la saisine du juge fait-elle obstacle à une nouvelle action¹³³⁸ ? Dans le cas d'une réponse positive, la décision d'irrecevabilité constituerait un obstacle définitif à l'examen de l'affaire par le juge. La partie serait privée de la possibilité de présenter son différend devant le juge ; mais cette solution ne tendrait-elle pas à une atteinte au droit fondamental d'accès au juge, voire à un déni de justice ? *A contrario*, la consécration d'une irrecevabilité temporaire affaiblirait l'efficacité des clauses contractuelles, puisque les parties pourront tout de même intenter une nouvelle action dans l'avenir. L'arrêt du 21 avril 2005 autorise pourtant une nouvelle action après une décision d'irrecevabilité, à condition que, préalablement à la seconde action, soit mise en œuvre la clause contractuelle de conciliation. Dès lors, la demande en justice ne pourra être formée à nouveau qu'après le constat d'échec d'une tentative de conciliation ou de médiation, à condition que l'action ne soit pas prescrite¹³³⁹.

Le schéma procédural consacré reste quelque peu contestable, puisqu'en effet, la violation de la clause qui exige une tentative de conciliation avant toute procédure judiciaire est « définitive, irréversible »¹³⁴⁰. En effet, « aucune action judiciaire n'aura jamais été introduite après la tentative de conciliation »¹³⁴¹. Pour autant, la solution de la Cour de cassation met en exergue un certain équilibre de valeurs en retenant une irrecevabilité temporaire. D'une part, le déni de justice ne peut être argué, et d'autre part, elle garantit le respect de la clause en contraignant la partie à introduire une nouvelle action. La Cour de cassation responsabilise ainsi

¹³³⁷ H. CROZE et D. GAUTIER, note sous Ch. mixte 14 févr. 2003, *JCP E.*, 2003, n° 19, p. 707.

¹³³⁸ Ou une nouvelle action est-elle bien recevable après que la mise en œuvre de la procédure de conciliation ait abouti à un échec ?

¹³³⁹ À la lecture de l'art. 2243 du Code civil, la fin de non-recevoir anéantit l'effet interruptif de prescription de la demande initiale. Ainsi, le risque est que le droit d'agir soit prescrit.

¹³⁴⁰ N. DISSAUX, « Justice négociée v. Justice imposée : une conciliation douteuse », *JCP G.*, 2 févr. 2015, 115.

¹³⁴¹ *Ibid.*

les parties à respecter la loi du contrat et privilégie de manière équitable le droit au juge et le droit au règlement amiable.

Parallèlement à l'attention portée à la mise en œuvre des règlements amiables contractuellement prévus, le législateur français a institutionnalisé ces procédures.

B) L'institutionnalisation des règlements amiables préalables obligatoires

351. Évolutions législatives : d'une invitation à une obligation de tenter un règlement amiable. Les règlements amiables des différends ont été intégrés dans le corpus juridique français¹³⁴². Le phénomène de mondialisation des échanges et de migrations des modèles a conduit à la consécration, au sein des divers codes de procédures français, de règles précises pour la mise en œuvre des modes amiables¹³⁴³. Au fil des réformes, les règlements amiables des différends ont ainsi été institutionnalisés, c'est-à-dire que leur régime a été établi pour répondre à un besoin déterminé par la société¹³⁴⁴ : favoriser les règlements amiables et donner un nouvel accès à la justice. Cette institutionnalisation leur offre ainsi une véritable reconnaissance et inscrit dans le marbre cette autre voie pour accéder à la justice. Si ce droit à un règlement amiable n'est pas nouveau, il a été consacré dans le droit commun par le biais de réformes successives¹³⁴⁵.

La loi n° 95-125 du 8 février 1995¹³⁴⁶ et le décret n° 96-652 du 22 juillet 1996 ont tout d'abord introduit la médiation judiciaire dans le Code de procédure civile. Par la suite, l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 a transposé la directive n° 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008. Contenant certaines dispositions relatives à la médiation conventionnelle, elle sera complétée par le décret d'application n° 2012-66 du 20 janvier 2012. Les bases juridiques étaient alors posées. Or, malgré l'engouement pour les modes amiables de résolution des différends, les différents rapports commandés par Madame TAUBIRA attestent un bilan décevant¹³⁴⁷ : seulement 1% des affaires judiciaires sont résolues par la

¹³⁴² Cf. introduction.

¹³⁴³ Plus particulièrement la transposition de la Dir. « Médiation » du 21 mai 2008 (v. not. ord. n° 2011-1540 du 16 nov. 2011, préc.).

¹³⁴⁴ CNRTL, v° « Institution ».

¹³⁴⁵ Cf. introduction.

¹³⁴⁶ Modifiée par l'ord. n° 2011-1540 du 16 nov. 2011 qui transpose la dir. n° 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008.

¹³⁴⁷ V. not. Rapp. P. DELMAS-GOYON, « Le juge du XXI^e siècle » Un citoyen acteur, une équipe de justice, déc. 2013.

médiation¹³⁴⁸. Eu égard aux doutes émis quant à l'efficacité des règlements amiables, le Gouvernement a eu la volonté de favoriser leur recours par le biais d'incitations légales. Ainsi, le décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 a eu pour objectif d'obliger les parties et les professionnels du droit à envisager une solution amiable avant toute saisine du juge¹³⁴⁹. Il prévoit que les assignations et requêtes doivent préciser « les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige »¹³⁵⁰. Un premier pas est franchi « mais la seule conséquence envisagée est que, à défaut, le juge peut proposer aux parties... une conciliation ou une médiation »¹³⁵¹. Il s'agit alors d'une incitation à recourir aux règlements amiables, dont le non-respect n'est pas sanctionné¹³⁵². L'utilité de cette mesure se perçoit alors avec la réforme de 2016. La loi « Justice du XXI^e siècle »¹³⁵³ impose en effet de « favoriser les modes alternatifs de règlement des litiges en permettant au citoyen de régler son litige de manière négociée avant la saisine du juge et même une fois ce dernier saisi ». Si l'ambition du texte était de « favoriser » les règlements amiables, les mesures sont fortement incitatives et plus directives. L'article 4 de la loi affirme qu'« à peine d'irrecevabilité que le juge peut prononcer d'office, la saisine du tribunal d'instance par déclaration au greffe doit être précédée d'une tentative de conciliation menée par un conciliateur de justice ». La sanction du non-respect est ainsi consacrée : il s'agit d'une irrecevabilité de la demande. Certes, la règle ne concerne que la saisine du tribunal d'instance par déclaration au greffe¹³⁵⁴ et des exceptions sont prévues¹³⁵⁵ mais, pour la première fois, la tentative de conciliation est rendue obligatoire avant la saisine du juge. Ainsi, pour tous les litiges inférieurs à 4 000 euros, il ne sera possible de saisir le tribunal d'instance par

¹³⁴⁸ F. VERT, « La pratique de la médiation dans le domaine judiciaire », in *La médiation, expériences, évaluations et perspectives*, actes du colloque du 5 juill. 2018 organisé par la Mission de recherche Droit et Justice, p. 29.

¹³⁴⁹ V. not. C. BLERY et J.-P. TEBOUL, « Une nouvelle ère pour la procédure civile (suite et sans doute pas fin). À propos du décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 », *Gaz. Pal.*, 17-18 avr. 2015, p. 7, spéc. n^{os} 6 s.

¹³⁵⁰ Décr. n° 2015-282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile à la communication électronique et à la résolution amiable des différends, préc., art. 18 réformant CPC, art. 56.

¹³⁵¹ T. CLAY, « L'arbitrage, les modes alternatifs de règlement des différends et la transaction dans la loi "Justice du XXI^e siècle". – Loi. n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 », *JCP G.*, n° 48, 28 nov. 2016, doctr. 1295.

¹³⁵² Certains avocats ont qualifié ce décret, qui lui aussi se limite à imposer une pure formalité, d'inutile et improductif, allant jusqu'à utiliser l'expression « pétard mouillé » (A. MAZENQ, « Mention de la tentative de négociation dans l'assignation : un pétard mouillé ? », *Dalloz actualité*, 18 mars 2015). V. égal. D. RICHARD, « Obligation d'une résolution amiable des litiges (Art. 750-1 CPC) : la médiation une solution pertinente pour l'immobilier, la construction et l'urbanisme », *Horizons du droit*, n° 26, mai 2021, pp. 23-47 : « Il en résultait un contentieux procédural systémique assez stérile ».

¹³⁵³ L. n° 2016-1547 du 18 nov. 2016, préc.

¹³⁵⁴ La déclaration au greffe était une formule procédurale utilisée pour introduire l'instance devant le tribunal d'instance, à côté de l'assignation, lorsque le montant de la demande n'excédait pas 4 000 euros : v. CPC, art. 843 issu du décr. n° 2010-1165 du 1^{er} oct 2010 et abrogé par le décr. n° 2019-1333 du 11 déc. 2019.

¹³⁵⁵ « 1° Si l'une des parties au moins sollicite l'homologation d'un accord ; 2° Si les parties justifient d'autres diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable de leur litige ; 3° Si l'absence de recours à la conciliation est justifiée par un motif légitime » ; modifiées par l'ord. n° 2019-964 du 18 sept. 2019, art. 35 : v. L. n° 2016-1547 du 18 nov. 2016, préc., art. 4 modifié.

déclaration au greffe qu'après une tentative de conciliation¹³⁵⁶. De même, avec son article 7, elle poursuit et étend à onze tribunaux de grande instance¹³⁵⁷ l'expérimentation de tentative de médiation familiale¹³⁵⁸ préalable introduite par l'article 15 de la loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles¹³⁵⁹. Cette mesure impose aux parents une tentative de médiation avant de saisir à nouveau le juge aux affaires familiales pour modifier ou compléter les modalités de l'exercice de l'autorité parentale ou la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant¹³⁶⁰. La modernité a ainsi conduit le passage d'un préalable incité à un préalable imposé¹³⁶¹.

Cette obligation de recourir à un règlement amiable s'est renforcée avec la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice¹³⁶², précisée par le décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019¹³⁶³, et, plus récemment encore, avec la loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance et son décret d'application n° 2022-245 du 25 février 2022. Le domaine de l'obligation ainsi que les différents modes de résolution amiable admis comme préalable à la saisine du juge ont été élargis. L'article 750-1 du Code de procédure civile, qui est venu compléter et préciser l'article 4 modifié de la loi « Justice du XXI^e siècle »,

¹³⁵⁶ Précision faite que la réforme BELLOUBET du 23 mars 2019 et l'ensemble de ses décrets d'application ont fait disparaître le tribunal d'instance et le tribunal de grande instance, fusionnés en tribunal judiciaire et les actes introductifs d'instance autres que l'assignation et la requête depuis le 1^{er} janv. 2020.

¹³⁵⁷ L'arrêté du 16 mars 2017 désigne les onze tribunaux de grande instance qui doivent mettre en place la tentative de médiation préalable obligatoire : les TGI de Bayonne, Bordeaux, Cherbourg-en-Cotentin, Evry, Nantes, Nîmes, Montpellier, Pontoise, Rennes, Saint-Denis et Tours (JORF n° 0069 du 22 mars 2017, texte n° 32, art. 1^{er}).

¹³⁵⁸ La médiation familiale se distingue de la médiation ordinaire. Elle est définie comme « un processus de construction ou de reconstruction du lien familial axé sur l'autonomie et la responsabilité des personnes concernées par des situations de rupture ou de séparation dans lequel un tiers impartial, indépendant, qualifié et sans pouvoir de décision – le *médiateur familial* – favorise, à travers l'organisation d'entretiens confidentiels, leur communication, la gestion de leur conflit dans le domaine familial entendu dans sa diversité et dans son évolution », définition adoptée par le Conseil national consultatif de la médiation familiale en 2002 (v. site de la FENAMEF, Fédération Nationale de la Médiation et des Espaces Familiaux). – v. égal. N. FRICERO et a., *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, op. cit., n° 230.11, p. 275.

¹³⁵⁹ V. aussi le décr. n° 2010-1395 du 12 nov. 2010 relatif à la médiation et à l'activité judiciaire en matière familiale (JORF n° 0265 du 16 nov. 2010, texte n° 59) et l'arr. du 16 mai 2013 qui avait désigné Arras et Bordeaux comme juridictions habilitées à expérimenter certaines modalités de mise en œuvre de l'injonction de rencontrer un médiateur familial (JORF n° 0124 du 31 mai 2013, texte n° 2).

¹³⁶⁰ Pour des précisions concernant la médiation familiale, v. N. FRICERO et a., *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, op. cit., pp. 274 s.

¹³⁶¹ La tendance à la médiation obligatoire n'est cependant pas propre à la France. De nombreux États, tels que la Russie, le Royaume-Uni, la Belgique, la Suisse ou encore l'Italie, y ont également succombé : v. F. FERRAND, « Tendances et mutations en procédure civile comparée », *JCP G.*, suppl. au n° 14, 8 avr. 2019, in *L'avenir du procès civil. 2^{ème} séminaire de droit processuel du 21 févr. 2019*, p. 12.

¹³⁶² L. n° 2019-222, 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, préc.

¹³⁶³ Décr. n° 2019-1333, 11 déc. 2019 réformant la procédure civile, préc. – V. M.-P. MOURRE-SCHREIBER, « Réforme de la procédure civile : simplification des modes de saisine, *Dalloz actualité*, 18 déc. 2019 ; C. BLERY, « Réforme de la procédure civile : prise de date d'audience devant le tribunal judiciaire », *Dalloz actualité*, 24 déc. 2019 ; *ID*, « Nouveaux modes d'introduction de la procédure de communication par voie électronique », *D. avocat* 2020. 25 ; D. D'AMBRA, in S. GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne et européen*, Dalloz Action, 10^e éd., 2021/2022, n^{os} 436, pp. 31 s.

a prévu qu'« à peine d'irrecevabilité que le juge peut prononcer d'office, la demande en justice doit être précédée, au choix des parties, d'une tentative de conciliation menée par un conciliateur de justice, d'une tentative de médiation ou d'une tentative de procédure participative, lorsqu'elle tend au paiement d'une somme n'excédant pas 5 000 euros ou lorsqu'elle est relative à l'une des actions mentionnées aux articles R. 211-3-4 et R. 211-3-8 du code de l'organisation judiciaire ou à un trouble anormal de voisinage »¹³⁶⁴. Le recours à un mode amiable de résolution des différends préalablement à la saisine du juge est ainsi exigé pour un plus grand nombre de litiges, à savoir les demandes qui tendent au paiement d'une somme de 5 000 euros et les conflits de voisinage. À propos de ces derniers, sont concernés : les actions en bornage ; les actions relatives à la distance prescrite par la loi, les règlements particuliers et l'usage des lieux pour les plantations ou l'élagage d'arbres ou de haies ; les actions relatives aux constructions et travaux mentionnés à l'article 674 du code civil ; les actions relatives au curage des fossés et canaux servant à l'irrigation des propriétés ou au mouvement des usines et moulins ; les contestations relatives à l'établissement et à l'exercice des servitudes instituées par les articles L. 152-14 à L. 152-23 du Code rural et de la pêche maritime, 640 et 641 du Code civil ainsi qu'aux indemnités dues à raison de ces servitudes ; les contestations relatives aux servitudes établies au profit des associations syndicales prévues par l'ordonnance n° 2004-632 du 1er juillet 2004 relative aux associations syndicales de propriétaires¹³⁶⁵. Si les deux textes cités au sein de l'article 750-1 témoignent d'enjeux généralement limités, le décret du 25 février 2022 a ainsi étendu sensiblement le domaine de l'obligation de tenter un règlement amiable. En effet, le « trouble de voisinage » ne fait l'objet d'aucune définition légale. Il s'agit d'une notion purement jurisprudentielle dont l'identification est ainsi assez incertaine¹³⁶⁶.

Outre l'extension du domaine des préalables de l'amiable, les sanctions ont également été renforcées dès 2019. Il est prévu, d'une part, l'irrecevabilité de l'action en cas de non-respect de l'obligation de tenter de trouver une solution amiable. D'autre part, le nouvel article 54 du Code de procédure civile¹³⁶⁷ prescrit à peine de nullité la mention précisant les diligences entreprises en vue d'une résolution amiable du litige dans le cadre du préalable obligatoire à l'amiable ou la justification de la dispense d'une telle tentative. L'obligation formelle a alors

¹³⁶⁴ Créé par décr. n° 2019-1333 du 11 déc. 2019, art. 4 ; modifié par décr. n° 2022-245 du 25 févr. 2022, préc., art. 1.

¹³⁶⁵ À noter que ces différents litiges relèvent de la compétence des Chambres de proximité, conformément à l'article D. 212-19-1 du Code de l'organisation judiciaire.

¹³⁶⁶ L. MAYER, « Les aspects du décret n° 2022-245 du 25 février 2022 relatifs aux modes amiables de résolution des différends », *Gaz. Pal.*, 2022, n° 14, p. 60.

¹³⁶⁷ Modifié par le décr. n° 2020-1452 du 27 nov. 2020 portant diverses dispositions relatives notamment à la procédure civile et à la procédure d'indemnisation des victimes d'actes de terrorisme et d'autres infractions, JORF n° 0288 du 28 nov. 2020, texte n° 14, art. 1.

changé de nature¹³⁶⁸. Depuis le 1^{er} janvier 2020, la mention prévue par le décret du 11 mars 2015 est désormais prescrite à peine de nullité, mais ne concerne plus que les domaines dans lesquels la demande initiale doit être précédée d'une tentative de règlement amiable¹³⁶⁹.

352. La généralisation de l'obligation préalable de recourir à un règlement amiable. Plus encore, il est important de souligner que le positionnement de l'article 750-1 du Code de procédure civile, au début des dispositions communes au tribunal judiciaire, démontre la volonté sous-jacente d'ériger le recours préalable à un mode amiable de résolution des différends en principe¹³⁷⁰. La généralisation de ces préalables amiables procède de l'idée que le recours au juge ne devrait être qu'un dernier recours, lorsqu'un règlement amiable n'est pas possible. Aussi, le rapport « Amélioration et simplification de la procédure civile » reconnaissait « séduisante l'instauration de l'obligation préalable de recours à un mode amiable de règlement des litiges avant toute saisine du juge civil »¹³⁷¹. Pour autant, cette généralisation d'un préalable obligatoire de conciliation ou de médiation suscite des réserves¹³⁷². Madame le professeur Corinne BLERY affirme notamment que le développement des modes amiables est « un cache-misère de la pauvreté des moyens de la justice traditionnelle et qu'«en outre, il est loin d'être la panacée. D'une part, parce qu'on ne fait pas s'entendre des personnes qui ne le souhaitent pas, d'autre part, parce qu'il est source lui-même de contentieux !» »¹³⁷³.

353. Obligation préalable de tenter un règlement amiable et imprécision de ses exceptions. La première réserve, d'ordre processuel, se distingue au titre de la protection du droit d'accès au juge. En tant que droit fondamentalement protégé, il ne doit pas être atteint dans sa substance¹³⁷⁴. Aussi, l'obligation de tenter un règlement amiable avant la saisine du juge connaît des exceptions. Les parties sont en effet dispensées de cette obligation lorsque

¹³⁶⁸ Eu égard à l'exigence posée par le décr. 2015-282 du 11 mars 2015, préc. – v. not. C. BLERY, « Où l'amiable devient l'objet du contentieux... », *Dalloz actualité*, 10 mai 2021.

¹³⁶⁹ Il est à noter que le décr. n° 2020-1452 du 27 nov. 2020 (préc.) a modifié l'art. 127 du CPC (art. 1). Ce dernier dispose désormais que « hors les cas prévus à l'article 750-1, le juge peut proposer aux parties qui ne justifieraient pas de diligences entreprises pour parvenir à une résolution amiable du litige une mesure de conciliation ou de médiation » (version en vigueur depuis le 1^{er} janv. 2021, conformément à l'art. 12 du décr. n° 2020-1452 du 27 nov. 2020).

¹³⁷⁰ G. MAUGAIN, « Réforme de la procédure civile : cas de recours préalable obligatoire aux modes de résolution amiable des différends », *Dalloz actualité*, 16 déc. 2019 ; S. AMRANI-MEKKI, « Nouvelles réformes de procédure civile. Vous avez dit simplification ? », *JCP G* 2020, 75.

¹³⁷¹ F. AGOSTINI et N. MOLFESSIS, Chantiers de la justice. *Amélioration et simplification de la procédure civile : ministère de la justice*, 2018, p. 25. – V. not. JCP G 2018, act. 237, Aperçu rapide J. THERON.

¹³⁷² Réserves auxquelles est sensible le groupe de travail *Amélioration et simplification de la procédure civile (ibid*, p. 25).

¹³⁷³ C. BLERY, « Où l'amiable devient l'objet du contentieux... », *Dalloz actualité*, 10 mai 2021, ss. Cass., Civ. 2^e, 15 avr. 2021, n° 20-14.106, P.

¹³⁷⁴ V. *supra* n°s 300 s.

l'une des parties au moins sollicite l'homologation d'un accord¹³⁷⁵ ; lorsque l'exercice d'un recours préalable est d'ores et déjà imposé auprès de l'auteur de la décision¹³⁷⁶ ; lorsque le créancier a vainement engagé une procédure simplifiée de recouvrement de petites créances¹³⁷⁷ ; et lorsque l'un des modes de résolution amiable mentionnés au premier alinéa de l'article 750-1 (tentative de conciliation menée par un conciliateur de justice, tentative de médiation ou tentative de procédure participative) n'a pas été mobilisé en raison d'un « motif légitime ». Ce motif légitime est assimilé à « l'urgence manifeste », aux « circonstances de l'espèce rendant impossible une telle tentative ou nécessitant qu'une décision soit rendue non contradictoirement » ou à « l'indisponibilité de conciliateurs de justice entraînant l'organisation de la première réunion de conciliation dans un délai manifestement excessif au regard de la nature et des enjeux du litige »¹³⁷⁸.

354. Dans les motifs et le dispositif de sa décision n° 2019-778 DC du 21 mars 2019, qui a validé l'article 3 de la loi de programmation et de réforme pour la justice¹³⁷⁹, le Conseil constitutionnel avait cependant déclaré qu'il appartiendrait au pouvoir réglementaire « de définir la notion de “motif légitime” et de préciser le “délai raisonnable” d'indisponibilité du conciliateur de justice à partir duquel le justiciable est recevable à saisir la juridiction, notamment dans le cas où le litige présente un caractère urgent »¹³⁸⁰. Alors que les réserves d'interprétation n'ont pas été prises en compte par le pouvoir réglementaire, le manque de précision des dispositions du 3° de l'article 750-1 du Code de procédure civile a été sanctionné par le Conseil d'État dans sa décision du 22 septembre 2022¹³⁸¹. Les juges reconnaissent que cette indétermination est de nature à porter atteinte au droit d'exercer un recours effectif devant une juridiction, garanti par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. En effet, l'imprécision des modalités selon lesquelles l'indisponibilité du conciliateur doit être regardée comme établie a pour risque de retarder la saisine du juge et crée une incertitude pour

¹³⁷⁵ CPC, 750-1, al. 2, 1°. Avec cette exception, il s'agit de rester dans la même cohérence d'ensemble : la résolution amiable est promue.

¹³⁷⁶ CPC, 750-1, al. 2, 2° et 4°.

¹³⁷⁷ CPC, art. 750-1, al. 5° – exception insérée par le décr. n° 2022-245 du 25 févr. 2022, art. 1.

¹³⁷⁸ CPC, 750-1, al. 2, 3°.

¹³⁷⁹ L. n° 2019-222 du 23 mars 2019, préc., art. 3, visant à développer les modes amiables de règlement des différends, en subordonnant à une tentative de médiation ou de conciliation préalable la recevabilité de certaines demandes en matière civile. À cet égard, le Conseil a en effet jugé que « le législateur, qui a entendu réduire le nombre de litiges soumis au juge, a poursuivi l'objectif de valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice » (Cons. const., déc. n° 2019-778 DC du 21 mars 2012, Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, § 22).

¹³⁸⁰ Cons. const., déc. n° 2019-778 DC du 21 mars 2012, préc., § 20.

¹³⁸¹ CE, 6^e et 5^e ch. réunies, 22 sept. 2022, n°s 436939 et 437002, §§ 35 s. – Cf. introduction.

les justiciables. L'annulation de l'article 750-1 du Code de procédure civile a alors été prononcée.

355. La question d'actualité concerne alors la survivance de cette obligation d'une tentative amiable avant la saisine du juge. Pourtant, à la lecture de la motivation de la décision du Conseil d'État, il y a tout lieu de penser que le principe de l'obligation sera maintenu, et qu'il sera question d'apporter des précisions à l'exception litigieuse¹³⁸². En effet, les juges défendent tout d'abord la clarté et l'intelligibilité du champ d'application de l'obligation de mise en œuvre d'une tentative préalable de règlement du litige¹³⁸³. Ils reconnaissent également que cet article n'instaure pas de différence de traitement entre les justiciables¹³⁸⁴, et ne méconnaît pas la liberté contractuelle¹³⁸⁵. En outre, l'annulation, qui implique en principe un effet rétroactif, fait l'objet d'une dérogation. « Eu égard aux conséquences manifestement excessives sur le fonctionnement du service public de la justice qui résulteraient de l'annulation rétroactive de l'article 750-1 du Code de procédure civile », le Conseil d'État décide que les effets produits par celui-ci, dans sa rédaction issue de l'article 4 du décret attaqué, avant son annulation et par les procédures et décisions affectées sont définitifs¹³⁸⁶.

Malgré la faible portée de cette annulation¹³⁸⁷, force est d'admettre que cette décision pourrait être l'élément déclencheur permettant de reconsidérer cette obligation, notamment en raison du paradoxe à associer l'amiable et l'obligatoire.

356. La paradoxale association entre l'amiable et l'obligatoire. La question est de savoir si l'on peut imposer, non un accord aux parties, mais ne serait-ce qu'une tentative de règlement du différend à l'amiable. La nature des modes amiables fait naître le doute à ce sujet. Cette nature *amiable* met en évidence le principe de l'autonomie de la volonté et une grande responsabilisation des parties qui participent à la résolution de leur différend. Ainsi, elle apparaît même contraire à l'obligation de recourir à une tentative de règlement amiable préalable. Quel serait l'intérêt d'imposer à des adversaires de dialoguer et de tenter de s'accorder alors qu'ils n'ont pas la volonté de communiquer et de se rapprocher ? Comment

¹³⁸² À noter que devant les juridictions administratives, l'autorité de la chose jugée s'attache au dispositif ainsi qu'aux motifs qui en constituent le soutien nécessaire : CE, 9 juin 1989, n° 54635, Lebon.

¹³⁸³ CE, déc. préc., § 38 : « les dispositions du premier alinéa de l'article 750-1 du code de procédure civile définissent, de façon claire et suffisamment précise, le champ d'application de l'obligation de mise en œuvre d'une tentative préalable de règlement du litige. De même, (...) le critère du montant de la demande est pertinent pour définir ce champ d'application, et découle au demeurant de la loi elle-même ».

¹³⁸⁴ § 39.

¹³⁸⁵ §§ 40 et 41.

¹³⁸⁶ § 69.

¹³⁸⁷ D'une part, elle n'est pas rétroactive et ne vaut donc que pour le futur. D'autre part, elle n'atteint pas l'art. 4 de la loi du 18 nov. 2016, dite « Justice du XXI^e siècle ».

aboutir à un accord alors que les parties n'œuvrent pas en ce sens ? Compte tenu de cette contradiction, certains n'hésitent pas à énoncer qu'« il y a quelque chose de monstrueux à vouloir unir l'amiable et l'obligatoire »¹³⁸⁸. Néanmoins, bien que Monsieur le professeur Nicolas CAYROL affirme que la « contradiction entre l'amiable et l'obligatoire est indépassable » et qu'elle « entache les préalables obligatoires de conciliation d'un vice originel », il ne désespère pas de leur intérêt et considère que la difficulté est terminologique. Selon l'auteur, il ne faut pas raisonner en termes d'obligation mais de *charge*¹³⁸⁹.

357. La charge de la tentative de règlement amiable préalable. Le *Vocabulaire* Cornu définit une charge comme une « nécessité »¹³⁹⁰ imposée par la loi ou par le contrat¹³⁹¹ au plaideur dans la mise en œuvre de ses prétentions ; la charge « se distingue de l'obligation en ce que son non-accomplissement constitue non un fait illicite, mais un fait dommageable que sa propre carence inflige, comme une sorte d'autosanction, à celui qui ne l'assume pas ». La charge de la tentative de règlement amiable préalable s'apparente ainsi à la nécessité, pour le plaideur, de tenter de résoudre son différend à l'amiable préalablement à la saisine du juge. Dans le cas où le plaideur ne s'exécuterait pas, l'autosanction n'est autre que la déchéance du droit au juge. Le non-respect du préalable amiable entraîne la perte légale du droit au juge pour ne pas avoir rempli la charge y attendant.

Cette vision exposée par Monsieur le professeur CAYROL met en exergue l'importance du rôle joué par le justiciable. Elle le responsabilise. En effet, le lien indéfectible entre le judiciaire et l'amiable ne résulterait plus de la loi mais de l'attitude du demandeur. Le justiciable agit pour lui à double titre : il tente de résoudre son différend à l'amiable (avec tous les avantages que cela représente) et se donne alors le droit de saisir le juge *a posteriori*. Cette approche tend à justifier et à faire accepter le préalable obligatoire de recourir à un règlement amiable. Ainsi présentée, la tentative amiable obligatoire témoigne de ses bienfaits. Pour autant, quel serait l'avantage d'un individu à s'engager dans un règlement amiable alors que les torts sont entièrement à l'autre partie ? Le développement des modes amiables préalables obligatoires coïncide avec la diffusion de la préoccupation relative à l'efficacité des institutions. Il peut alors être considéré qu'elle promet la managérialisation de la justice, au détriment des intérêts des justiciables. En effet, la politique française des modes amiables de résolution des

¹³⁸⁸ N. CAYROL, « Observations sur l'amélioration et la simplification de la procédure civile », *JCP G*, suppl. au n° 13, 26 mars 2018, p. 41.

¹³⁸⁹ *Ibid.*

¹³⁹⁰ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° « Charge ».

¹³⁹¹ Qui est la loi des parties : *Cf.* C. civ., art. 1103.

différends a été régulièrement dictée par l'impératif de détourner le justiciable de la voie judiciaire dans le seul but de servir une politique de gestion des flux et d'économie processuelle. Or, l'enjeu est bien de provoquer un changement de culture.

358. Pour un changement de culture et la consécration d'un droit à un règlement amiable. En raison d'une culture française encore très attachée au juge, « souvent les parties considèrent les modes amiables de règlement des litiges comme une contrainte, un passage obligé leur permettant d'accéder au juge dans un second temps »¹³⁹². Pourtant, le cadre légal créé donne une large autonomie au justiciable dans le choix de la résolution de son différend. Cette charge du préalable amiable a pour objectif de promouvoir les règlements amiables encore trop peu envisagés par les parties et leurs avocats. Le législateur semble alors avoir fait le choix d'imposer cette tentative en vue d'une effectivité des processus amiables. Or, le retour d'expérience sur la mise en œuvre du préalable obligatoire de conciliation et de médiation imposé par l'article 750-1 du Code de procédure civile est limité et ne permet pas de cerner l'opportunité et l'utilité de cette charge. Aucune évaluation des répercussions de cet article sur le nombre de saisines des conciliateurs de justice et le nombre d'affaires conciliées en totalité n'a pu être réalisée par le groupe de travail sur la simplification de la justice civile, « faute de données statistiques fiables »¹³⁹³. Dès lors, à la place d'une contrainte à fort potentiel contreproductif¹³⁹⁴, il serait plus utile de penser de véritables changements culturels et le développement de nouvelles pratiques. À cet égard, il pourrait être envisagé d'obliger les justiciables non pas à tenter un règlement amiable, mais à *considérer* une tentative de règlement amiable¹³⁹⁵. Les personnes devraient examiner attentivement les possibilités de résoudre leurs différends par un processus amiable (médiation, conciliation, procédure participative) avant de saisir le juge. Après discussions et rencontre avec un conseiller, qui pourrait être un médiateur ou un conciliateur, elles seraient en mesure de choisir l'offre de justice la plus adaptée à la résolution de leur différend. L'obligation changerait alors de nature. Il ne s'agirait plus de s'investir dans un processus amiable sous contrainte, mais de s'informer et de réfléchir à la possibilité de tenter un règlement amiable. Les délais pour rencontrer ce conseiller seraient alors

¹³⁹² V. LASSERRE, Rapp. groupe de travail, « La promotion et l'encadrement des modes amiables de règlement des différends », Le Mans Université, mars 2021, p. 21.

¹³⁹³ Groupe thématique *Simplification de la justice civile*, rapp. remis au comité des États généraux de la justice le 1^{er} févr. 2022, (Annexe 12 - Rapp. du groupe de travail sur la simplification de la justice civile), p. 69.

¹³⁹⁴ V. *supra* n^{os} 351 s.

¹³⁹⁵ Obligation prévue depuis le 1^{er} janv. 2016 au Québec, v. C-25.01, Cpc., art. 1^{er}.

réduits, et cela répondrait à la volonté de créer un véritable service public de la justice amiable¹³⁹⁶.

359. Néanmoins, quel que soit le devenir de cette obligation de tentative préalable et obligatoire de conciliation ou de médiation, il est indéniable que l'institutionnalisation de ces procédures amiables dans le droit positif français tend à la reconnaissance d'un véritable droit à la résolution amiable des différends. Les justiciables disposent en effet d'un droit à la mise en œuvre des modes amiables, qui promeut la liberté individuelle. Les parties ont le pouvoir de construire ensemble une solution sur-mesure et mutuellement satisfaisante mettant fin à leur différend dans le cadre organisé et sécurisé de la procédure amiable ; pouvoir auquel elles ont droit.

Conclusion du Chapitre 1

360. Affirmation d'un droit au règlement amiable. Ainsi que souligné au sein de l'ouvrage collectif *Droit processuel*, dirigé par Monsieur le professeur Serge GUINCHARD, le droit au règlement amiable n'est plus « une expression de prospective juridique »¹³⁹⁷. Au regard de l'institutionnalisation des règlements amiables et de leur introduction au sein du droit processuel, le recours au règlement amiable des différends a acquis le statut de droit. Indépendamment de la garantie fondamentale du droit d'accès au juge, le nouveau droit processuel assure également le respect du droit d'accès à la justice amiable. Les justiciables disposent ainsi d'un éventail de droits élargi afin d'obtenir justice. Or, si la Cour européenne considère que le droit d'accès au juge comprend tant le droit d'engager une action que le droit d'obtenir une solution juridictionnelle du litige¹³⁹⁸, le droit d'accès à la justice amiable implique le droit à l'exécution d'un accord amiable.

¹³⁹⁶ V. *supra* n° 327.

¹³⁹⁷ S. GUINCHARD et a., *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, *op. cit.*, n° 809, p. 1481 : lors de la première édition de l'ouvrage, écrite au cours de l'année 2000, le droit au règlement amiable était envisagé comme une hypothèse. Aujourd'hui, le droit au règlement amiable est admis.

¹³⁹⁸ CEDH [GC], 29 nov. 2016, *Paroisse gréco-catholique Lupeni et autres c. Roumanie*, req. n° 76943/11, § 86 ; CEDH, 19 mai 2015, *Fălie c. Roumanie*, req. n° 23257/04, §§ 22 et 24 ; CEDH, 1^{er} mars 2002, *Kutić c. Croatie*, req. n° 48778/99, § 25.

CHAPITRE 2 : DROIT A L'EXECUTION D'UNE DECISION DE JUSTICE ET DROIT A L'EXECUTION D'UN ACCORD AMIABLE

361. Exécution et efficacité. L'efficacité d'une décision de justice se perçoit à l'aune du droit à l'exécution de celle-ci. En effet, que vaudrait une décision qui ne produirait aucun effet ? Il en est de même des règlements amiables. Un règlement amiable est efficace s'il éteint définitivement le différend qui en est l'origine et, par conséquent, s'il peut être mis à exécution. L'issue du règlement amiable nécessite ainsi une analyse précise. De plus, si celle-ci aboutit à un accord, il est essentiel d'en garantir la pleine l'efficacité afin de résoudre la discorde pour le présent et pour l'avenir. Ainsi, tant au regard du principe de sécurité juridique inhérent à notre droit processuel, qu'au droit à l'exécution des décisions de justice, ne peut-on pas admettre un droit à l'exécution des accords amiables ?

En raison de l'institutionnalisation des règlements amiables par le législateur contemporain et de l'intégration de ces derniers au sein du droit processuel, l'accord établi entre les parties à l'issue du processus apparaît comme un substitut du jugement. Il est alors nécessaire de lui accorder la même efficacité. Cependant, à la différence des décisions de justice, la nature juridique de l'accord amiable pose quelques difficultés (Section 1). En effet, l'accord issu d'un règlement amiable possède une nature hybride. Outre ses caractéristiques processuelles, il est considéré comme un contrat ; ce qui témoigne de sa nature contractuelle. De ce fait, sa validité peut être contestée par les voies de nullité. Pour autant, le droit positif limite ces causes d'annulation et renforce ses effets processuels afin d'assurer l'efficacité de ces règlements des différends. L'issue positive du règlement amiable est dès lors largement considérée par le législateur qui privilégie la réussite consensuelle, à tel point qu'un droit à l'exécution des règlements amiables peut être reconnu (Section 2).

Section 1 : Issue du règlement amiable et difficultés tenant à sa nature hybride

362. Effets de l'accord amiable. Les avantages des processus amiables de résolution des différends ne sont plus à présenter. En effet, la procédure implique une participation des parties, elle est rapide et consacre du « sur-mesure ». Toutefois, l'issue de celle-ci interroge.

Quid des effets de l'accord obtenu entre les parties ? Alors que les règlements amiables ont pour objectif de résoudre un différend tout en évitant la saisine du juge, disposent-ils des mêmes effets qu'un jugement, à savoir son effet extinctif ? *A contrario*, s'il s'agit d'un contrat, l'accord revêt-il les effets d'un accord de volonté ? La nature hybride de l'accord amiable crée la confusion. Dès lors, avant de s'intéresser aux conséquences liées à la nature contractuelle de l'accord amiable (§2) et à l'effet extinctif lié à sa nature processuelle (§3), il est nécessaire de s'interroger précisément sur l'issue du règlement et donc, sur l'accord conclu (§1).

Paragraphe 1 : Issue du règlement amiable et accord conclu

363. Résultat du processus amiable. Malgré les efforts fournis, il se peut que les négociations n'aboutissent pas et qu'il n'y ait pas d'accord total relativement au différend en cause. Dans le cadre d'une médiation ou d'une conciliation judiciaire, l'instance continue devant la juridiction saisie, selon la procédure applicable à la demande initiale. Le juge doit alors statuer sur le litige résiduel persistant, ou sur la totalité du litige non concilié. Lorsqu'il s'agit d'une tentative de règlement amiable conventionnel, l'une des parties peut saisir le juge compétent pour obtenir une décision juridictionnelle conformément à la procédure ordinaire¹³⁹⁹. Bien heureusement, dans d'autres cas, les processus amiables démontrent leurs bienfaits et parviennent à l'objectif qui leur est attribué, à savoir rétablir la paix sociale par le biais de la conclusion d'un accord¹⁴⁰⁰. Or, quelle forme (A) et quelle nature juridique (B) revêt-il ?

A) La forme juridique de l'accord

364. Formalismes divers. Pour les différents modes amiables de résolution des différends, l'accord conventionnel qui en ressort¹⁴⁰¹ peut être rédigé sous diverses formes. Tout d'abord, il peut conserver sa forme purement conventionnelle, sans rédaction d'un écrit¹⁴⁰².

¹³⁹⁹ La convention de procédure participative assistée par avocat prévoit cependant une passerelle pour saisir le juge compétent : CPC, art. 1558 s.

¹⁴⁰⁰ Pour une observation des données relatives à la réussite des règlements amiables, v. not. le baromètre de la médiation publié chaque année par le Centre de médiation et d'arbitrage de Paris. Pour l'année 2019, le taux d'accord atteint les 62% : <https://www.cmap.fr/le-cmap/les-statistiques-du-cmap/>.

¹⁴⁰¹ Comme les accords issus d'une médiation ou d'une conciliation conventionnelle.

¹⁴⁰² L'accord existe par lui-même et produit des effets juridiques dès l'échange des consentements des parties. L'échange verbal engage les parties, sans avoir besoin d'être constaté dans un écrit : T. com. Châlons-sur-Marne, 1^{er} juin 1978, *Gaz. Pal.* 1978. 2. 555, note DUCHEIX ; *RTD civ.* 1979. 198, note PERROT.

Lorsque les parties souhaitent ménager la preuve de leur accord, un constat d'accord peut également être dressé¹⁴⁰³. L'accord est alors contenu dans un acte sous signature privée, selon les règles prévues aux articles 1372 et suivants du Code civil¹⁴⁰⁴. Afin d'améliorer la force probante de l'acte et de limiter les contestations ultérieures, les avocats peuvent également intervenir pour la rédaction de l'accord. Ils ont la possibilité de contresigner l'acte sous signature privée conformément aux dispositions de l'article 1374 du Code civil et de l'article 66-3-1 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971¹⁴⁰⁵. Cette contresignature préserve l'acte puisque la partie qui conteste sa signature ou son écriture devra intenter une procédure de faux, contrairement aux prévisions de l'article 1373 du Code civil. D'autre part, les avocats attestent avoir pleinement éclairé la ou les parties qu'ils conseillent relativement aux conséquences de l'acte en question. En outre, les actes contresignés sont d'autant plus protégés qu'ils sont archivés sur une plateforme sécurisée¹⁴⁰⁶, ce qui permet aux parties de conserver la preuve de leur accord. Enfin, cet acte peut être rédigé devant notaire. Dans ce cas, il constitue un acte authentique¹⁴⁰⁷ exécutoire¹⁴⁰⁸. Exception faite de ce dernier, les autres formes relèvent du droit des contrats et n'ont dès lors pas force exécutoire. De ce fait, l'accord peut être soumis, aux fins de le rendre exécutoire, à l'homologation du juge compétent pour connaître du contentieux dans la matière considérée¹⁴⁰⁹.

Néanmoins, l'article 44 de la loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire a ajouté un nouveau titre exécutoire à la liste figurant à l'article L. 111-3 du Code des procédures civiles d'exécution¹⁴¹⁰. Il a en effet reconnu la possibilité de faire apposer la formule exécutoire sur un accord issu d'une médiation, d'une conciliation ou d'une procédure participative qui prendrait la forme d'un acte contresigné par les avocats de toutes

¹⁴⁰³ En vertu de l'art. 1540 du CPC, il est possible de dresser un constat à distance.

¹⁴⁰⁴ Lorsqu'il constate un contrat synallagmatique, il doit être rédigé « en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct » (C. civ., art. 1375). Pour avoir date certaine à l'égard des tiers, l'accord doit être enregistré (C. civ., art. 1377 : à moins que sa substance ne soit constatée dans un acte authentique).

¹⁴⁰⁵ L. n° 71-1130 du 31 déc. 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, JORF du 5 janv. 1972.

¹⁴⁰⁶ V. sur le site Conseil national des Barreaux : cnb.avocat.fr.

¹⁴⁰⁷ C. civ., art. 1371.

¹⁴⁰⁸ L. du 25 ventôse an XI, art. 19.

¹⁴⁰⁹ CPC, art. 1565.

¹⁴¹⁰ L'art. L. 111-3 du Code des procédures civiles d'exécution est ainsi complété : « Seuls constituent des titres exécutoires : (...) 7° Les transactions et les actes constatant un accord issu d'une médiation, d'une conciliation ou d'une procédure participative, lorsqu'ils sont contresignés par les avocats de chacune des parties et revêtus de la formule exécutoire par le greffé de la juridiction compétente ».

les parties¹⁴¹¹. Le décret n° 2022-245 a institué la procédure applicable à l'apposition de la formule exécutoire par le greffe dans les hypothèses ainsi prévues par la loi¹⁴¹². L'intérêt majeur réside dans le fait que l'acte pourra obtenir la formule exécutoire par une simple demande au greffe de la juridiction du domicile de demandeur matériellement compétente pour connaître du contentieux de la matière dont relève l'accord. Une portée d'autant plus grande est ainsi attribuée à la contresignature des avocats. Il est cependant à noter que toute personne intéressée peut former une demande aux fins de suppression de la formule exécutoire devant la juridiction dont le greffe a apposé cette formule¹⁴¹³.

365. Lorsqu'il s'agit d'une conciliation judiciaire, l'accord des parties peut prendre la forme d'un procès-verbal de conciliation¹⁴¹⁴ ou d'une décision d'homologation¹⁴¹⁵. L'article 130 du Code de procédure civile précise en effet que « la teneur de l'accord, même partiel, est consignée, selon le cas, dans un procès-verbal signé par les parties et le juge ou dans un constat signé par les parties et le conciliateur de justice ». L'article 131 précise, quant à lui, que « des extraits du procès-verbal dressé par le juge peuvent être délivrés [et qu'ils] valent titre exécutoire ». Enfin dans son second alinéa, il indique la possibilité d'homologuer l'accord.

¹⁴¹¹ À noter que le régime propre à ces accords est également applicable aux transactions (CPC, art. 1571). – Se pose cependant la question concernant le protocole élaboré dans le cadre du droit collaboratif. En effet, les avocats rédigent ce protocole sur la base des solutions communes que le processus a permis de dégager. Alors que l'accord peut être soumis à l'homologation du juge si nécessaire, il s'agit bien d'un acte contresigné par avocats. Pourtant, il n'est pas pour l'heure visé par les dispositions évoquées.

¹⁴¹² Quatre nouveaux articles sont créés dans le Code de procédure civile (art. 1568 et s.) sous une section 2 intitulée « De l'apposition de la formule exécutoire par le greffe » (Décr. n° 2022-245 du 25 févr. 2022, art. 1^{er}, 21^o, c). – Pour précision, v. L. MAYER, « Les aspects du décret n° 2022-245 du 25 février 2022 relatifs aux modes amiables de résolution des différends », art. préc., spéc. n° 19 ; R. CARAYOL, « Décret du 25 février 2022 favorisant le recours à la médiation : présentation et premières analyses », *Gaz. Pal.*, n° 10, p. 18, spéc. V.

¹⁴¹³ CPC, art. 1570.

¹⁴¹⁴ Égal. envisagé sous le terme de jugement de donné acte (ou de donner acte). Le jugement de donné acte et le procès-verbal de conciliation « sont deux formes de constatation de la conciliation des parties qui ont en commun d'être l'œuvre du juge, et ont entre elles une grande similitude » (M. DOUCHY-LOUDOT et J. JOLY-HURARD, « Médiation et conciliation », *rép. Proc. Civ.*, mars 2013, spéc. n° 141). Le jugement de donné acte est présenté par les auteurs comme une notion juridique qui englobe, notamment, le procès-verbal de conciliation. Ce dernier est défini précisément comme tout « 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 » (G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, v° « Jugement de donner acte » ; *adde ibid.*, v° « Donné acte »).

¹⁴¹⁵ CPC, art. 131, al. 2.

Quant à l'accord issu d'une médiation judiciaire, l'article 131-12 du Code de procédure civile précise qu'il peut être soumis à l'homologation du juge¹⁴¹⁶ ; ainsi obtiendra-t-il la force exécutoire.

366. Évolution quant à l'acquisition de la force exécutoire. Dès lors, une évolution est à constater. Antérieurement à la loi sur la confiance en l'institution judiciaire, l'accord amiable obtenait force exécutoire dans deux cas. Il l'obtenait tout d'abord lorsque le constat d'accord était consigné directement dans un procès-verbal par le juge lui-même. Ce procès-verbal de conciliation a la nature d'un acte authentique¹⁴¹⁷ et il bénéficie automatiquement de la force exécutoire¹⁴¹⁸. Ensuite, l'accord pouvait obtenir la force exécutoire lorsque le juge homologuait l'accord conclu. Force est alors de constater que la force exécutoire ne pouvait être acquise que par l'intervention du juge. L'accord conventionnel obtenu était ainsi judiciarisé pour obtenir la force exécutoire. Désormais, il existe une nouvelle procédure d'obtention de la formule exécutoire par le greffe. L'accord issu d'un processus amiable peut revêtir la force exécutoire sans intervention du juge.

B) La nature juridique de l'accord

367. L'accord amiable, un contrat. Comme évoqué précédemment, dans le cadre d'un règlement amiable, un constat d'accord, signé entre les parties et le tiers, peut être établi. Un exemplaire de celui-ci est ensuite remis à chaque intéressé. Ce constat d'accord a la nature d'un contrat. Il s'agit, en effet d'un « accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations »¹⁴¹⁹. Il dispose de la force obligatoire prévue à l'article 1103 du Code civil. Cependant, pour obtenir la force exécutoire, le constat doit être homologué par le juge compétent ou, depuis la récente loi n° 2021-1729, contresigné

¹⁴¹⁶ La nouvelle version de l'art. 131-12 du CPC résout une difficulté pratique que les médiateurs rencontraient jusqu'alors. L'ancienne rédaction prévoyait en effet que les parties pouvaient soumettre à l'homologation du juge « le constat d'accord établi par le médiateur ». Or, il est acquis que le médiateur laisse le soin aux parties de formaliser leur accord, notamment par les avocats. Dès lors, les contours de la mission du médiateur étaient sujets à confusion et cela posait la question de l'éventuelle responsabilité du médiateur. La nouvelle rédaction fait ainsi œuvre de clarification en indiquant que les parties peuvent soumettre à l'homologation du juge « l'accord de médiation ».

¹⁴¹⁷ V. A. ENGEL-CREACH, *Les contrats judiciairement formés*, thèse, préf. A. BÉNABENT, 2001, *Economica*, spéc. n° 26, p. 21 : « la constatation par le juge, officier public, confère l'authenticité au contrat des parties », ainsi que l'arrêt CA Montpellier, 6 déc. 1929, D. H. 1930, p. 140 : « 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 ».

¹⁴¹⁸ CPCE, art. L. 111-3, 3°. V. aussi C. trav., art. R. 1454-11.

¹⁴¹⁹ C. civ., art. 1101.

par les avocats et déposé auprès du greffe, qui n'appose la formule exécutoire qu'après avoir vérifié sa compétence et la nature de l'acte¹⁴²⁰.

368. Or, les textes ne sont que peu rigoureux concernant la nature juridique précise de cet accord. Ils évoquent simplement le terme d'« accord »¹⁴²¹. Puisque l'accord est un contrat régi par le Code civil, deux catégories de contrats sont visées. D'une part, le contrat innommé ; du fait qu'il y ait accord de volonté entre les parties qui n'est pas prévu par le Code. D'autre part, une transaction, décrite aux articles 2044 et suivants du Code civil, qui nécessite une réciprocité obligatoire des engagements des parties. En raison de l'incertitude de la première catégorie, le terme « transaction » est utilisé de manière exponentielle pour certains accords amiables. Or, la transaction est régie par un cadre strict et particulier qui ne s'applique pas à tous les règlements amiables des différends. Il est alors nécessaire d'analyser l'accord de manière claire et précise avant de lui attribuer la dénomination propre à ses contours. Se pose ainsi la question de savoir quelle est la véritable nature de l'accord amiable conclu : s'agit-il d'une transaction ou d'un contrat innommé ? La jurisprudence administrative a apporté des clarifications quant à la nature juridique de cet accord, et notamment le tribunal administratif de Poitiers dans sa décision rendue le 12 juillet 2018¹⁴²².

369. Un accord exécutoire de plein droit. Tout d'abord, le tribunal administratif de Poitiers reconnaît que l'accord de médiation – tout comme le protocole transactionnel – est exécutoire de plein droit. Cette propriété ne doit cependant pas être confondue avec la force exécutoire attribuée aux décisions de justice. L'article L. 111-3 du Code des procédures civiles d'exécution précise notamment que les accords homologués par le juge, les extraits de procès-verbaux de conciliation signés par le juge et les parties et les transactions et actes constatant un accord issu d'un processus amiable lorsqu'ils sont contresignés par les avocats et revêtus de la formule exécutoire par le greffe de la juridiction compétente constituent des titres exécutoires. Seule l'intervention du juge ou l'apposition de la formule exécutoire par le greffe sur l'acte contresigné par les avocats permettra de conférer cette force aux accords de médiation et aux protocoles transactionnels. En effet, ces différents accords ne sont que de simples conventions. Pour autant, ils sont dotés d'une force particulière en raison de leur objet. En vertu de l'article 2052 du Code civil, « la transaction fait obstacle à l'introduction ou à la poursuite entre les

¹⁴²⁰ CPC, art. 1568, al. 3.

¹⁴²¹ CPC, art. 131-12 (pour la médiation judiciaire) ; 131 (pour la conciliation judiciaire) ; 1530 (définition médiation conciliation conventionnelle) ; 1534 et 1535 (médiation conventionnelle) ; 1539 et 1541 ; 1544 et 1555-1 (convention de procédure participative).

¹⁴²² TA Poitiers, 12 juill. 2018, *M. et Mme B.*, req. n° 1701757.

parties d'une action en justice ayant le même objet »¹⁴²³. Malgré la reformulation opérée par la réforme du droit des contrats, il a déjà été précisé que les protocoles transactionnels étaient bien dotés de l'autorité de la chose jugée ; ou, plus précisément, de l'autorité de la chose transigée¹⁴²⁴. Dans son avis du 6 décembre 2002, le Conseil d'État en a notamment déduit que le contrat de transaction est « exécutoire de plein droit »¹⁴²⁵. Ainsi, le tribunal administratif de Poitiers aligne le régime de l'accord de médiation sur celui de la transaction. Il juge en effet que « l'accord issu d'un processus de médiation est exécutoire de plein droit »¹⁴²⁶. Si la médiation n'est en aucun cas dotée de l'autorité de la chose jugée, la critique était aisée¹⁴²⁷. Pour autant, la décision du juge administratif se justifie pleinement en vue d'une plus grande efficacité des accords de médiation. Ainsi que le souligne Maître Laurent BONNARD, « faute de caractère exécutoire de plein droit, la médiation aurait vraisemblablement fait figure de parent pauvre par rapport à la transaction »¹⁴²⁸. Il ajoute également qu'« il aurait été paradoxal qu'un protocole transactionnel conclu entre les parties soit doté d'une efficacité supérieure à l'accord conclu à l'issue d'une médiation conduite par un tiers impartial ou un magistrat administratif »¹⁴²⁹.

370. L'accord exécutoire de plein droit n'exige aucune démarche juridique et se produit immédiatement. Ainsi, le tribunal administratif a jugé que les accords issus d'un processus de médiation ou les protocoles transactionnels sont exécutoires « sans qu'y fassent obstacle, en particulier, les règles de la comptabilité publique »¹⁴³⁰. En raison de leur caractère exécutoire, l'intervention du comptable public n'est pas nécessaire pour les rendre applicables et ce dernier ne peut pas s'opposer à leur exécution. Cette propriété permet également de ne pas faire intervenir le juge. Pour autant, comme le rappelle le tribunal, il peut être sollicité si les parties « l'estiment utile, notamment si l'exécution de l'accord est susceptible de se heurter à des difficultés particulières »¹⁴³¹. Dans ce cas, l'homologation de l'accord pourra être demandée au juge.

¹⁴²³ Art. modifié par la loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016, préc., art. 10.

¹⁴²⁴ V. *supra* n° 112.

¹⁴²⁵ CE Ass., 6 déc. 2002, *L'Hajj-les-Roses*, req. n° 249153.

¹⁴²⁶ TA Poitiers, préc.

¹⁴²⁷ Pour certains auteurs, les accords de médiation devaient demeurer de simples conventions : C. FRIEDRICH, « Premier banc d'essai pour la médiation administrative », *JCP A* n° 30-34, 30 juill. 2018, act. 650.

¹⁴²⁸ L. BONNARD, « L'homologation des transactions et des accords de médiation par le juge administratif », Dossier Les règlements alternatifs de règlement des litiges, *Contrats publics*, n° 194, janv. 2019, p. 62.

¹⁴²⁹ *Ibid.* – En effet, en vertu de l'article L. 213-5 du CJA, le président de la juridiction ou le magistrat qu'il délègue à cet effet peut conduire la mission de médiation.

¹⁴³⁰ TA Poitiers, 12 juill. 2018, *M. et Mme B.*, req. n° 1701757.

¹⁴³¹ TA Poitiers, préc.

371. Distinction accords amiables et transactions. Dans un deuxième temps, le tribunal administratif de Poitiers distingue les accords de médiation des transactions. Cette décision s'oppose ainsi à celles rendues par le tribunal administratif de Strasbourg le 1^{er} décembre 2017¹⁴³² et le 31 août 2018¹⁴³³. La rédaction de ces deux décisions laissait en effet entendre que l'accord conclu à l'issue du processus de médiation et soumis à l'homologation du juge ne pouvait être qu'une transaction. *A contrario*, le tribunal de Poitiers juge que « les parties ayant conclu un accord de médiation peuvent, en application de l'article L. 213-4 du CJA, demander l'homologation de l'accord au juge. Il appartient alors au tribunal de vérifier que les parties consentent effectivement à l'accord, que l'objet de celui-ci est licite, qu'il ne porte pas atteinte à des droits dont les parties n'ont pas la libre disposition, qu'il ne constitue pas de la part de la collectivité publique une libéralité et ne méconnaît pas d'autres règles d'ordre public ». Ni concessions réciproques exigées dans le cadre d'une transaction, ni accord transactionnel ne sont ici évoqués. Il s'agit alors d'un contrat d'une autre nature. En ce sens, le rapporteur public a indiqué précisément dans ses conclusions que l'accord issu de la médiation ne devait pas nécessairement se confondre avec la transaction, celle-ci pouvant être l'une des formes possibles de cet accord mais non la seule. Par une décision en date du 27 mars 2019, le tribunal administratif de Lyon a également précisé que « lorsque l'accord présente le caractère d'une transaction au sens du code civil et du code des relations entre le public et l'administration, il appartient en outre au juge de vérifier qu'il contient des concessions réciproques et équilibrées »¹⁴³⁴. Dès lors, l'accord de médiation n'est pas une transaction du fait qu'il ne nécessite pas de concessions réciproques. La jurisprudence procède ainsi par élimination de ce que n'est pas l'accord. Ce constat se justifie à la lecture de l'article 44 loi du 22 décembre 2021, qui distingue les transactions des actes constatant un accord issu d'une médiation, d'une conciliation ou d'une procédure participative¹⁴³⁵.

Toutefois, seule une définition négative de l'accord est donnée et la difficulté apparaît *de facto*. Certains praticiens appellent alors de leurs vœux une clarification de la nature spécifique et autonome de l'accord issu du processus de médiation¹⁴³⁶.

¹⁴³² TA Strasbourg, 1^{er} déc. 2017, n° 1704860, *LPA* 2018, n° 98, p. 8

¹⁴³³ TA Strasbourg, 31 août 2018, n° 1700831.

¹⁴³⁴ TA Lyon, 27 mars 2019, n° 1704535, *AJDA* 2019. 1296, concl. E. DE LACOSTE LAREYMONDIE. En ce sens, v. aussi CAA Marseille, 9^e ch., 27 oct. 2020, n° 19M104568.

¹⁴³⁵ Confirmé par le décr. n° 2022-245 du 25 févr. 2022. Ce dernier introduit dans le CPC l'art. 1571, qui indique que les dispositions relatives aux accords amiables sont applicables à la transaction.

¹⁴³⁶ À défaut, « ce dernier continuera à recevoir des formes et des dénominations totalement inadaptées voire contraire à l'esprit et à la logique de la médiation » : F. HOUSTY et P. AUFIÈRE, « L'accord de médiation : quelle est donc sa vraie nature ? », 6 nov. 2018, disponible sur : <https://www.village-justice.com/articles/accord-mediation-quelle-est-donc-vraie-nature,29891.html>.

372. Précisions attendues quant à l'accord amiable, contrat innommé. Eu égard au développement des règlements amiables, une précision quant à la nature juridique de l'accord obtenu doit nécessairement être apportée au sein des textes législatifs. L'imprécision crée une véritable confusion. Ainsi, pour mieux distinguer les accords issus des processus amiables des accords transactionnels, il est nécessaire d'adopter une terminologie qui leur sera propre. Le contrôle des juges n'en sera dès lors que plus simplifié. Pour ce faire, les contours et l'objet de cet accord doivent être cernés.

373. L'accord est la finalité du processus amiable. Il est l'aboutissement du travail mené conjointement par les parties, c'est-à-dire de leur recherche en vue d'aboutir à la satisfaction mutuelle. Les parties ont œuvré, ensemble, pour résoudre le différend qui les oppose. L'accord est donc la réussite du dialogue engagé. Cette réalisation s'assimile dès lors à une *composition*. Selon les dictionnaires de la langue française, l'action de composer se rapporte à la manière de former un tout en rassemblant plusieurs éléments¹⁴³⁷. Le tout serait alors perçu comme l'accord dont les éléments ne sont que les prétentions et vœux des parties. La notion de composition fait également montre d'une certaine créativité puisqu'elle résulte d'une invention, d'une élaboration¹⁴³⁸. Elle fait ainsi référence à la liberté de chacun et à l'harmonie de tous. En ce sens, elle est assimilée à une « œuvre d'art ». L'accord amiable, qui résulte de l'assemblage de volontés en vue de résoudre le différend, apparaît comme l'œuvre de justice réalisée par les parties elles-mêmes. L'accord pourrait ainsi prendre la dénomination de *composition amiable*¹⁴³⁹. Cette appellation suscite cependant deux questionnements qu'il est nécessaire de résoudre. Premièrement, il existe déjà, en droit français, la composition pénale. Alors que la composition pénale n'est pas, en elle-même, un règlement amiable, comment les distinguer ? Deuxièmement, les dictionnaires attribuent une autre définition à la composition qui ne correspond pas à l'accord amiable et qui crée des confusions dans la matière juridique. En effet, le dictionnaire *Le Robert* poursuit sa définition en indiquant qu'il s'agit d'un « accord entre plusieurs personnes qui acceptent de transiger sur leurs prétentions respectives »¹⁴⁴⁰. Cette formulation interroge. Alors que le terme « transiger » renvoie à « faire des concessions réciproques, de manière à régler, terminer un différend »¹⁴⁴¹, la composition devrait être assimilée à une transaction. Une première difficulté apparaît *de facto*. Ce sens de la définition

¹⁴³⁷ A. REY (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, op. cit., v° « Composition », I, 1.

¹⁴³⁸ *Ibid.*, I, 2

¹⁴³⁹ Par référence à la *composizione amichevole* italienne.

¹⁴⁴⁰ Définition identique donnée in G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., v° « Composition », sens 3.

¹⁴⁴¹ A. REY (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, op. cit., v° « Transiger ».

conduit nécessairement à s'interroger sur la rigueur de la définition donnée en matière pénale ; en référence à la première difficulté évoquée. En effet, la composition pénale devrait alors être envisagée comme l'accord entre le procureur de la République et l'auteur de l'infraction qui acceptent de transiger sur leurs prétentions respectives. Or, aux termes de l'article 41-2 du Code de procédure pénale, la composition pénale est une proposition émanant du procureur de la République. Il n'est alors pas question de prétentions respectives¹⁴⁴². Plus encore, *quid* des concessions réciproques réalisées au sein de la composition pénale ? Sauf à admettre que les concessions réalisées par le délinquant et le ministère public s'apparentent à l'exigence qui incombe au premier de reconnaître les faits et à la renonciation de déclencher l'action publique pour le second¹⁴⁴³, la définition ne correspond pas à la logique même de la composition pénale. En effet, la composition pénale n'est-elle pas perçue comme un avantage pour le délinquant qui évite l'aléa judiciaire et une peine éventuellement plus lourde ? Quant au ministère public, il représente l'intérêt de la société. Il ne réalise aucune concession personnelle. Sa mission est uniquement de privilégier le choix le plus opportun pour le bien de tous en vertu du principe d'opportunité des poursuites¹⁴⁴⁴. Force est alors de constater une maladresse dans le choix de l'appellation de composition pénale, ou bien une méprise dans les contours de la définition précisée de la composition. Si ce parallèle ne laisse pas douter de l'exclusion des mesures alternatives de la matière pénale des règlements amiables, l'emploi du verbe « transiger » dans la définition de composition ne mérite pas sa place. En effet, la composition doit être distinguée de la transaction. La deuxième définition donnée dans le *Vocabulaire juridique* de CORNU doit ainsi être retenue : « sens vague d'arrangement, accommodement ; essai de conciliation entre des droits et des intérêts contradictoires »¹⁴⁴⁵. La composition fait œuvre de réalisation tout en rassemblant des éléments, des intérêts qui peuvent être divergents. La composition amiable pourrait ainsi être assimilée à l'accord obtenu et conçu par les parties à l'issue du processus amiable. Ce protocole compositionnel ne nécessiterait pas de concessions réciproques ; à l'inverse des protocoles transactionnels. L'accord amiable ne serait désormais plus un contrat innommé mais porterait un nom reconnaissable pour une meilleure compréhension de tout un chacun. Les juges statueront alors sur le fait de savoir si l'accord amiable en cause correspond à une transaction ou à une composition amiable. Cependant, les définitions traditionnelles

¹⁴⁴² La proposition réalisée par le procureur de la République laisse davantage penser à un « contrat d'adhésion » ; parallèle évoqué concernant la transaction administrative : v. *supra* n° 317.

¹⁴⁴³ Or, il doit davantage être admis que la renonciation à déclencher les poursuites contre un délinquant est moins une concession réciproque que l'effet naturel de la transaction, dont l'objet est précisément d'éteindre l'action publique.

¹⁴⁴⁴ Cf. CPP, art. 40-1.

¹⁴⁴⁵ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° « Composition », sens 2.

doivent être modifiées au risque d'un maintien de la confusion actuelle. À défaut de modifications en ce sens, il peut être admis que cet accord s'apparente à un contrat processuel. Il s'agit en effet d'un *protocole résolutoire d'un différend*. Son objectif étant de résoudre le différend en cause, le protocole résolutoire pourrait trouver place à côté du protocole transactionnel.

Cet accord, quel que soit le nom qui mérite de lui être attribué, doit être pleinement efficace. Cependant, à la différence des décisions de justice, les accords issus des processus amiables des différends disposent d'une nature hybride et pour partie contractuelle ; ce qui n'est pas sans conséquence pour admettre leur validité et leur efficacité.

Paragraphe 2 : Les conséquences liées à la nature contractuelle de l'accord amiable

374. Nature contractuelle et force obligatoire. En raison de sa nature contractuelle, l'accord à l'avantage d'être doté de la force obligatoire. En effet, en vertu de l'article 1103 du Code civil, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 10 février 2016, dès lors que le contrat est légalement formé, il a force obligatoire. Il doit donc être exécuté dans tous ses aspects, sous peine de sanctions. Cette propriété constitue le pendant de la sécurité contractuelle¹⁴⁴⁶. Cependant, cette nature contractuelle l'expose à une certaine fragilité. En effet, la validité de l'accord peut être contestée par les voies de nullité. Afin de limiter cette fragilité intrinsèque et de mettre en œuvre le droit à l'exécution des règlements amiables, le droit positif limite les causes d'annulation des accords.

375. Selon l'article 1128 du Code civil, « sont nécessaires à la validité d'un contrat : 1° le consentement des parties ; 2° leur capacité de contracter ; 3° un contenu licite et certain ». Alors que ce contrat acte la résolution d'un différend, ces trois conditions doivent être étudiées avec attention, et plus particulièrement la deuxième. En effet, ainsi que souligné dans l'ouvrage collectif *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, « pour les première et troisième conditions, c'est plutôt le libéralisme et la recherche d'efficacité qui

¹⁴⁴⁶ Qui rappelle l'importance de la parole donnée pour le droit français, et l'adage « *pacta sunt servanda* » – « Entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit » (H. LACORDAIRE, *Conférences de Notre-Dame de Paris*, 52^e conférence, « Du double travail de l'homme », 16 avr. 1848, in *Œuvres du R.P. Henri-Dominique Lacordaire de l'ordre des Frères prêcheurs*, Paris, Poussielgue frères, 1872, 9 vol., vol. IV, *Conférences de Notre-Dame de Paris*, t. III, Années 1846-1848, p. 471-495).

prévalent »¹⁴⁴⁷. La condition relative à la capacité de contracter est d'autant plus importante dans ce contrat que les parties participent à la résolution du différend. Elles font œuvre de justice. La licéité du contenu l'accord amiable (A), le consentement des parties au processus (B) ainsi que leur capacité de contracter en vue de la résolution de leur différend (C) méritent ainsi d'être analysés.

A) La licéité de l'accord amiable

376. Licéité adaptée. À la lecture de la nouvelle définition du contrat donnée par l'article 1101 du Code civil, rien ne s'oppose à ce que le contrat ait pour objet la résolution d'un différend. « La voie est ainsi ouverte tant du point de vue contractuel que du point de vue processuel à la formation d'un contrat ayant pour objet l'aménagement de la procédure ou l'extinction du litige, sous réserve de la licéité de l'objet au regard des dispositions de droit processuel »¹⁴⁴⁸. Dès lors, au regard de l'essence du processus amiable, l'accord amiable porte en lui-même le contrat et le procès, du fait qu'il soit judiciaire par son objet et conventionnel par sa source¹⁴⁴⁹. Or, en raison de sa qualification de contrat, la validité de l'accord repose sur le respect des règles du droit commun des contrats. À cet égard, la validité du contenu du contrat doit être appréciée selon les questionnements classiques relatifs à la licéité. L'appréhension des contours de l'engagement contractuel a cependant évolué avec la réforme du droit des contrats. En effet, l'ancien article 1108 du Code civil affirmait la nécessité d'« un objet certain qui forme la matière de l'engagement » et « une cause licite dans l'obligation » pour reconnaître la validité de la convention. Avec la réforme, la référence à la *cause*, raison d'être de l'engagement, a totalement disparu et elle se trouve absorbée dans les exigences relatives au contenu du contrat. Celle d'*objet*, au contraire, fait preuve « d'un glissement sémantique (...) vers “le contenu” du contrat »¹⁴⁵⁰. Si, classiquement, il était nécessairement enseigné que l'objet du contrat devait être licite, l'article 1128 du Code civil l'exige désormais : « le contrat doit avoir un contenu licite ». Or, *quid* de cette exigence de licéité ? Faisant écho aux articles 6 et 1102 du Code civil,

¹⁴⁴⁷ S. GUINCHARD et a., *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, op. cit., n° 818, p. 1512.

¹⁴⁴⁸ G. DEHARO, « Contrat judiciaire », *Rép. De procédure civile*, sept. 2017 (actualisation déc. 2019), spéc. n° 32, relativement au contrat judiciaire.

¹⁴⁴⁹ L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n° 408, p. 370.

¹⁴⁵⁰ G. DEHARO, « Contrat judiciaire », *Rép. De procédure civile*, sept. 2017 (actualisation déc. 2019), spéc. n° 32. La notion d'*objet* réapparaît cependant dans les textes à côté de celle de « prestation » mais également du « but » (qui s'apparente nécessairement à la notion de cause). La distinction est alors opérée entre le terme « objet du contrat », qui était jusqu'alors employé de manière imprécise, et l'« objet de l'obligation ».

qui rappellent la limite de l'ordre public à la liberté contractuelle, l'article 1162 du même code dispose que « le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but ». La manière d'appréhender cette prohibition a ainsi été modifiée par la réforme puisque, antérieurement à celle-ci, la conformité à l'ordre public était nécessairement rapportée à l'objet du contrat. Affirmer que les stipulations de l'accord doivent être conformes à l'ordre public revient à exiger, à peine de nullité, la licéité des prestations. L'exigence de licéité du contenu s'applique, ainsi, tant aux stipulations du contrat qu'à son but (1.). Concernant plus particulièrement l'accord amiable, s'il est nécessairement soumis aux exigences relatives au contenu licite et certain, se pose cependant la question de savoir quelles sont les conséquences de sa singularité sur l'appréciation de celui-ci (2.). En effet, quelle influence peut avoir la nature juridique de cet accord sur l'étude de son contenu ?

1. L'exigence de licéité du contenu du contrat

377. Accord amiable et exigences de l'article 6 du Code civil. La volonté des parties n'est pas sans limites dans le domaine contractuel. Dès lors, ces dernières ne peuvent conclure un contrat dont le contenu serait illicite. Cette exigence n'est pas nouvelle puisque, depuis 1804, l'article 6 du Code civil interdit de « déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». L'accord amiable, au même titre que les autres contrats, doit ainsi respecter ces exigences.

378. Conformité du contrat à l'ordre public. L'ordre public est défini, dans le *Vocabulaire juridique*, comme la « norme impérative dont les individus ne peuvent s'écarter ni dans leur comportement, ni dans leur convention »¹⁴⁵¹. Cette appréciation de la notion met en exergue un ensemble de règles si essentielles à l'intérêt général qu'aucun accord de volonté ne peut y déroger. La difficulté apparaît toutefois au regard du contenu évolutif de l'ordre public. L'ordre public est lié aux valeurs sociétales, lesquelles sont variables selon les époques. Ainsi, en raison d'un élargissement constant de cet ordre public¹⁴⁵², la liberté des parties ne s'en trouve que plus limitée.

¹⁴⁵¹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° « Ordre public », I.

¹⁴⁵² Au-delà d'un ordre public politique au sein duquel se retrouvent les piliers fondamentaux de la société et les grandes interdictions telles que l'interdiction de porter atteinte à l'organisation de l'État, il s'étend également désormais dans une dimension économique (relativement au domaine de la concurrence, des marchés financiers, de la consommation, etc.).

379. Cette exigence se manifeste régulièrement à travers le respect des droits fondamentaux¹⁴⁵³. En ce sens, les prestations doivent respecter les principes fondamentaux issus de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁴⁵⁴. Plus encore, si l'obligation contractuelle porte sur une chose, celle-ci doit également être licite¹⁴⁵⁵. Enfin, selon les termes de l'article 1162 du Code civil, la conformité du contrat à l'ordre public doit être également assurée au regard de son « but ». Cette exigence fait référence à la notion de cause du contrat, visée par l'ancien article 1133 du Code civil. Il s'agit ainsi du motif déterminant ayant conduit l'individu à contracter. L'utilité de cette exigence réside dans le contrôle des intentions animant les parties lors de la conclusion du contrat.

380. Conformité du contrat aux bonnes mœurs. Bien que l'article 1162 du Code civil n'évoque plus la notion de bonnes mœurs, l'article 6 du Code civil continue à s'y référer. Dès lors, la nécessité selon laquelle le contenu du contrat doit être conforme à celles-ci demeure. La notion de bonnes mœurs renvoie à une morale commune, une morale sociale. La question se pose alors de l'applicabilité de cette exigence dans les accords amiables. En effet, « la question des bonnes mœurs est sans doute moins topique en droit processuel »¹⁴⁵⁶. Cependant, l'usage frauduleux de la procédure contractuelle pourrait conduire à l'annulation de l'accord ou, encore, au refus du juge de le consacrer.

2. L'assouplissement de l'exigence de la licéité du contenu du contrat

381. Conséquences de la nature juridique de l'accord amiable relativement à l'étude de son contenu. Si l'objet du contrat se distingue de l'objet du litige, un lien existe nécessairement entre l'objet du litige et le contenu du contrat, du fait que le contrat porte sur la

¹⁴⁵³ Les obligations contractuelles doivent ainsi respecter les principes généraux fondamentaux, tels que le principe de libre exercice d'une activité professionnelle pour les clauses de non-concurrence : v. Cass., Com., 4 oct. 2016, n° 15-15.996, Inédit ou Cass., Soc., 16 mai 2012, n° 11-10.760, *Bull.*, V, n° 153, *JCP* 2012. 681, obs. MEKKI.

¹⁴⁵⁴ Not. le droit au respect de la vie familiale : Cass., Civ. 3^e, 6 mars 1996, n° 93-11.113, *Bull. civ.*, III, n° 60, p. 41, *D.* 1997. 167, note LAMY ; *JCP* 1996. I. 3958, n°1, obs. JAMIN ; *JCP* 1997. II. 22764, note NGUYEN VAN TUONG ; *RTD civ.* 1996. 1024, obs. MARGUÉNAUD ; *Defrénois* 1996. 1432, obs. BÉNABENT – v. aussi Cass., Soc., 28 févr. 2012, n° 10-18.308, *Bull.*, V, n° 78, *JCP* 2012. 561, n°2, obs. MEKKI – Cass., Soc., 12 janv. 1999, n° 96-40.755, *Bull.*, V, n° 7, p. 4, *D.* 1999. 645 note MARGUÉNAUD.

¹⁴⁵⁵ Le Code civil de 1804 traitait de cette question à l'ancien art. 1128 : « Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions ». Depuis la réforme, la licéité de la chose peut se rattacher à la conformité des stipulations à l'ordre public (C. civ., art. 1162) et à la « possibilité » de la prestation (C. civ., art. 1163).

¹⁴⁵⁶ G. DEHARO, « Contrat judiciaire », *Rép. De procédure civile*, sept. 2017 (actualisation déc. 2019), spéc. n° 33.

solution du différend en cause. L'objet de l'accord amiable influe ainsi sur la résolution du différend en question.

Or, quelle influence peut avoir la nature juridique de cet accord sur l'étude de son contenu ? En vertu du droit commun des contrats ainsi que des articles 6 et 1162 du Code civil précités, le contenu de l'accord amiable ne peut porter sur une matière indisponible et doit être conforme aux règles impératives applicables. Pourtant, force est de constater que le développement des règlements amiables et la consécration du droit à un règlement amiable ont réduit la rigidité de ces exigences. En effet, les règlements amiables ont investi des domaines dans lesquels l'ordre public est pourtant prépondérant, tels que la matière administrative. Cette constatation ne doit cependant pas laisser douter du respect dû à l'exigence de libre disponibilité et de conformité à l'ordre public dans les accords amiables. Pour illustration, si l'exécution d'une convention de gestation pour autrui donne lieu à un différend entre le parent d'intention et la mère porteuse, la mise en œuvre d'une médiation ne pourra pas conduire à donner plein effet à cette convention. En effet, ladite convention est nulle en vertu des articles 16-7 et 16-19 du Code civil et au regard du principe de l'indisponibilité du corps humain et de celui de l'indisponibilité de l'état des personnes¹⁴⁵⁷. La solution pourrait cependant être différente dans le cas où la médiation porterait sur une question d'état civil. Dès lors, pour atténuer la rigueur des principes et promouvoir l'accord de volonté des parties pour la résolution de leur différend, le droit positif fait preuve d'adaptation.

382. Accord amiable et matière indisponible. Lorsqu'en vertu d'un texte l'autorisant expressément le processus amiable investit une matière indisponible, l'efficacité de l'accord, et par conséquent sa licéité, peuvent être admises à la condition que l'autorité publique ayant le pouvoir de décision en entérine le contenu. La licéité de l'accord amiable est ainsi subordonnée à l'homologation du juge. En ce sens, l'article 373-2-7 du Code civil prévoit que la convention par laquelle les parents séparés organisent les modalités d'exercice de l'autorité parentale peut être suivie d'effet si elle est homologuée par le juge aux affaires familiales. Or, l'autorité parentale est pourtant une matière indisponible. L'homologation du juge garantit ainsi le respect des exigences prévues aux articles 6 et 1162 du Code civil. Dans le même sens, l'article 2045 du Code civil dispose que « pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction ». Son alinéa 3 précise pourtant que « les établissements publics de l'État ne peuvent transiger qu'avec l'autorisation du Premier ministre »¹⁴⁵⁸. L'autorisation du

¹⁴⁵⁷ Cass., Ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105, *Bull. A. P.*, n° 4, p. 5.

¹⁴⁵⁸ Cette autorisation relève en effet de la compétence attribuée au Premier ministre par l'art. 21 de la Constitution, CE, 23 avr. 2001 : *D.* 2001. IR 2090.

Premier ministre permet ainsi aux établissements publics de transiger relativement à des objets dont ils n'ont pas la capacité de disposer. À l'instar de l'avis du 6 décembre 2002 du Conseil d'État¹⁴⁵⁹, l'article L. 213-4 du Code de justice administrative dispose que « la juridiction peut (...) homologuer et donner force exécutoire à l'accord issu de la médiation »¹⁴⁶⁰. Dans le cas des accords intervenus dans la matière pénale, le processus de validation est le même¹⁴⁶¹. En effet, dans le cadre de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité¹⁴⁶², « lorsque (...) la personne accepte la ou les peines proposées, elle est aussitôt présentée devant le président du tribunal judiciaire ou le juge délégué par lui, saisi par le procureur de la République d'une requête en homologation »¹⁴⁶³. L'ordonnance du juge a les effets d'un jugement de condamnation et elle est immédiatement exécutoire¹⁴⁶⁴. De même, à la suite d'une proposition de composition pénale, « lorsque l'auteur des faits donne son accord aux mesures proposées, le procureur de la République saisit le président du tribunal aux fins de validation de la composition »¹⁴⁶⁵. Le procureur ne recouvre la possibilité de mettre en mouvement l'action publique que dans deux cas : si ce magistrat refuse de valider la composition, ou bien, si une fois la validation intervenue, l'intéressé n'exécute pas intégralement les mesures décidées¹⁴⁶⁶. Au titre des propositions formulées, de l'acceptation réalisée, de la validation judiciaire et de l'exécution de la composition pénale, le procureur de la République ne saurait citer le prévenu devant le tribunal correctionnel. L'homologation du juge permet alors aux parties de repousser les limites contractuelles inhérentes aux contrats de droit commun.

383. Accord amiable et ordre public. L'existence d'une règle d'ordre public ne constitue pas un obstacle de principe à la conclusion d'un accord amiable. Il est cependant nécessaire de distinguer entre *ordre public de direction* et *ordre public de protection*¹⁴⁶⁷. À cet égard, les litiges mettant en cause des règles d'ordre public de direction ne pourraient être résolus par la voie amiable. Ainsi, cette règle relevant de l'ordre public de direction est sanctionnée par une nullité absolue, insusceptible de confirmation et l'action en nullité du contrat ne peut se résoudre par un règlement amiable. Or, la pratique dépasse cette rigidité.

¹⁴⁵⁹ CE, Ass., Avis, 6 déc. 2002, *Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Hajj-les-Roses*, n° 249153, Lebon p. 433.

¹⁴⁶⁰ Créé par la L. n° 2016-1547 du 18 nov. 2016, préc., art. 5.

¹⁴⁶¹ Cf. n° 131.

¹⁴⁶² CPP, arts. 495-7 à 495-16.

¹⁴⁶³ CPP, art. 495-9.

¹⁴⁶⁴ CPP, art. 495-11.

¹⁴⁶⁵ CPP, art. 41-2.

¹⁴⁶⁶ Cass., Crim., 20 nov. 2007, n° 07-82.808, *Bull. crim.*, n° 282, v. comm. Y. JOSEPH-RATTINEAU, *D.* 2008. 1035 ; Cass., Crim. 24 juin 2008, n° 07-87.511, *Bull. crim.*, n° 162.

¹⁴⁶⁷ Distinction traditionnelle qui demeure essentielle dans l'esprit des juges (J. MESTRE, « De la renonciation au bénéfice d'une règle d'ordre public de protection », *RTD Civ.*, 1998, p. 670) ; v. *supra* n°s 267 s.

Monsieur le professeur Serge GUINCHARD use en effet de deux exemples issus du droit de la concurrence pour affirmer que « ce n'est pas la présence d'une règle d'ordre public qui est déterminante ; tout dépend de l'objet du différend et du point de savoir si ce qui est demandé est au pouvoir des parties au litige »¹⁴⁶⁸. Il admet, en ce sens, que la question de la conformité des règlements amiables à l'ordre public renvoie à une question institutionnelle. Le règlement d'un différend à l'amiable dépendrait, d'une part, de l'habilitation spéciale d'une autorité à traiter ledit différend, ou de prononcer seule les sanctions en découlant¹⁴⁶⁹. D'autre part, le règlement à l'amiable pourrait être admis, dans les cas où se pose une question qui intéresse l'ordre public, lorsque ne sont émises que des prétentions d'intérêt privé, telles que des dommages-intérêts. En effet, un litige dans lequel un commerçant reproche à un autre une pratique anticoncurrentielle et lui réclame des dommages-intérêts peut être résolu par un règlement amiable, alors qu'il s'agit d'une matière imprégnée par un ordre public de direction. Quant à l'ordre public de protection, la jurisprudence fait preuve de libéralisme et affirme 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 »¹⁴⁷⁰. Dès lors, bien que certains protocoles transactionnels soient prohibés en raison d'une incompatibilité aux règles d'ordre public et que la renonciation par avance à la protection issue de règles d'ordre public est, en principe, impossible, la résolution des différends à l'amiable est favorisée. La jurisprudence a ainsi assoupli la prohibition de principe et introduit une faculté de renoncer à l'application des règles d'ordre public. « De la sorte, même si une transaction est conclue par une partie sous la protection de l'ordre public, il importe peu que son contenu soit ou non conforme à ce que dicte ce dernier. Il suffit qu'en connaissance de cause, la partie protégée renonce à ses droits protégés et acquis, c'est-à-dire à ceux dont le fait générateur s'est produit avant la conclusion de l'accord. Naturellement, il est nécessaire que la partie protégée obtienne une contrepartie de cet abandon »¹⁴⁷¹. Cette contrepartie s'apparente aux « concessions réciproques » qui conditionnent la validité du protocole transactionnel, en vertu de l'article 2044 du Code civil¹⁴⁷². Dès lors, à défaut de telles concessions, le contrat est entaché

¹⁴⁶⁸ S. GUINCHARD et a., *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, op. cit., p. 1477.

¹⁴⁶⁹ Ex. donné concernant un litige dans lequel est reprochée à un ensemble d'opérateurs sur un même marché une entente illicite au sens de l'art. L. 420-1 du Code de commerce. Lorsque les sanctions réclamées relèvent de la compétence exclusive de l'Autorité de la concurrence, elles ne peuvent faire l'objet d'une transaction.

¹⁴⁷⁰ Cass., Civ. 1^{re}, 17 mars 1998, n° 96-13.972, *Bull. civ.* I, n° 120, p. 79, *JCP* 1998, II, 10148, note S. PIEDELIÈVRE ; v. not. rapp. J.-L. AUBERT.

¹⁴⁷¹ S. GUINCHARD et a., *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, op. cit., p. 1514.

¹⁴⁷² Civ. 3^e, 26 mars 2003, n° 01-02.410, *Bull. civ.*, III, n° 71, p. 65, *D.* 2003. 2197, note LIPINSKY, *Défrénois* 2003. 841, obs. E. SAVAUX, *JCP E* 2004, 651, note J. SCHMIDT SZALEWSKI, *RTD civ.* 2003. 496, obs. J. MESTRE et B. FAGES, *Rev. Contrats* 2004/4, p. 1030, obs. X. LAGARDE ; Cass., Ass. Plén. 24 févr. 2006, n° 04-20.525, *Bull. A. P.*, n° 1, p. 1, *Rev. Contrats*, 2006/3, p. 689, note Y.-M. LAITHIER, p. 806, obs. X. LAGARDE.

de nullité. Faveur faite aux processus amiables, la transaction administrative permet à ce titre de renoncer à l'exercice d'un recours pour excès de pouvoir en matière de fonction publique¹⁴⁷³ ou encore au désistement d'un recours pour excès de pouvoir¹⁴⁷⁴. Dans certaines matières, cependant, la jurisprudence exige un contrôle renforcé du contenu de la transaction, au moins lorsque sa validité fait l'objet d'une contestation. En effet, pour les transactions conclues consécutivement au licenciement d'un salarié¹⁴⁷⁵ ou encore celles qui interviennent sur la réparation d'un préjudice corporel¹⁴⁷⁶, l'importance des concessions consenties est d'autant plus considérée¹⁴⁷⁷.

384. Bilan relatif à la licéité. Il appert alors que l'exigence de licéité du contrat cède sa place à l'efficience des règlements amiables dans le sens où l'accord des parties prévaut.

Quid des autres conditions de validité du contrat relativement à la conclusion d'un accord amiable, et notamment du consentement des parties au processus ?

B) Le consentement des parties au processus amiable

385. Consentement dans le processus amiable. Il ne saurait y avoir de règlement des différends à l'amiable sans consentement des parties. Défini comme « la volonté de chacune des parties contractantes »¹⁴⁷⁸, le consentement tient une place essentielle dans la résolution des différends à l'amiable. Il intervient au début du processus, mais également tout au long de sa mise en œuvre. Tout d'abord, l'engagement des parties dans une procédure de résolution des différends à l'amiable exige, de leur part, un consentement libre et éclairé dans le sens où elles renoncent à leur droit au juge¹⁴⁷⁹. L'étude de leur consentement s'impose ainsi dès l'instant où elles font montre d'une volonté de s'engager dans un processus amiable. Des dispositions spéciales imposent cependant aux parties une tentative de résolution amiable du différend avant

¹⁴⁷³ CE, 5 juin 2019, n° 412.732, mentionné aux tables du Recueil Lebon.

¹⁴⁷⁴ Par ex. désistement d'un recours en annulation en contrepartie d'une indemnisation des préjudices ou de la modification du projet : v. not. TA Cergy-Pontoise, 8 janv. 2015, *Société Multi Development*.

¹⁴⁷⁵ X. LAGARDE, « Les spécificités de la transaction consécutive à un licenciement », *JCP* 2001, I, 337.

¹⁴⁷⁶ V. E. SERVERIN, « Le règlement des conséquences des accidents corporels de la circulation, entre transaction et juridiction », in P. ANCEL et M.-C. RIVIER (dir.), *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Economica, Coll. « Études juridiques », 2001, pp. 98 s. ; S. PORCHY-SIMON, « Transaction et droit de l'indemnisation », in B. MALLET-BRICOUT et C. NOURISSAT, *La transaction dans toutes ses dimensions*, op. cit., pp. 111 s. ; v. égal. S. CARVAL, P. JOURDAIN et G. VINEY, *Les effets de la responsabilité*, 4^e éd., LGDJ, Coll. « Traité », 2017, pp. 609 s.

¹⁴⁷⁷ Pour précision du contrôle réalisé, v. S. GUINCHARD et a., *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, op. cit., pp. 1514 et s.

¹⁴⁷⁸ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., v° « Consentement », sens 2.

¹⁴⁷⁹ Cf. *supra* n°s 307 s.

que le juge ne soit saisi. Or, comme précédemment évoqué, il ne s'agit pas d'imposer aux parties de régler leur différend par un mode amiable, mais simplement de tenter de le résoudre par une autre voie¹⁴⁸⁰. Les parties ont alors l'obligation de rencontrer un tiers pour réfléchir à la possibilité de résoudre leur différend à l'amiable. Ainsi, de la même manière, l'impact de leur consentement s'appréhende lorsqu'elles font le choix de s'engager dans le processus amiable¹⁴⁸¹ ou bien de confier la résolution de leur différend au juge. D'autre part, l'aboutissement du processus appartient pleinement à l'implication et à la bonne volonté des parties de coopérer pour résoudre le différend qui les oppose. En effet, la réussite du processus dépend de leur consentement à trouver un accord satisfaisant pour chacune d'entre elles.

386. Consentement à un accord amiable. « Pour être juridiquement efficace, le consentement doit être donné par une volonté éclairée et libre. Si l'une des parties n'a pas décidé en connaissance de cause, ou a subi une pression, son consentement, sans être inexistant, est vicié »¹⁴⁸². La loi prévoit ainsi trois hypothèses dans lesquelles une partie peut revenir sur son engagement : l'erreur, le dol et la violence¹⁴⁸³. Or, *quid* de leur application au sein des accords amiables ? La nature particulière de l'accord amiable influence-t-elle l'analyse du consentement des parties ?

387. L'erreur. L'erreur, qui s'apprécie au moment de la formation du contrat, est une fausse représentation de la réalité. Il existe une différence entre ce que croyait l'*errans* au moment de la formation du contrat et la réalité ; peu importe que cette réalité soit incertaine¹⁴⁸⁴. En ce sens, le consentement au sein d'un accord amiable doit tout d'abord être apprécié en considération de la logique aléatoire qui inspire les parties¹⁴⁸⁵. En s'engageant dans un règlement amiable, les parties renoncent à connaître l'issue judiciaire de leur différend. Au titre de l'aléa, elles prennent donc un risque ; peut-être auraient-elles obtenu une solution judiciaire

¹⁴⁸⁰ Cf. not. n° 314.

¹⁴⁸¹ Pour aller plus loin, v. L. CADIET, « Les accords sur la juridiction dans le procès », in P. ANCEL et M.-C. RIVIER (dir.), *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Economica, Coll. « Études juridiques », 2001, pp. 36 s., concernant la question de savoir si l'on doit voir, dans ce consentement, une convention. Monsieur le professeur CADIET s'est en effet intéressé à la notion d'accord, précisant qu'elle recouvre une double acception. Selon cet auteur, l'accord donné par les parties à la suite d'une proposition du juge serait un accord « assentiment », en raison du caractère « passif » du consentement des parties. *A contrario*, lorsque l'accord est « actif », c'est-à-dire qu'il est donné spontanément par les parties, il s'agirait d'un accord « convention ». – À ce sujet, v. aussi V. GARCIA, *La contractualisation du procès. Essai sur le contrat processuel*, thèse dactylographiée, Université Toulouse 1 Capitole, pp. 186 et s., spéc. n° 178.

¹⁴⁸² J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, 22^e éd., PUF, 2000, n° 41, p. 97.

¹⁴⁸³ C. civ., art. 1130.

¹⁴⁸⁴ Cf. Aff. Poussin : Cass., Civ 1^{re}, 22 févr. 1978, n° 76-11.551, *Bull. civ.*, I, n° 74, p. 62, *GAJC*, t. II, n° 47 ; plus récemment : Cass., Civ. 1^{re}, 28 oct. 2015, n° 14-17.893, *CCC* 2016, comm. 1, obs. L. LEVENEUR.

¹⁴⁸⁵ S. GUINCHARD et a., *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, op. cit., n° 820, p. 1516.

plus avantageuse que celle acceptée à l'amiable. Or, les parties ont connaissance des conséquences de leur engagement au processus amiable. Elles renoncent à la saisine du juge pour œuvrer conjointement à la résolution de leur différend. Elles ne sauraient donc témoigner, sauf situation particulière, d'une méprise à ce sujet. Elles ont en effet accepté un aléa qui empêche toute contestation ultérieure¹⁴⁸⁶.

388. Avant qu'elles ne soient abrogées par la loi du 18 novembre 2016, deux dispositions du Code civil étaient consacrées aux vices du consentement invoqués dans le cadre d'une transaction. L'alinéa 2 de l'article 2052 excluait l'erreur de droit et la lésion comme causes de nullité de la transaction et l'article 2053, *a contrario*, affirmait que la transaction pouvait être rescindée en cas d'« erreur sur la personne », « erreur sur l'objet de la contestation », dol ou violence. Les vices classiques du consentement n'étaient alors pas tous admissibles¹⁴⁸⁷. Le régime de la transaction a cependant connu un allègement avec la loi « Justice du XXI^e siècle ». La loi sur la modernisation de la justice du XXI^e siècle supprime en effet la moitié des articles du Titre XV : « Des transactions ». Si certains ne faisaient que reprendre les solutions du droit commun des contrats, d'autres n'étaient cependant pas redondants. Au contraire, ils posaient des règles spécifiques à la transaction et dérogoires au droit commun de la nullité des contrats pour vice du consentement¹⁴⁸⁸. Il en est ainsi des articles 2052 et 2053 du Code civil. Si ces dérogations se justifiaient en raison de la particularité dudit contrat, qui a pour but d'éviter une procédure judiciaire et de favoriser le règlement du différend à l'amiable¹⁴⁸⁹, le rapport des députés Messieurs CLEMENT et LE BOUILLONEC affirmait pour autant qu'« aucun motif convaincant ne justifie d'exclure la nullité de la transaction pour erreur de droit »¹⁴⁹⁰. Depuis lors, l'article 1132 du Code civil précise explicitement que l'erreur de droit est une cause de nullité des contrats¹⁴⁹¹. Les modifications apportées par la loi « Justice du XXI^e siècle » confirment ainsi les dires de BIGOT DE PREAMENEU qui affirmait, lors des travaux préparatoires du Code civil, qu'« en général, les erreurs de droit ne s'excusent point »¹⁴⁹². L'ambition était de prévenir un contentieux parasitaire. En effet, alors que la

¹⁴⁸⁶ L'ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016 (préc.) a d'ailleurs confirmé cette solution en affirmant que « l'acceptation d'un aléa sur une qualité de la prestation exclut l'erreur relative à cette qualité » (C. civ., art. 1133, al. 3).

¹⁴⁸⁷ V. not. B. MALLET-BRICOUT, « Vices et transaction », in B. MALLET-BRICOUT et C. NOURISSAT, *La transaction dans toutes ses dimensions*, *op. cit.*, pp. 35-51.

¹⁴⁸⁸ V. en ce sens, L. MAYER, « Les modes amiables de règlement des litiges dans la loi "Justice du XXI^e siècle" », *Cah. Arb.*, janv. 2017, n° 1, p. 11.

¹⁴⁸⁹ Telle était la position du législateur de 1804 au titre des restrictions du domaine d'admissibilité des vices du consentement envisagés par le droit commun des contrats dans le cadre d'une transaction.

¹⁴⁹⁰ Rapp. n° 3726 enregistré à la Présidence de l'Ass. nationale le 6 mai 2016, p. 123.

¹⁴⁹¹ À moins que l'erreur ne soit inexcusable (C. civ., art. 1132).

¹⁴⁹² Séance du 24 Ventôse an XII, Loqué, T. XV, p. 422. V. le détail des réactions de la doctrine postérieure au Code civil dans les observations de P.-Y. GAUTIER, *RTD civ.* 2001. 382.

transaction est le résultat d'un processus consensuel, force est de constater que les parties cherchent à résoudre le différend en cause d'une manière à satisfaire au mieux leurs intérêts plus qu'à suivre la position du droit applicable à leur espèce. La possibilité d'attaquer la transaction sur le fondement de l'erreur de droit entraîne de ce fait un risque élevé de nullité¹⁴⁹³. Or, « il est de l'essence même de la transaction de ne pouvoir être remise en cause lorsque les parties ont mal anticipé ce qu'aurait pu être le règlement juridictionnel de leur litige »¹⁴⁹⁴. En ce sens, l'allègement du régime de la transaction et son assimilation à un contrat de droit commun implique un grand retour du juge et tend, plus encore, à la judiciarisation des règlements amiables. Il prive ces règlements d'une pleine liberté quant à leur conclusion. Cependant, corrélativement, l'application de cette règle garantit l'équilibre de l'accord entre un profane et un sachant, entre le faible et le fort. Cette règle s'apparente ainsi au principe directeur de l'équilibre attendu dans une procédure de règlement des différends.

389. Avant la réforme, déjà, la distinction entre l'erreur de droit, soit l'erreur sur la solution du litige, et l'erreur sur l'objet du litige (sur l'objet de la contestation¹⁴⁹⁵), soit sur sa définition, appelait observation¹⁴⁹⁶. La distinction était régulièrement délicate en jurisprudence. Pour illustration, la transaction portant sur le règlement d'une créance par une partie qui se croyait débitrice alors qu'elle était en réalité créancière peut être annulée sur le fondement de l'erreur de fait, en raison d'une erreur sur l'objet de la contestation¹⁴⁹⁷. Dans le même sens, une transaction conclue entre une banque et une caution a pu être annulée sur le fondement de l'erreur de fait parce que ladite créance était en réalité éteinte¹⁴⁹⁸. Pourtant, à quelques mois d'intervalle, dans une espèce très similaire, les juges de la Cour de cassation avaient rendu une solution tout à fait contraire¹⁴⁹⁹. L'existence d'un jugement de condamnation du débiteur principal et de la caution à payer la banque antérieur à la transaction avait justifié la solution des juges selon laquelle il s'agissait d'une erreur de droit ; du fait que l'ignorance de l'extinction de la créance succédait un jugement condamnant la caution à rembourser. Cette confusion donnait alors force aux juges pour trancher les possibilités de demander la nullité des

¹⁴⁹³ En ce sens, v. B. MALLET-BRICOUT, « Vices et transaction », art. préc., p. 39, n° 8.

¹⁴⁹⁴ S. GUINCHARD et a., *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, op. cit., n° 820, p. 1516.

¹⁴⁹⁵ Pour reprendre l'art. CPC, 2053 anc¹.

¹⁴⁹⁶ V. S. GUINCHARD et a., op. cit., n° 820, pp. 1516 s.

¹⁴⁹⁷ Cass., Civ. 1^{re}, 13 déc. 1972, n° 71-14.708, *Bull. civ. I*, n° 290, p. 255.

¹⁴⁹⁸ Cass., Civ. 1^{re}, 29 mai 2001, n° 99-16.753, *Bull. civ. I*, n° 156, p. 101, *D.* 2001. 2193, note P. SOUSTELLE ; *D.* 2001, *AJ.* 1944, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *RTD civ.* 2001, p. 909, obs. P.-Y. GAUTIER.

¹⁴⁹⁹ Cass., Civ. 1^{re}, 19 déc. 2000, n° 98-12.015, *Bull. civ. I*, n° 334, p. 216, *D.* 2001. 2193, note P. SOUSTELLE ; *D.* 2001, *AJ.* 629, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *RTD civ.* 2001, p. 381, obs. P.-Y. GAUTIER.

transactions. Cette « bizarrerie juridique »¹⁵⁰⁰ au regard du droit des contrats était dès lors encadrée par l'analyse des juges, qui profitaient de la confusion. En ce sens, l'arrêt rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation le 24 novembre 1998 a mis en exergue une tendance de la jurisprudence à admettre l'erreur de droit comme nullité de la transaction. En effet, par le biais d'une jurisprudence extensive de l'erreur sur l'objet de la contestation, elle considère que « l'erreur commise portait sur l'objet même de la contestation, de sorte qu'elle affectait la validité de la transaction »¹⁵⁰¹. En l'espèce, le demandeur salarié n'avait reçu qu'une indemnité légale de licenciement alors qu'il avait droit à une indemnité conventionnelle. Nonobstant la solution de la cour d'appel qui avait très justement admis que le salarié avait commis une erreur de droit, non susceptible d'entraîner la nullité de la transaction, la Cour de cassation avait cassé la décision. L'analyse extensive de l'erreur avait ainsi permis à la Cour de cassation d'admettre la nullité d'une transaction privilégiant l'employeur au profit du salarié. L'équilibre était ainsi rétabli par le biais d'un stratagème de la Cour et il l'est par conséquent par la réforme.

390. Quant à la suppression de l'article 2053 du Code civil, le rapport n° 3726 précité annonce que « si l'article 2053 semble ne viser que l'erreur sur l'objet de la contestation, la jurisprudence interprète ce texte largement, appréciant l'erreur dans les mêmes conditions que le droit commun ». L'erreur sur l'objet du litige est en effet entendue comme portant sur la « « définition du litige », c'est-à-dire sur les termes du litige tels que les parties se les représentent au moment où elles concluent la transaction »¹⁵⁰². Cette erreur intègre alors l'erreur présentée à l'ancien article 1110 du Code civil, c'est-à-dire l'erreur sur la substance même de la chose qui est l'objet de la convention¹⁵⁰³. Dès lors que la transaction a pour objet de mettre fin à une contestation, une erreur sur les termes de celle-ci constitue une erreur sur la substance de la contestation¹⁵⁰⁴, qui est l'objet de la convention. Or, le nouvel article 1132 du Code civil supprime cette terminologie ouverte d'*objet du contrat* qui permettait d'intégrer la contestation

¹⁵⁰⁰ P.-Y. GAUTIER, « Où le prestigieux Bigot-Préameneu est pris en flagrant délit "d'erreur de droit", ce dont tire parti deux siècles plus tard la Cour de cassation », *RTD civ.* 2001, 381, préc.

¹⁵⁰¹ Cass., Soc., 24 nov. 1998, n° 95-43.523, *Bull. civ.* V, n° 515, p. 383, *D.* 1999, *Somm.* 174, obs. FADEUILHE ; *Dr. soc.* 1999. 351, note JEAMMAUD ; *JCP E* 1999. 870, note TAQUET.

¹⁵⁰² L. MAYER, « Libre propos sur la réforme annoncée de la transaction », *Gaz. Pal.*, 30 août 2016, n° 29, p. 43 : il peut ainsi s'agir d'une erreur sur les données factuelles du litige, mais également d'une erreur sur les données juridiques du litige, du fait que l'erreur de droit est une cause de nullité de la transaction.

¹⁵⁰³ Selon une première conception, dite objective, la substance s'apparente à la manière dont la chose est faite : *Cf. ex. célèbre* conté par POTHIER des chandeliers en bronze argenté, et non en argent comme le croyait l'acquéreur. Selon une seconde conception, dite subjective, la substance d'une chose s'apprécie au regard de ses qualités qui sont essentielles pour celui qui s'engage. Dans le premier exemple cité, si la partie n'a contracté que parce qu'elle croyait que les chandeliers avaient été réalisés par tel orfèvre, il y a erreur sur les qualités essentielles qui vaut vice du consentement.

¹⁵⁰⁴ Au sens subjectif que la jurisprudence confère à ce terme.

résolue. La nouvelle rédaction du Code civil fait désormais référence aux « qualités essentielles des prestations ». Selon certains auteurs, ces prestations ne peuvent être assimilées aux données factuelles ou juridiques du litige, qui constituent davantage les éléments pris en compte par les parties afin de définir les prestations concédées. Les données du litige seraient ainsi assimilées aux « motifs qui ont présidé au consentement des parties à accomplir telle ou telle prestation à titre de concession »¹⁵⁰⁵. Or, l'erreur sur un simple motif, étrangère aux qualités essentielles de la prestation, n'est pas une cause de nullité¹⁵⁰⁶. Madame le professeur Lucie MAYER insiste ainsi sur la nécessité de préciser l'article 1135 avec un troisième alinéa qui prévoirait « qu'une erreur, commise par une partie à un contrat ayant pour objet le règlement d'un litige, et qui porterait sur un élément de définition de celui-ci, entraîne la nullité du contrat, même en l'absence de toute stipulation expresse en ce sens »¹⁵⁰⁷. L'auteur assimile les prestations, issues du nouvel article 1132 du Code civil, aux concessions réciproques des parties au protocole transactionnel. Pour autant, le Code civil précise bien que « les qualités essentielles de la prestation sont celles qui ont été expressément ou tacitement convenues et en considération desquelles les parties ont contracté ». L'article 1133 du Code civil consacre ainsi la conception dite « subjective » des qualités essentielles de la prestation. Ce sont les qualités jugées essentielles par les parties au contrat qui sont prises en considération. Alors que les parties au différend s'accordent, avec pour objectif premier de résoudre le différend en cause, il est indéniable que les qualités en question sont purement essentielles pour celles-ci. En ce sens, l'affaire ayant donné lieu à plusieurs arrêts de la Cour de cassation en date des 13 février 2001 et 24 avril 2003¹⁵⁰⁸, permet de préciser cette analyse. Dans ce cas d'espèce, après la vente d'un portrait représentant Claude Monet, dont le vendeur affirmait qu'il s'agissait de l'œuvre de John Singer Sargent, l'acheteur conçoit des doutes sur l'authenticité de l'œuvre et prétend que l'auteur serait en réalité un peintre suisse beaucoup moins réputé, Charles Giron. Les parties signent alors une transaction confirmant la vente à moitié prix du tableau. Dix ans plus tard, elles apprennent qu'il s'agissait en réalité d'un autoportrait du peintre Claude Monet. Le vendeur assigne alors l'acquéreur en annulation de la vente et de la transaction pour erreur sur la substance. En effet, s'il avait seulement envisagé que ce portrait pouvait être une œuvre du grand peintre, il n'aurait pas accepté de transiger à un prix si bas. Il a ainsi commis une erreur

¹⁵⁰⁵ L. MAYER, « Libre propos sur la réforme annoncée de la transaction », art. préc., spéc. n° 13.

¹⁵⁰⁶ C. civ., art. 1135.

¹⁵⁰⁷ L. MAYER, *op. cit.*, spéc. n° 13.

¹⁵⁰⁸ Cass., Civ. 1^{re}, 13 févr. 2001, n° 98-15.092, *Bull. civ. I*, n° 31, *JCP G* 2001, I, 330, obs. J. ROCHFELD ; *Defrénois* 15 avr. 2002, n° 37521, p. 476, note D. ROBINE ; Cass. Civ. 3^e, 24 avr. 2003, n° 01-17.458, *D.* 2004, p. 450, note S. CHASSAGNARD ; *JCP G* 2003, II, 10134, note R. WINTGEN.

sur une donnée déterminante du litige, à savoir la valeur de l'œuvre. Dès lors, en vertu de l'article 1133 du Code civil, ces données factuelles du litige peuvent bien s'apparenter aux qualités essentielles de la prestation, analysées comme celles « en considération desquelles les parties ont contracté ». L'erreur en question est admise comme cause de nullité parce qu'elle a pour origine une erreur distincte de l'erreur sur la solution du litige. Il s'agit en effet d'une erreur sur les termes de la contestation ou sur la consistance du litige¹⁵⁰⁹.

391. Au titre de ces nouvelles dispositions, l'ordonnance de 2016 rapproche la transaction d'un contrat de droit commun et élimine ses spécificités¹⁵¹⁰ ; ceci dans un objectif de simplification du droit. La particularité de l'accord amiable reste alors observable dans l'étude des prestations, qui ont pour objet de résoudre le litige. Il ne faut en effet pas perdre de vue l'essence même de cet accord, qui est de résoudre un différend et de faire œuvre de justice. Cette assimilation du régime de la transaction à celui des contrats de droit commun facilite cependant les possibilités de demander nullité. Elle fragilise dès lors l'accord amiable. Toutefois, l'application des règles du droit commun des contrats tend à privilégier l'équilibre de l'accord. En ce sens, l'encadrement observé par le biais du droit commun des contrats s'apparente à celui opéré par le droit processuel et le droit à une procédure équitable.

392. Dol. Le dol est le fait d'obtenir le consentement de son cocontractant par des manœuvres, des mensonges, ou par la dissimulation d'une information déterminante à son consentement¹⁵¹¹. Le comportement fautif de l'une des parties entraîne l'erreur de l'autre contractant ; l'erreur dans l'esprit du cocontractant est donc provoquée. Dès lors, la victime peut demander la nullité du contrat si les éléments matériel¹⁵¹² et intentionnel¹⁵¹³ sont réunis. La dissimulation d'une preuve est alors sanctionnée¹⁵¹⁴. Au titre de la réticence dolosive, la dissimulation de l'information doit être intentionnelle¹⁵¹⁵ et concerner un fait déterminant qui aurait empêché l'autre partie de contracter¹⁵¹⁶. En revanche, l'erreur sur l'existence ou le

¹⁵⁰⁹ Il est alors admis que « l'erreur qui justifie l'annulation de la transaction est l'erreur sur un fait tenu pour constant par les parties » (S. GUINCHARD et a., *op. cit.*, n° 820, p. 1517) – À ce sujet, v. not. Cass., Civ. 1^{re}, 22 mai 2008, n° 06-19.643, *Bull. civ. I*, n° 151.

¹⁵¹⁰ Constat confirmé avec la suppression de la référence à « l'autorité de la chose jugée » (C. civ., art. 2052 anc^t), v. *supra* n°s 112 s.

¹⁵¹¹ C. civ., art. 1137.

¹⁵¹² Des manœuvres, des mensonges (dol actif) ou la dissimulation d'une information déterminante (dol passif).

¹⁵¹³ L'intention dolosive.

¹⁵¹⁴ Cass., Civ. 1^{re}, 12 janv. 1970, n° 68-12.417, *Bull. civ. I*, n° 13, p. 10.

¹⁵¹⁵ Le simple manquement à une obligation d'information ne suffit pas : Cass., Com., 28 juin, 2005, n° 03-16.794, *Bull. IV*, n° 140, p. 151.

¹⁵¹⁶ Cass., Civ. 3^e, 15 janv. 1971, n° 69-12.180, *Bull. civ. III*, n° 38, p. 25, *RTD civ.* 1971. 839, obs. LOUSSOUARN.

contenu d'une preuve ne sera pas sanctionnée¹⁵¹⁷. La sanction de ce vice du consentement rejoint l'exigence procédurale de loyauté, qui impose une attitude obéissant aux lois de la probité de la droiture ou de l'honneur¹⁵¹⁸.

393. La violence. En vertu de l'article 1140 du Code civil, « il y a violence lorsqu'une partie s'engage sous la pression d'une contrainte qui lui inspire la crainte d'exposer sa personne, sa fortune ou celles de ses proches à un mal considérable ». Les violences de différentes natures peuvent aboutir à vicier le consentement si elles sont illégitimes. Elle peut ainsi prendre la forme d'une violence morale. Tel était notamment le cas dans une affaire ayant donné lieu à un arrêt en date du 13 janvier 1969¹⁵¹⁹. Un assureur malintentionné s'était mis directement en rapport avec la victime dont l'état psychique était déficient et avait fait pression sur elle, alors qu'elle était privée de son conseil, pour obtenir une transaction fondée sur un partage par moitié des responsabilités ; bien que la compagnie La Foncière ait auparavant admis que son assuré était entièrement responsable. Si la nullité avait été prononcée, la pression avait pourtant été assimilée à un dol. Les cas de violence restaient alors rares jusqu'à ce que la Cour de cassation admette que la contrainte économique soit à l'origine d'une violence¹⁵²⁰.

394. Bilan relatif au consentement. En considération de l'analyse de ces vices, la condition d'un consentement libre et éclairé dans un règlement amiable doit être interprétée au regard des garanties d'une procédure de règlement des différends équitable. À cet égard, l'appréciation du consentement des parties est envisagée de manière plus large. Les parties qui s'engagent dans un processus amiable doivent respecter les principes de loyauté et d'égalité.

¹⁵¹⁷ Cass., Civ. 3^e, 15 mai 1991, n° 90-10.710, *Bull. civ.* III, n° 145, p. 85.

¹⁵¹⁸ Cf. n° 596.

¹⁵¹⁹ Cass., Civ. 1^{re}, 13 janv. 1969, *Bull. Civ.* I, n° 21.

¹⁵²⁰ Cass., Civ. 1^{re}, 30 mai 2000, n° 98-15.242, *Bull. civ.* I., n° 169, p. 109, *D.* 2000. 879, note J.-P. CHAZAL, *JCP* 2001, II, 10461, note G. LOISEAU : « attendu que, pour rejeter la demande d'annulation de l'acte du 10 septembre 1991, l'arrêt attaqué retient que, la transaction ne pouvant être attaquée pour cause de lésion, la contrainte économique dont fait état M. X... ne saurait entraîner la nullité de l'accord ; attendu qu'en se déterminant ainsi, alors que la transaction peut être attaquée dans tous les cas où il y a violence, et que la contrainte économique se rattache à la violence et non à la lésion, la cour d'appel a violé les [articles 2052 et 2053 du Code civil] ».

C) La capacité et le pouvoir de contracter en vue de résoudre un différend à l'amiable

395. Considération de la capacité dans le cadre d'un règlement amiable. En vertu de l'article 1145 du Code civil, « toute personne physique peut contracter sauf en cas d'incapacité prévue par la loi ». Quant aux personnes morales, leur capacité est « limitée par les règles applicables à chacune d'entre elle ». La capacité est définie comme l'« aptitude d'une personne à être titulaire de droits et à les exercer »¹⁵²¹. En raison de l'atteinte portée au droit fondamentalement protégé du droit d'accès au juge, les règles de capacité et de pouvoir des participants au processus amiable doivent être appréciées plus strictement encore que les autres conditions de validité. En effet, les règlements amiables, et plus particulièrement la transaction, font obstacle à l'introduction ou à la poursuite d'une action en justice. Dès lors, ce contrat constitue un acte grave. En ce sens, l'article 2045 du Code civil dispose que « pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction ».

396. Mesures de protection juridique et règlements amiables. Dans les régimes de tutelle, le tuteur ne peut transiger pour le mineur ou le majeur en tutelle qu'après avoir fait approuver par le conseil de famille ou, à défaut, par le juge les clauses de la transaction¹⁵²². De même, en cas d'administration légale, la transaction est assimilée à une renonciation et ne peut dès lors être conclue par les parents du mineur qu'avec l'autorisation du juge des tutelles¹⁵²³. Quant au régime de curatelle, la transaction doit être conclue avec l'assistance du curateur¹⁵²⁴.

397. Procédures collectives et règlements amiables. Le régime des procédures collectives intéresse également la capacité à transiger¹⁵²⁵. Bien qu'elles n'entraînent pas réellement un régime d'incapacité, elles dessaisissent le débiteur de la gestion de son patrimoine. En ce sens, les transactions relèvent d'un régime d'autorisation. En effet, lorsqu'une procédure collective est ouverte, qu'il s'agisse d'une sauvegarde, d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire, la transaction doit être autorisée par le juge-commissaire. Dans le cas d'une liquidation judiciaire, si la transaction est d'un montant indéterminé ou qu'elle

¹⁵²¹ R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, 14^e éd., Dalloz, Coll. « Cours », 2020, p. 78, n° 74.

¹⁵²² C. civ., art. 506. – Cass., Civ. 2^e, 2 juill. 2015, n° 14-21-562, *Bull.* 2016, n° 834, *Civ. 2^e*, n° 13, *AJ fam.* 2015. 502, obs. MONTOURCY ; *RTD civ.* 2015. 853, obs. HAUSER.

¹⁵²³ C. civ., art. 387-1, 4^o – Cass., Ch. mixte, 29 janv. 1971, n° 67-93.320, *Bull. crim. Ch. Mixte*, n° 34, p. 82, *D.* 1971. 301, concl. LINDON, note HAUSER et ABITBOL, *Défrénois* 1971, art. 29881, note MASSIP, *RTD civ.* 1971. 816, obs. NERSON.

¹⁵²⁴ C. civ., art. 467.

¹⁵²⁵ V. not. O. STAES, « Le contrat de transaction », *Bull. Joly Entreprise en difficulté*, dossier « Contrat(s) et entreprises en difficulté », janv. 2019, n° 1, p. 58.

excède un certain seuil, elle est en outre soumise à l'homologation du tribunal. Celui-ci apprécie l'intérêt de la transaction et vérifie *a posteriori* que l'ordonnance du juge-commissaire a été respectée. Les règles relatives à l'autorisation du juge-commissaire sont d'ordre public. Par conséquent, elles sont sanctionnées par une nullité absolue, insusceptible de confirmation¹⁵²⁶ et pouvant être demandée par tout intéressé¹⁵²⁷.

398. Pouvoirs entre époux et règlements amiables. Concernant les pouvoirs entre époux, l'article 1421 du Code civil dispose que « chacun des époux a le pouvoir d'administrer seul les biens communs et d'en disposer ». Pour autant, la jurisprudence a décidé que la transaction portant sur un bien commun devait recevoir l'accord des deux époux¹⁵²⁸.

399. Représentation conventionnelle et règlements amiables. Enfin, s'agissant de la représentation conventionnelle, le représentant doit disposer d'un pouvoir spécial en vue de transiger¹⁵²⁹. Alors que le mandataire *ad litem* est réputé avoir reçu pouvoir spécial de transiger à l'égard du juge et de la partie adverse¹⁵³⁰, il engage cependant sa responsabilité à l'égard de son client s'il transige au mépris du mandat donné par ce dernier¹⁵³¹. Alors que l'implication des avocats dans la résolution amiable des différends laisse penser à la convention de procédure participative, la solution doit être rapprochée. En effet, le régime de la procédure participative insiste sur le fait que cette convention est conclue par les parties, assistées de leur avocat¹⁵³². Ainsi, le pouvoir est bien entre les mains des seules parties.

400. Bilan relatif à la capacité et au pouvoir des parties de contracter. L'appréciation de la condition de capacité et de pouvoir des parties à contracter est dès lors bien plus rigoureuse que l'étude des deux conditions précédemment évoquées. En effet, c'est le régime des autorisations qui prévaut et des contrôles doivent être opérés. Ceci résulte du particularisme des accords amiables, et notamment de leurs effets processuels.

¹⁵²⁶ Cass., Com. 6 déc. 1994, n° 92-20.269, *Bull. civ.* IV, n° 372, *D.* 1995. Somm. 215, obs. HONORAT.

¹⁵²⁷ Cass., Com. 5 janv. 1999, n° 96-20.561, *Bull. civ.* IV, 4, p. 5.

¹⁵²⁸ Cass., Civ. 1^{re}, 12 juill. 1994, n° 92-17.197, *Bull. Civ.* I, n° 246, p. 178, *D.* 1995. Somm. 326, obs. LUCET, *JCP* 1995, I, 3821, n° 18.

¹⁵²⁹ Cass., Soc., 26 nov. 1964, *Bull. civ.* V, n° 790 ; Cass., Civ. 3^e, 12 avr. 1972, n° 71-10.538, *Bull. Civ* 3^e, n° 214, p. 153, *D.* 1972. 655 – V. C. civ., art. 1155.

¹⁵³⁰ Cass., Civ. 1^{re}, 7 juill. 1987, n° 85-18.769, *Bull. Civ.* I, n° 220, p. 162 ; Cass., Civ. 3^e, 16 déc. 1992, n° 91-12.502, *Bull. civ.* III, n° 324, p. 199.

¹⁵³¹ Un avocat qui prend l'initiative, sans instruction de son client, d'une négociation avec l'avocat adverse et conclut une transaction ne satisfaisant pas les intérêts de son client, transgresse son mandat : Cass., Civ. 1^{re}, 11 juill. 1983, n° 83-11.590, *Bull. civ.* I, n° 202.

¹⁵³² C. Civ., art. 2062 et 2064.

Paragraphe 3 : L'effet extinctif lié à la nature processuelle de l'accord amiable

401. Effet extinctif de l'accord amiable et droit processuel. Un effet extinctif entraîne l'extinction d'un droit, la perte d'un droit venu à expiration¹⁵³³. L'effet extinctif de l'accord amiable conduit ainsi à la perte du droit d'agir. En effet, un règlement amiable démontre son efficacité s'il éteint définitivement le différend qui en est à l'origine. Il met fin à la discorde et fait œuvre de paix sociale. Il revêt alors une véritable force et entraîne de grandes conséquences pour les parties au processus. Bien que cet effet soit reconnu par les textes en matière civile (A), l'étude processuelle invite à s'interroger sur le fait de savoir si cette règle est transposable aux règlements amiables réalisés dans les matières administrative (B) et pénale (C).

A) L'effet extinctif de l'accord amiable en matière civile

402. Exception des règlements amiables. Les règlements amiables donnent lieu à une exception, à l'instar de l'exception de transaction ou de chose transigée, comparable à l'autorité de chose jugée. En effet, l'ancien article 2052 du Code civil indiquait que « les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort ». Comme cela a déjà été indiqué, la formule était doublement maladroite¹⁵³⁴. Pour avoir autorité de la chose jugée, une décision doit être juridictionnelle. Or, force est d'admettre que la transaction, tout comme les autres accords amiables, n'est pas un acte juridictionnel. Nonobstant les difficultés à définir cette notion¹⁵³⁵, l'acte juridictionnel s'apparente à une « décision motivée émanant d'un tiers impartial et indépendant, revêtue d'une autorité particulière et insusceptible d'être contestée par les voies de droit ordinaire »¹⁵³⁶. La transaction, quant à elle, est l'œuvre des parties et ne relève pas d'une décision d'un tiers. Pourtant, bien que l'effet processuel de l'autorité de la chose jugée soit attribué aux actes juridictionnels, cela ne prive pas certains actes non juridictionnels de posséder un effet extinctif d'action, tels que la transaction, le procès-verbal de médiation ou de conciliation ou le contrat judiciaire¹⁵³⁷. Il s'ensuit qu'une partie ne s'aurait engagé un procès sur une matière ayant fait l'objet d'un accord amiable. Que vaudrait en effet un règlement

¹⁵³³ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° « extinctif » et « extinction ».

¹⁵³⁴ *Cf. supra* n° 112.

¹⁵³⁵ D. D'AMBRA, « Jugement », in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, *op. cit.*, pp. 688-695.

¹⁵³⁶ N. CAYROL, *Procédure civile*, Paris, 4^e éd., Dalloz, Coll. « Cours », 2022, n° 38, p. 13.

¹⁵³⁷ C. BOUTY, « Chose jugée », *Rép. Proc. Civ.*, mars 2018 (actualisation mars 2021), n° 323.

amiable si les parties pouvaient, par la suite, saisir un juge relativement au même objet ? Cela contreviendrait au respect de la parole donnée et conduirait à la survie du différend au sein de la société. Les individus se détourneraient alors de toute recherche d'entente, qui n'aurait aucun intérêt. Ainsi s'explique le rapprochement avec l'autorité de la chose jugée attachée aux jugements.

403. Rapprochement avec l'autorité de la chose jugée. Classiquement, l'autorité de la chose jugée est assimilée à une présomption de vérité. Selon l'adage *Res judicata pro veritate accipitur*, la chose jugée est tenue pour la vérité¹⁵³⁸. Cette référence à la vérité avait pour but d'assurer une meilleure acceptation de la décision juridique rendue, et donc de la chose jugée *stricto sensu*. Pour des raisons sociologiques, cet aspect positif de l'autorité de la chose jugée entraînait la légitimité des décisions de justice. Or, la véritable fonction technique de l'autorité de la chose jugée s'apprécie dans son aspect négatif qui consiste à empêcher le renouvellement des procès déjà jugés¹⁵³⁹. Le fondement de cet effet processuel est observable dans le principe général *non bis in idem*, selon lequel nul ne peut être traduit deux fois devant une juridiction répressive pour des faits identiques¹⁵⁴⁰. L'autorité de la chose jugée permet ainsi de « barrer la route du procédurier impénitent, mais également garantir la stabilité des droits reconnus au profit du défendeur à la nouvelle action »¹⁵⁴¹. Elle met dès lors en exergue une finalité pratique, en évitant un encombrement des tribunaux, et une réelle utilité sociale en protégeant les individus de procès perpétuels. Ainsi que l'avait énoncé Monsieur le professeur Jacques FOYER, « la conclusion de la chose jugée se fonde, au-delà du texte de la loi, sur une nécessité sociale. Nul besoin n'est d'aller en rechercher ailleurs la justification et le fondement [...] Il faut éviter le renouvellement des procès. La nécessité est de tous les temps et de tous les lieux »¹⁵⁴². Cette nécessité se perçoit également à l'aune du développement des règlements amiables. Nonobstant la maladresse terminologique de l'attribution de l'autorité de la chose jugée à une chose qui était transigée¹⁵⁴³, cet effet processuel doit leur être attaché. Il en va de

¹⁵³⁸ H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, 4^e éd., 1999, Litec, n° 396.

¹⁵³⁹ Concernant le double aspect de l'autorité de la chose jugée, v. C. AUBRY et C. RAU, *Droit civil français*, par E. BARTIN, Paris, 1922 ; R.-G. SCHWARTZENBERG, *L'autorité de la chose décidée*, Paris, LGDJ, Coll. « Bibliothèque de droit public », 1969, t. XCIII, p. 164 ; R. MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, Librairie du Recueil Sirey, 2^e éd., 1949, n° 577 ; P. CUCHE et J. VINCENT, *Précis de procédure civile*, éd. Dalloz, 10^e éd., n° 65 ; J. FOYER, *De l'autorité de la chose jugée en matière civile. Essai d'une définition*, thèse, Paris, 1954, vol. IX, 720 p. ; D. TOMASIN, *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile*, préf. P. HEBRAUD, Paris, LGDJ, Coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 143, 1975, 280 p.

¹⁵⁴⁰ L'autorité de la chose jugée prend ici une importance d'autant plus considérable qu'elle constitue une garantie essentielle pour le délinquant.

¹⁵⁴¹ C. BOUTY, « Chose jugée », art. préc., n° 309.

¹⁵⁴² J. FOYER, *De l'autorité de la chose jugée en matière civile. Essai d'une définition*, thèse préc., p. 325.

¹⁵⁴³ C. civ., art. 2052, anc¹.

leur réussite et de leur efficacité. Ainsi, malgré la réécriture de l'article 2052 et la suppression de l'expression précise de l'autorité de la chose jugée¹⁵⁴⁴, les transactions conservent un effet processuel qui s'oppose à la mise en œuvre, par les participants au processus, de leur droit d'action relativement au différend résolu. Le nouvel article 2052 du Code civil dispose en effet que « la transaction fait obstacle à l'introduction ou à la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet ». En ce sens, pour illustration, la transaction pour l'exécution d'un contrat interdit la demande en justice postérieure d'une partie relativement à l'exécution de ce contrat¹⁵⁴⁵. Cet effet extinctif du droit d'agir en justice par les parties est ainsi comparable à l'irrecevabilité tirée de l'autorité de la chose jugée¹⁵⁴⁶. D'ailleurs, elle se matérialise également par une fin de non-recevoir¹⁵⁴⁷, qui peut être soulevée en tout état de cause et même pour la première fois en appel¹⁵⁴⁸. Comme le précise l'article 122 du Code de procédure civile, la chose jugée est un moyen de défense qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut du droit d'agir. En ce sens, lorsqu'une partie a fait usage de son droit d'agir en justice, elle ne saurait réitérer la même demande pour remettre en cause le résultat qui ne lui conviendrait pas¹⁵⁴⁹. Qu'en est-il lorsque les parties ont conclu un accord mettant fin à un différend qui les opposait jusqu'alors ? Il advient que si, malgré la transaction, un procès renaît, le défendeur dispose contre son adversaire d'une exception péremptoire : l'*exceptio litis finitae per transactionem* ou exception de chose transigée, qui est en tous points semblable à l'*exceptio litis finitae rem judicatam* ou exception de chose jugée. Plus encore, lorsque la transaction intervient après une première décision juridictionnelle, elle emporte également renonciation à l'exercice des voies de recours, qui seront alors irrecevables¹⁵⁵⁰.

404. Subordination de l'effet extinctif à sa bonne exécution. La Cour de cassation précise cependant que la transaction « ne met fin au litige que sous réserve de son

¹⁵⁴⁴ Art. modifié par la loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016, préc., art. 10.

¹⁵⁴⁵ Cass., Civ. 3^e, 2 juill. 1970, n° 68-14.210, *Bull. Civ.* III, n° 464, p. 337.

¹⁵⁴⁶ L'intérêt de la transaction est en effet « d'éviter de savoir comment le juge aurait jugé ». Ainsi, tant le jugement que la transaction « ont pour résultat de mettre fin au litige par épuisement du droit d'action des parties » (P.-L. NIEL, « Contrat de transaction et copropriété », *Deffrénois*, 15 oct. 2011, n° 17, p. 1404).

¹⁵⁴⁷ V. Cass., Crim. 2 déc. 2008, n° 08-83.540, *Bull. crim.*, n° 241 ; Cass., Civ. 1^{re}, 5 janv. 2012, n° 10-27.328, Inédit.

¹⁵⁴⁸ Cass., Civ. 2^e, 24 mai 1971, n° 70-11.087, *Bull. civ.* II, n° 188, p. 134.

¹⁵⁴⁹ Sans évoquer la procédure d'appel prévue en vertu du droit à un double degré de juridiction.

¹⁵⁵⁰ Cass., Civ. 3^e, 21 mars 1990, n° 88-18.738, *Bull. civ.* III, n° 82, p. 43 ; Cass., Civ. 1^{re}, 1^{er} oct. 1980, n° 78-13.467, *Bull. Civ.* I, n° 236 ; Cass., Civ. 3^e, 3 avr. 1973, n° 71-13.723, *Bull. Civ.* III, n° 252, p. 183 ; Cass. Soc., 17 févr. 1960, *Bull. Civ.* IV, n° 180.

exécution »¹⁵⁵¹. Elle décide ainsi de faire dépendre l'effet extinctif de l'accord à son exécution. La disparition du litige et la renonciation à saisir un juge sont ainsi conditionnées par le respect des engagements pris dans la transaction. Cette position, selon laquelle l'effet extinctif dépend de l'exécution, s'explique par le fait que l'autorité de la chose jugée est justifiée par la disparition du différend. Dans le cadre d'une transaction, le différend ne peut disparaître que si les concessions réciproques sont effectivement réalisées¹⁵⁵². Il n'est donc pas nécessaire pour la partie victime de l'inexécution de solliciter préalablement la résolution de la transaction. La solution est comparable à celle prévue par l'article 2065 du Code civil au sujet de la procédure participative puisqu'il est prévu que : « L'inexécution de la convention par l'une des parties autorise une autre partie à saisir le juge pour qu'il statue sur le litige ». La solution semble alors s'appliquer pour l'ensemble des règlements amiables.

405. Autorité de la chose transigée. Malgré la modification rédactionnelle de l'article 2052 du Code civil, il est bien reconnu que les effets de l'autorité de la chose jugée sont attachés aux protocoles transactionnels¹⁵⁵³. Ils leur assurent ainsi sécurité et protection pour les parties. En ce sens, dans un arrêt du 4 mars 2021, la Cour de cassation a jugé que selon les articles 1103 et 2052 du Code civil, « la réparation du dommage est définitivement fixée à la date à laquelle une transaction est intervenue, celle-ci faisant obstacle à l'introduction ou à la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet »¹⁵⁵⁴. Elle estime alors qu'en procédant à une nouvelle évaluation des besoins au titre de la tierce personne de la victime, sans tenir compte, pour évaluer ses nouveaux besoins liés à un changement de situation, de ceux déjà définitivement évalués et indemnisés par la transaction de 2007, étant précisé que le protocole prévoyait la possibilité d'analyser les nouveaux besoins éventuels de la victime seulement en cas de modifications de sa situation, la cour d'appel a méconnu l'autorité de la chose jugée attachée à la transaction. La Cour de cassation n'a ainsi pas corrigé la formulation datée du pourvoi et l'utilise même au profit de l'efficacité de l'accord. L'effet processuel extinctif de la transaction est alors admis ; si ce n'est précisément par les textes depuis leur modification, il l'est par la jurisprudence. Or, *quid* des autres accords amiables conclus ?

¹⁵⁵¹ Cass., Civ. 1^{re}, 12 juill. 2012, n° 09-11582, *Bull. civ.* I, n° 173, *D.* 2012, p. 2577, note P. PAILLER ; *RTD civ.* 2013. 138, obs. GAUTIER ; *RTD civ.* 2013. 169, obs. THERY ; *RDC* 2013. 83, LAITHIER – Cass., Civ. 1^{re}, 7 nov. 1995, n° 92-21.406, *Bull. civ.*, n° 400, p. 279.

¹⁵⁵² Sur le lien entre l'autorité de la chose jugée de la transaction et les concessions réciproques, v. C. JARROSSON, « Les concessions réciproques dans la transaction », *D.* 1997, p. 267, n° 28.

¹⁵⁵³ V. *supra* n°s 111 s.

¹⁵⁵⁴ Cass., Civ. 2^e, 4 mars 2021, n° 19-16.859, *Daloz actualité*, 18 mars 2021, obs. C. BLERY.

406. Autorité de la chose issue d'un accord amiable. Dans la continuité des débats précédents, les accords amiables dont la nature juridique s'apparente à un contrat innommé maintiennent un flou dans le cadre de la justice amiable¹⁵⁵⁵. Concernant leur autorité, il semblerait que la réponse ait été donnée par la jurisprudence. Dans un arrêt en date du 5 janvier 2012¹⁵⁵⁶, la première chambre civile de la Cour de cassation approuve une cour d'appel d'avoir déclaré irrecevable une demande tendant à l'ouverture des opérations de compte, liquidation et partage formée par un héritier, alors qu'à la suite d'une mesure de médiation civile ordonnée par le juge de la mise en état du tribunal de grande instance, un protocole d'accord avait été signé par tous les héritiers et avait réglé la succession, et que ce protocole de médiation avait été homologué par une ordonnance du juge de la mise en état qui lui avait conféré la force exécutoire. Il est précisé dans l'attendu que, pour déclarer l'irrecevabilité de la demande, « la cour d'appel s'est fondée à bon droit, non pas sur l'autorité de chose jugée de l'ordonnance d'homologation comme le prétend le moyen, mais sur l'autorité de chose jugée du protocole de médiation lui-même ». La motivation de l'arrêt pourrait surprendre, sauf si le protocole de médiation a été pris sous la forme d'une transaction. Cette solution jurisprudentielle apparaît dès lors conforme à la finalité de la médiation. Il est ainsi précisé que les protocoles de médiation revêtent un effet extinctif, soit un effet processuel assimilé à l'autorité de la chose jugée. Dès lors, selon l'appellation qui pourrait être donnée à ces accords amiables, qui se distinguent des protocoles transactionnels, il serait possible d'évoquer une autorité de chose composée, ou de chose résolue à l'amiable¹⁵⁵⁷.

B) La transposition de l'effet extinctif de l'accord amiable en matière administrative

407. Évolution : vers la transposition de l'effet extinctif en matière administrative. Contrairement aux transactions régies par le droit civil dont les dispositions de l'article 2052 du Code civil sont applicables, la circulaire du 6 décembre 1995 énonçait qu'en « droit public, la transaction n'a pas autorité de la chose jugée... »¹⁵⁵⁸. Le développement et l'engouement des règlements amiables de la pratique administrative ont pourtant favorisé une transposition des

¹⁵⁵⁵ Cf. *supra* nos 372 s.

¹⁵⁵⁶ Cass., Civ. 1^{re}, 5 janv. 2012, n° 10-27.328, Inédit.

¹⁵⁵⁷ V. *supra* n° 373.

¹⁵⁵⁸ Circ. du 6 févr. 1995 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits, JORF n° 39, 15 févr. 1995, I.4. « Effets de la transaction » – v. égal. CE, section, 19 mars 1971, *Mergui*, n° 79962, Rec. p. 235.

règles civiles. Par une décision du 6 décembre 2002, le Conseil d'État s'est en effet rallié à l'analyse civiliste. Il reconnaît que les protocoles transactionnels sont exécutoires de plein droit, et conditionne l'autorité de la chose jugée à leur homologation seulement dans les cas où elle serait requise¹⁵⁵⁹. La transaction produit ainsi un effet extinctif sur les actions contentieuses ultérieures. Comme dans la matière civile, « lorsqu'une transaction a été régulièrement conclue et que les parties ont exécuté les obligations qu'elle comporte, elle fait obstacle à tout recours juridictionnel ultérieur concernant le litige concerné »¹⁵⁶⁰. Afin de préserver la sécurité juridique des accords conclus au terme d'une procédure amiable, les parties sont ainsi irrecevables à exercer devant le juge une action portant sur le même objet que celui qui a donné lieu à une transaction¹⁵⁶¹. De même, dans les cas où une action contentieuse a été engagée, une transaction met fin au procès. Ainsi, en l'absence de désistement, le juge constate qu'il n'y a pas lieu à statuer sur les demandes satisfaites par la transaction¹⁵⁶². En ce sens, à l'occasion d'un colloque relatif aux règlements amiables dans la pratique administrative, Monsieur Jean-Marc SAUVE, alors Vice-président du Conseil d'État, affirmait clairement que « lorsque les parties concluent une transaction, ce contrat a entre elle l'autorité de la chose jugée »¹⁵⁶³. L'effet processuel de l'autorité de la chose jugée, reconnu aux actes juridictionnels, est ainsi conféré à la transaction administrative. Alors que, postérieurement à ces propos, la notion de l'autorité de la chose jugée a été supprimée du Code civil, l'efficacité des accords amiables ne laisse point de doute dans la matière administrative.

408. La reconnaissance de l'effet extinctif de l'ensemble des accords amiables de la pratique administrative. S'inspirant du régime du protocole transactionnel, le tribunal administratif de Poitiers a jugé que « l'accord issu d'un processus de médiation est exécutoire de plein droit »¹⁵⁶⁴. Bien qu'aucun texte ne confère une autorité de chose jugée à l'accord de médiation, le juge administratif lui reconnaît une efficacité particulière en vertu d'un caractère

¹⁵⁵⁹ CE, Ass., avis, 6 déc. 2002, *Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Hay-les-Roses*, n° 249153, Rec. p. 196, I, préc.

¹⁵⁶⁰ Circ. du 6 févr. 1995 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits, préc., 1.4. 1. « Effet extinctif ».

¹⁵⁶¹ CE, 8 juill. 1925, *Sieur Renaud*, Rec. p. 653 ; CE, 8 févr. 1956, *dame Germain*, Rec. p. 69 ; CE, 31 mars 1971, *Sieur Baysse*, Rec. t. p. 1116 ; CE, 28 nov. 1990, *OPHLM de la Meuse*, T. p. 871.

¹⁵⁶² CE, 9 juill. 1929, *Sieur Quillery*, Rec. p. 703 ; CE, 28 janv. 1994, *Société Raymond Camus et Compagnie*, T. p. 1041. En outre, l'absence de convention en bonne et due forme, le juge fait preuve de souplesse, en déduisant l'accord des parties d'un faisceau d'indices : CE, 7 oct. 1981, *Sahuc*, Rec. p. 335 ; CE, 26 juill. 1949, *Marquis*, Rec. p. 470.

¹⁵⁶³ J.-M. SAUVE, « La médiation et la conciliation devant la juridiction administrative », Intervention à l'occasion du colloque organisé par le CE, en partenariat avec l'Ordre des avocats de Paris et le Groupement européen des magistrats pour la médiation (GEMME – France), 17 juin 2015.

¹⁵⁶⁴ TA Poitiers, 12 juill. 2018, préc.

exécutoire de plein droit. Cette assimilation des régimes des protocoles transactionnels et des accords de médiation s'explique notamment en raison du fait que la médiation peut être conduite par un tiers impartial ou un magistrat administratif¹⁵⁶⁵. Elle est alors dotée d'une efficacité supérieure à l'accord issu d'un protocole transactionnel conclu entre les parties. Ainsi revêtu d'un effet processuel lui conférant autorité, l'accord de médiation, comme la transaction, est assurément efficace. L'intervention du juge administratif devient alors inutile ; mais pourra être sollicitée dans certains cas particuliers pour qu'une force exécutoire soit conférée auxdites conventions.

409. Assimilation des régimes des règlements amiables dans les matières civile et administrative. Dans une perspective de droit processuel, il est intéressant de constater la correspondance entre l'effet extinctif de la transaction tant dans la matière civile que dans la matière administrative. Malgré une absence de dispositions législatives ou réglementaires énonçant précisément que les accords amiables sont dotés de l'autorité de la chose jugée¹⁵⁶⁶, la jurisprudence a reconnu à ces accords de volonté une véritable efficacité.

C) La transposition de l'effet extinctif de l'accord amiable en matière pénale

410. Particularité de la matière pénale. La mise en œuvre des mesures alternatives aux poursuites « vise à la conclusion d'un accord privé au sein du contentieux répressif »¹⁵⁶⁷. Ainsi retrouve-t-on toute l'ambiguïté de la matière pénale. La commission d'une infraction pénale peut donner naissance à deux réactions : l'action publique et l'action civile. La première se conçoit comme une réaction d'opposition à la lésion de l'intérêt général que cause nécessairement l'infraction. Il s'agit de l'action exercée au nom de la société. Quant à l'action civile, elle s'appréhende plutôt comme une réaction à l'atteinte d'un intérêt privé. Il s'agit de l'action exercée par la victime en vue de réparer le ou les préjudices subis. Dès lors, l'exécution des mesures alternatives aux poursuites produit des effets différents à l'égard de ces deux actions : l'action publique et l'action de la victime. En effet, quelles seront les conséquences de

¹⁵⁶⁵ V. CJA, art. L. 213-5, qui prévoit que le président de la juridiction ou le magistrat qu'il délègue à cet effet peut conduire la mission de médiation.

¹⁵⁶⁶ Ce qui peut s'expliquer en raison de la maladresse terminologique qui leur serait attribuée.

¹⁵⁶⁷ J.-B. PERRIER, « Médiation pénale », *Rép. De droit pénal et de procédure pénale*, janv. 2013 (actualisation avr. 2021), n° 64.

la conclusion d'un accord sur l'action répressive et sur l'action en réparation ? Cette distinction, liée à la particularité de la matière pénale, doit ainsi être étudiée.

411. Chose jugée et matière pénale. En vertu du principe d'opportunité des poursuites, le procureur de la République peut choisir entre trois solutions : poursuivre, refuser de poursuivre ou recourir à une mesure alternative aux poursuites¹⁵⁶⁸. Afin d'appréhender l'effet des solutions obtenues par la voie alternative, il est intéressant d'analyser l'autorité des autres réponses données. Dans le premier cas, la mise en mouvement de l'action publique permet la résolution du trouble causé à la société par le tribunal étatique. Cette décision aura dès lors autorité de la chose jugée en raison de sa nature juridictionnelle. Précisément, la chose jugée est « un mode d'extinction de l'action publique par l'effet d'une décision définitive, rendue par une juridiction répressive française relativement à cette action. L'autorité de la chose jugée empêche de recommencer un nouveau procès et de juger une seconde fois le délinquant à propos des mêmes faits (C. pr. pén., art. 368) »¹⁵⁶⁹. Dès lors, lorsque la sanction est établie par une autre voie, dispose-t-elle de la même autorité ? En choisissant le second cas, le procureur de la République peut classer l'affaire. En raison de la nature purement administrative du classement sans suite¹⁵⁷⁰, cette décision n'a pas l'autorité d'un jugement et, par conséquent, n'a pas l'autorité de la chose jugée¹⁵⁷¹. Le procureur de la République peut ainsi revenir sur sa décision, tant que la prescription n'est pas acquise. *Quid* cependant des solutions issues des mesures alternatives aux poursuites ? En effet, les règlements amiables ont pour objectif de mettre fin au différend en cause sans l'intervention du juge étatique. Ainsi, l'analyse du critère finaliste¹⁵⁷² impose de se questionner sur le fait de savoir si le procureur de la République peut revenir sur une solution exécutée par son auteur.

412. Effets de la composition pénale. Les effets de la composition pénale ne posent guère de difficulté en raison de la clarté du régime juridique consacré au sein du Code de procédure pénale. En effet, l'article 41-2 du Code de procédure pénale dispose que « l'exécution de la composition pénale éteint l'action publique ». En vertu de cette disposition, et de la même manière que dans la matière civile, la matière pénale pose une réserve d'exécution. L'effet

¹⁵⁶⁸ En vertu du principe d'opportunité des poursuites (CPP, art. 40-1).

¹⁵⁶⁹ B. BOULOC, *Procédure pénale*, 28^e éd. Dalloz, Coll. « Précis », 2021, n° 236, pp. 207-208.

¹⁵⁷⁰ V. A. VITU, « Le classement sans suite », *Rev. de sciences criminelles et de droit pénal comparé*, 1947, pp. 505 et s.

¹⁵⁷¹ Cass., Crim., 6 juin 1952, *Bull. crim.* n° 142, p. 240 ; Cass., Crim., 5 déc. 1972, n° 72-92.579, *Bull. crim.* n° 375, p. 945 ; Cass., Soc., 26 mai 1999, n° 96-42.902, Inédit.

¹⁵⁷² V. M. GIACOPELLI, « Les procédures alternatives aux poursuites. Essai de théorie générale », *Rev. De science criminelle et de droit pénal comparé*, 2012/3, n°3, pp. 505-521, spéc. n° 20.

extinctif de la composition amiable est conditionné par son exécution. Il peut ainsi être admis que la composition pénale a « autorité de la chose exécutée »¹⁵⁷³. *A contrario*, l'action civile n'est pas éteinte. La victime peut en effet « demander au procureur de la République de citer l'auteur des faits à une audience devant le tribunal pour lui permettre de se constituer partie civile »¹⁵⁷⁴. L'effet extinctif de la composition pénale n'est alors que partiel. Le différend n'est pas éteint dans son intégralité et la victime conserve la possibilité de demander réparation.

Cette autorité reconnue à la composition pénale relativement à l'extinction de l'action publique s'explique aisément en raison de la nécessaire validation par le juge étatique¹⁵⁷⁵. La composition pénale est ainsi pourvue, en toute logique, des effets de l'acte juridique relativement à l'action publique. Pour autant, malgré son caractère juridictionnel, l'ordonnance qui valide une composition pénale est dépourvue d'autorité au pénal sur le civil¹⁵⁷⁶.

413. Effets de la médiation pénale à l'égard de l'action publique. Contrairement à la composition pénale, les effets de la médiation pénale ne sont pas précisés dans les textes. Dans le silence de la loi, la Cour de cassation est intervenue à diverses reprises avec des décisions contradictoires concernant les mesures alternatives aux poursuites. Tout d'abord, dans un arrêt en date du 10 juin 2009, la Cour de cassation semble rendre irrecevable toute saisine du tribunal correctionnel postérieurement à un rappel à la loi¹⁵⁷⁷. Pourtant, dans un arrêt en date du 21 juin 2011¹⁵⁷⁸, la Cour de cassation casse un arrêt de la cour d'appel faisant application de la solution précédemment dégagée. Les juges du fond avaient en effet retenu que le procureur de la République ne pouvait engager des poursuites, contre la personne mise en cause, en cas d'exécution d'une mesure imposée en application de l'article 41-1. Or, dans cet arrêt, la Chambre criminelle de la Cour de cassation affirme que l'éventuel succès d'une mesure alternative aux poursuites ne priverait pas le procureur de la République de mettre en mouvement l'action publique, tant que celle-ci n'est pas prescrite. La conclusion d'une médiation pénale ne prive pas la mise en mouvement de l'action publique. Dans un arrêt en date du 17 janvier 2012¹⁵⁷⁹, la Cour de cassation va plus loin encore en étendant cette solution

¹⁵⁷³ *Ibid.*

¹⁵⁷⁴ CPC, art. 41-2, al. 9.

¹⁵⁷⁵ CPC, art. 41-2, al. 6.

¹⁵⁷⁶ Cass., Soc., 13 janv. 2009, n° 07-44.718, *Bull.* V, n° 1, D. 2009. 291, obs. LAVRIC, p. 709, note BEYNEIX et ROVINSKI : la Cour de cassation s'est fondée sur l'absence de débat contradictoire ainsi que sur la vocation réparatrice de cette procédure alternative aux poursuites.

¹⁵⁷⁷ Cass., Crim., 10 juin 2009, n° 09-80.718, Inédit.

¹⁵⁷⁸ Cass., Crim., 21 juin 2011, n° 11-80.003, *Bull. crim.*, n° 141, D. 2011. 2379, note F. DESPREZ ; *ibid.* 2349, point de vue J.-B. PERRIER ; *ibid.* 2012. 2118, obs. J. PRADEL ; *AJ pénal* 2011. 584, note L. BELFANTI ; *RSC* 2011. 660, obs. J. DANET ; *Gaz. Pal.* 17-19 juill. 2011, p. 18, note S. DETRAZ ; D. 2011. 2379, note F. DESPREZ ; D. 2011. 2349, point de vue J.-B. PERRIER.

¹⁵⁷⁹ Cass., Crim., 17 janv. 2012, n° 10-88.226, *Bull. Crim.* n° 12, D. 2012. 2118, obs. J. PRADEL.

à la partie civile. Elle juge qu'en dépit de l'exécution d'une mesure alternative aux poursuites, l'action publique n'est pas éteinte et que, par conséquent, la victime n'est pas privée de la possibilité de mettre celle-ci en mouvement par la voie d'une citation directe devant la juridiction de jugement, quand bien même sa plainte a été classée sans suite. La Cour de cassation transpose ainsi à la partie civile la solution retenue pour le ministère public. Du fait que l'action publique ne soit pas éteinte, le plaignant a la possibilité de la mettre en mouvement malgré la mesure de l'article 41-1 ; sous réserve, toutefois, que la victime n'ait pas renoncé à participer à un éventuel procès futur dans l'accord conclu avec le mis en cause.

Alors que la réussite d'une médiation pénale¹⁵⁸⁰ ne constitue pas une cause d'extinction de l'action publique, l'opportunité pratique de ce processus interroge. En effet, malgré la bonne volonté des participants à la médiation pénale, une procédure judiciaire peut tout de même être engagée. Certains y voient alors une remise en cause de la présentation traditionnelle de la médiation pénale¹⁵⁸¹. En effet, la médiation pénale ne serait pas une mesure « alternative aux poursuites » mais une « simple mesure préalable à la décision sur l'action publique, sans incidence sur cette dernière »¹⁵⁸².

414. Effets de la médiation pénale à l'égard de l'action civile. Contrairement à ce qui est le cas à l'égard de l'action publique, l'action civile ne survit pas dès lors que l'accord de médiation pénale est exécuté. L'exécution de l'accord éteint le droit à réparation de la victime. Précisément, lorsqu'une médiation est réalisée entre l'auteur des faits et la victime, le procureur ou son médiateur en dresse un procès-verbal, signé par lui-même et les parties, qui en reçoivent copie. Dans un arrêt du 10 avril 2013¹⁵⁸³, la Cour de cassation a reconnu que ce procès-verbal établi et signé à l'occasion d'une médiation pénale constitue une transaction qui permet à la victime d'agir sur le fondement des articles 2044 et suivants du Code civil. Cette qualification s'explique en raison de l'analyse des caractères de l'accord de médiation pénale, qui répondent à ceux de la transaction. En effet, il s'agit d'un contrat écrit, qui termine la contestation concernant les intérêts civils des parties au processus et qui présente les engagements respectifs pris¹⁵⁸⁴. L'auteur des faits incriminés s'engage en contrepartie de la renonciation de sa victime

¹⁵⁸⁰ Ainsi que des autres mesures alternatives aux poursuites visées à l'article 41-1 du Code de procédure pénale.

¹⁵⁸¹ N. FRICERO et a., *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, op. cit., n° 273.21, p. 483.

¹⁵⁸² J.-B. PERRIER, « Médiation pénale », *Rév. Pén.*, janv. 2013, n° 74 ; cité in N. FRICERO et a., *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, op. cit., n° 273.21, p. 483 ; S. FUCINI, « Le procès-verbal établi et signé à la suite d'une médiation pénale est une transaction », *Daloz actualité*, 22 avr. 2013.

¹⁵⁸³ Cass., Civ. 1^{re}, 10 avr. 2013, n° 12-13.672, *Bull. I*, n° 80, *Daloz actualité*, 22 avr. 2013, note FUCINI ; *D.* 2013. 1663, note PERRIER ; *AJ Pénal* 2013. 422, obs. LAVRIC.

¹⁵⁸⁴ V. S. FUCINI, « Le procès-verbal établi et signé à la suite d'une médiation pénale est une transaction », *Daloz actualité*, 22 avr. 2013, préc.

à sa plainte. Cette solution, qui confirme la lettre même du Code de procédure pénale, accroît davantage encore la portée de l'accord de médiation. En effet, dans cet arrêt du 10 avril 2013, la Cour de cassation fait une interprétation extensive de l'article 41-1 alinéa 1^{er} point 5^o du Code de procédure pénale. Ce dernier énonce que « si l'auteur des faits s'est engagé à verser des dommages et intérêts à la victime, celle-ci peut, au vu de ce procès-verbal, en demander le recouvrement suivant la procédure d'injonction de payer, conformément aux règles prévues par le code de procédure civile ». Or, la Cour ajoute que cette transaction, issue du processus du processus de médiation pénale, a pour but « d'assurer la réparation des conséquences dommageables de l'infraction et d'en prévenir la réitération par le règlement des désaccords entre les parties »¹⁵⁸⁵. Les accords de médiation pénale vont au-delà de la simple réparation du préjudice subi par la victime. Ils permettent « d'assurer la réparation du dommage causé à la victime, de mettre fin au trouble résultant de l'infraction ou de contribuer au reclassement de l'auteur des faits »¹⁵⁸⁶. Dans cette affaire ayant donné lieu audit arrêt de la Cour de cassation, l'auteur des faits s'était obligé à verser à la victime une somme en réparation du préjudice subi, mais également à prendre en charge deux crédits bancaires et à annuler la reconnaissance de dettes qu'elle lui avait consentie. Si la procédure d'injonction de payer prévue à l'article 1405 du Code de procédure civile permettait à la victime de réclamer les sommes que l'auteur des faits s'était engagé à lui verser, la prise en charge des crédits bancaires et l'annulation de la reconnaissance de dettes nécessitaient de recourir à la procédure d'exécution forcée. Dès lors, la Cour de cassation juge que le procès-verbal constitue « une transaction qui, en dehors de toute procédure pénale, tend à régler tous les différends s'y trouvant compris et laisse au procureur de la République la libre appréciation des poursuites en considération du comportement du mis en cause »¹⁵⁸⁷. Ainsi, le délinquant qui ne justifie pas s'être libéré de ses engagements, et qui ne prouve pas non plus que la victime y a renoncé, doit être condamné à exécuter la transaction. La sécurité de la médiation pénale est ainsi privilégiée.

415. Bilan relatif à l'effet extinctif de l'accord en matière pénale. L'infraction, qui est une action ou omission prohibée par la loi et imputable à son auteur¹⁵⁸⁸, révèle un antagonisme entre l'individu et la société. Le comportement de l'individu, qui méconnaît les règles fondamentales posées par l'autorité compétente pour l'harmonisation des rapports entre les personnes, provoque une réaction sociale. La réponse pénale doit ainsi être appréciée par

¹⁵⁸⁵ Cass., Civ. 1^{re}, 10 avr. 2013, n° 12-13.672, préc.

¹⁵⁸⁶ CPP, art. 41-1, al. 1^{er}.

¹⁵⁸⁷ Cass., Civ. 1^{re}, 10 avr. 2013, n° 12-13.672, préc.

¹⁵⁸⁸ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., v° « Infraction », sens 1.

l'ensemble de la société et non pas seulement par la victime directe. Ainsi, cela entraîne une complexité concernant l'appréciation des effets des accords conclus. La composition pénale exécutée éteint l'action publique mais donne possibilité à la victime d'agir ultérieurement devant les tribunaux afin d'obtenir réparation des préjudices civils. La médiation pénale, quant à elle, éteint l'action civile mais ne constitue pas une cause d'extinction de l'action publique. L'action publique survit et ainsi le différend n'est pas résolu. Dès lors, si la qualification de transaction a été donnée à l'accord issu du processus de médiation pénale, son effet extinctif ne vaut que pour l'action civile. L'intérêt général et la protection de la société eu égard aux atteintes causées par le biais de l'infraction privent l'accord d'effet extinctif relativement à l'action publique.

Ce constat confirme ainsi le fait que la médiation pénale n'est pas davantage un règlement amiable des différends, qu'elle n'est une mesure alternative aux poursuites. Ce processus présente des avantages certains. Il œuvre pour une prise de conscience et un reclassement du délinquant, pour offrir davantage de considération à la victime, ainsi que pour résorber l'engorgement des tribunaux. Pour autant, les intérêts de la société sont privilégiés au détriment de l'accord obtenu. Quant à la composition pénale, elle peut être considérée comme une alternative aux poursuites du fait qu'elle a pour effet d'éteindre l'action publique ; mais il n'en reste pas moins vrai, qu'eu égard à ses caractéristiques, il ne s'agit en aucun cas d'un règlement amiable.

Malgré les difficultés appréciées en raison de leur nature hybride, force est de constater que la réussite des règlements amiables dépend de leur exécution. L'efficacité de ces processus impose un droit à leur exécution.

Section 2 : Issue du règlement amiable et droit à son exécution

416. Exécution et efficience du règlement amiable. À l'aune de l'institutionnalisation des règlements amiables des différends, le législateur a souhaité leur donner pleine efficience. Sauf les cas où le procès-verbal de conciliation est contresigné par le juge, les parties peuvent soumettre leur accord à l'homologation du juge. Toutefois, le récent décret n° 2022-245 du 25 février 2022 a introduit dans le Code de procédure civile une procédure permettant aux parties d'obtenir la formule exécutoire par le greffe¹⁵⁸⁹.

¹⁵⁸⁹ CPC, art. 1568 à 1571.

L'étude des contours de l'homologation, qui confère la force exécutoire de l'accord amiable (§1), ainsi que l'observation de l'extension du domaine du droit à l'exécution à d'autres actes¹⁵⁹⁰ permettront d'affirmer qu'il existe désormais un véritable droit à l'exécution des règlements des différends ; qu'ils soient juridictionnels ou amiables (§2).

Paragraphe 1 : Homologation de l'accord amiable et force exécutoire

417. Étude de l'homologation de l'accord amiable. L'intérêt porté à l'homologation par le juge s'explique par le fait qu'elle accompagne la promotion des règlements amiables des différends. En phase avec les enjeux de la justice du XXI^e siècle, l'homologation offre à l'accord obtenu une véritable efficacité. Il est alors nécessaire de s'intéresser à ce droit de soumettre l'accord amiable à l'homologation du juge (A) et aux modalités procédurales qui lui sont inhérentes (B) avant d'apprécier les contours et les conséquences de la décision même d'homologation (C).

A) Le droit de soumettre l'accord amiable à l'homologation du juge

418. Notion. Le terme « homologation » puise ses racines dans le latin scolastique *homologare*¹⁵⁹¹ et dans le terme grec *ὁμολογεῖν* qui signifie reconnaître. En effet, le terme *homologare* est lui-même construit à partir du verbe grec *homologeïn*¹⁵⁹², dont le préfixe *homo-* signifie « semblable » ou « le même » et *logeïn* qui renvoie à *legeïn* qui signifie « dire »¹⁵⁹³. L'homologation revient ainsi à approuver, à « dire la même chose » et à reconnaître une certaine force à un acte¹⁵⁹⁴. En Grèce, l'*homologia* tend à reconnaître la force d'un échange de paroles concordantes. En ce sens, elle se charge du contenu juridique et doit être assimilée à une source d'obligations. Ainsi, en procédure, elle illustre l'impossibilité pour les plaideurs qui s'accordent sur les faits d'un litige devant témoins de présenter une autre version

¹⁵⁹⁰ À l'instar de la nouvelle procédure applicable à l'apposition de la formule exécutoire par le greffe, v. *supra* n° 364 et *infra* n° 449.

¹⁵⁹¹ O. BLOCH et W. VON WARTBURG, *Dictionnaire étymologique de la langue française*, 2008, PUF, Quadrige, p. 323.

¹⁵⁹² Dont le substantif est *homologia*.

¹⁵⁹³ A. FURETIÈRE, *Dictionnaire universel*, éd. revue et augmentée par H. BASNAGE DE BEAUVAL et J.-B. BRUTEL DE LA RIVIÈRE, t. 2, 1727, v° « Homologuer ».

¹⁵⁹⁴ J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), *Le Petit Robert. Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, *op. cit.*, v° « Homologuer », sens 2.

ultérieurement, dans le procès¹⁵⁹⁵. L'*homologia* met dès lors un terme à la discorde par la force de l'accord.

419. Le *Vocabulaire juridique* Capitant définit l'homologation comme l'« 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 »¹⁵⁹⁶. La définition de la notion atteste ainsi de deux dimensions : d'une part l'approbation et d'autre part l'attribution de la force exécutoire¹⁵⁹⁷. En ce dernier sens, l'homologation est un acte d'autorité émanant du juge. Le *Grand Larousse de la langue française* retient ainsi la définition de « confirmer, approuver par autorité de justice des actes émanés de simples particuliers »¹⁵⁹⁸. Pourtant, la difficulté réside dans le fait que « le terme d'« homologation » ne renvoie en effet par lui-même à aucune définition précise et générale »¹⁵⁹⁹ ; ce qui cause une certaine confusion concernant la nature du contrôle opéré par le juge. Dans une acception large, homologuer revient ainsi à confirmer l'accord conclu et lui accorder la force exécutoire, pour permettre au bénéficiaire de l'accord de recourir aux voies d'exécution forcée dans le cas où le débiteur ne s'exécuterait pas spontanément. En effet, en vertu de l'article L. 111-3 du Code des procédures civiles d'exécution, les accords auxquels les juridictions de l'ordre judiciaire ont conféré force exécutoire constituent des titres exécutoires¹⁶⁰⁰. Le juge, titulaire de l'*imperium*, détient le monopole pour accorder cette force exécutoire. Ainsi, et jusqu'à récemment, à l'exception des extraits de procès-verbaux de conciliation signés par le juge et les parties¹⁶⁰¹, les autres accords amiables nécessitaient l'homologation du juge afin de pouvoir constituer des titres exécutoires, au même titre que les jugements. Toutefois, le décret n° 2022-245 a créé la procédure applicable à l'apposition de la formule exécutoire par le greffe sur l'acte d'avocat constatant un accord issu d'un mode amiable

¹⁵⁹⁵ V. G. THÜR., « The statute on *homologein* in Hyperide's speech against Athenogenes », *Dike* 16, 2013, p. 1-10, en référence au discours d'Hypéride dans l'affaire Epicratès contre Athénogène.

¹⁵⁹⁶ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° « Homologation », sens 1.

¹⁵⁹⁷ Cette double dimension se retrouve dans le Dictionnaire du Moyen-Français (1330-1500) qui appréhende la notion comme : « confirmer quelque-chose officiellement, rendre quelque-chose exécutoire par un acte spécial émanant d'une autorité » : *Dictionnaire du moyen français* (DMF), v° « Homologuer », disponible sur : <http://www.atilf.fr/dmf/definition/homologuer>.

¹⁵⁹⁸ *Grand Larousse de la langue française*, t. 3, 1989, v° « Homologuer » : « confirmer, approuver par autorité de justice des actes émanés de simples particuliers » ; v. aussi F. GODEFROY, *Dictionnaire de l'ancienne langue française et de tous ses dialectes du IXe au XVe siècle*, Complément, t. 9, v° « Homologuer », 1898, p. 763, dont la définition expose davantage la supériorité de l'autorité de justice : « confirmer par autorité de justice un acte fait entre particuliers ou émanant d'une autorité inférieure ».

¹⁵⁹⁹ X. VUITTON, « Quelques réflexions sur l'office du juge de l'homologation dans le livre V du code de procédure civile », *RTD civ.* 2019, p. 771, n° 2.

¹⁶⁰⁰ CPCE, art. L. 111-3, 1°.

¹⁶⁰¹ CPCE, art. L. 111-3, 3°.

de résolution des différends¹⁶⁰². Dès lors, outre la demande d'homologation, il est offert une autre possibilité aux parties pour obtenir la force exécutoire de l'accord conclu¹⁶⁰³.

420. Caractère facultatif de la demande. Dans le cadre d'une conciliation judiciaire, la teneur de l'accord est consignée dans un procès-verbal signé par les parties et le juge ou dans un constat signé les parties et le conciliateur de justice¹⁶⁰⁴. L'article 131 du Code de procédure civile précise que ce procès-verbal vaut titre exécutoire¹⁶⁰⁵. Quant au constat d'accord, les parties peuvent le soumettre à l'homologation du juge¹⁶⁰⁶. Dans le cadre de la médiation judiciaire, l'article 131-12 du Code de procédure civile, qui concerne la possibilité pour les parties de demander au juge d'homologuer l'accord auquel elles sont parvenues, a été légèrement modifié par le décret n° 2022-245 précité. Le texte disposait jusqu'alors que les parties pouvaient soumettre à l'homologation du juge « le constat d'accord établi par le médiateur de justice ». Cette expression, jugée discutable¹⁶⁰⁷, a dès lors été remplacée par « l'accord issu de la médiation »¹⁶⁰⁸. Qu'il s'agisse d'une conciliation judiciaire ou d'une médiation judiciaire, les parties peuvent néanmoins soumettre l'accord issu du processus amiable à l'homologation du juge¹⁶⁰⁹. Il s'agit d'une faculté pour les parties de faire reconnaître à l'accord conclu un certain pouvoir, mais ce n'est pas une obligation. Dans le cadre des modes amiables judiciaires, l'intervention du juge constitue un gain de temps. Elle ôte une étape dans le processus de reconnaissance de la force de l'accord amiable puisqu'un nouveau contrôle ne sera pas nécessaire. Lorsque le règlement amiable se réalise sans l'intervention du juge, soit de manière conventionnelle, il nécessite une homologation pour obtenir la force exécutoire¹⁶¹⁰ et

¹⁶⁰² V. *infra* n° 449.

¹⁶⁰³ CPCE, art. L. 111-3, 7°.

¹⁶⁰⁴ CPC, art. 130, pour la conciliation judiciaire qui se réalise sous l'égide du juge ou d'un conciliateur de justice.

¹⁶⁰⁵ V. not. T. com. Châlons-sur-Marne, 1^{er} juin 1978, *Gaz. Pal.* 1978. 2. 555, note DECHEIX ; *RTD. Civ.* 1979. 198, obs. PERROT : L'accord signé par le juge et les parties n'a pour effet que de permettre la délivrance d'un titre exécutoire et nullement de remettre en question l'accord. – v. égal. CPCE, art. L. 111-3, 3° qui précise que « Les extraits de procès-verbaux de conciliation signés par le juge et les parties » valent titre exécutoire.

¹⁶⁰⁶ CPC, art. 131.

¹⁶⁰⁷ À ce sujet, v. L. MAYER, art. préc., spéc. n° 15.

¹⁶⁰⁸ Le rapp. de la CA de Paris, « La promotion et l'encadrement des modes amiables de règlement des différends », déposé en mars 2021 (consultable sur <https://lext.so/F2G3m1>) proposait de remplacer l'expression par les mots « le constat d'accord signé par les parties » (proposition 24). Cette expression aurait alors été en correspondance l'expression utilisée pour la conciliation judiciaire, reprenant le terme de « constat d'accord ».

¹⁶⁰⁹ Pour la conciliation judiciaire, CPC, art. 131 et pour la médiation judiciaire, CPC, art. 131-12 et L. n° 95-125 du 8 févr. 1995, préc., art. 21-5.

¹⁶¹⁰ Cass., Civ. 2^e, 28 sept. 2017, n° 16-19.184 : « alors que l'homologation d'un accord transactionnel qui a pour seul effet de lui conférer force exécutoire ne fait pas obstacle à une contestation de la validité de cet accord devant le juge de l'exécution ».

la qualité de titre exécutoire¹⁶¹¹. Les parties disposent alors de la possibilité de saisir le juge aux fins d'homologation¹⁶¹².

Depuis 2017¹⁶¹³, les accords amiables relatifs aux différends qui entrent dans le champ de compétence matérielle du conseil de prud'hommes sont également susceptibles d'être homologués par le juge conformément à l'article R. 1471-1 du Code du travail. Cette faculté reconnue au juge prud'homal résulte d'une extension des dispositions générales à ce dernier¹⁶¹⁴. En effet, « les dispositions du livre V du code de procédure civile sont applicables aux différends qui s'élèvent à l'occasion d'un contrat de travail »¹⁶¹⁵.

Quant à l'homologation en matière administrative, elle présente des points communs avec l'homologation par le juge judiciaire notamment au regard du contrôle de l'acte qui est soumis au juge et des effets recherchés. Néanmoins, elle présente quelques spécificités puisque l'intervention du juge n'est pas indispensable. Il ressort en effet de la jurisprudence classique du Conseil d'État que le caractère exécutoire est reconnu aux protocoles transactionnels et aux accords de médiation¹⁶¹⁶. Il n'en reste pas moins vrai que ce caractère exécutoire doit être distingué « de la “force exécutoire” que confère le juge dans le cadre de l'homologation et qui se définit comme ce “qui peut être mis à exécution, au besoin par la force (avec le concours de la force publique)” »¹⁶¹⁷.

421. Exceptions au caractère facultatif de la demande. Contrairement au droit commun, certains accords nécessitent une homologation du juge. Tel est le cas pour les accords négociés dans le cadre des actions de groupe et les transactions conclues en liquidation judiciaire.

L'accord négocié dans le cadre d'une action de groupe est obligatoirement soumis à homologation. L'article 76 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 énonce, en effet, que « tout accord négocié au nom du groupe est soumis à l'homologation du juge, qui vérifie s'il

¹⁶¹¹ CPCE, art. L. 111-3, 1°. – à l'exception de la nouvelle procédure créée par le décr. n° 2022-245 (v. *infra* n° 449).

¹⁶¹² Pour la médiation conventionnelle : CPC, art. 1534 et 1535 – pour la conciliation conventionnelle : CPC, art. 1541 – pour la convention de procédure participative : CPC, art. 1566 – CPC, art. 1565 comme disposition commune.

¹⁶¹³ Décr. n° 2017-1008 du 10 mai 2017 portant diverses dispositions procédurales relatives aux juridictions du travail, JORF n° 0110 du 11 mai 2017, texte n° 147, art. 5.

¹⁶¹⁴ Quant au domaine d'application, le Code du travail ne prête pas attention à la nature du règlement amiable. Les dispositions relatives à l'homologation « sont applicables à la transaction conclue sans qu'il ait été recouru à une médiation, une conciliation ou une procédure participative » (al. 3).

¹⁶¹⁵ C. trav., art. 1471-1, al. 1^{er}.

¹⁶¹⁶ V. *supra* nos 369 s. et 408.

¹⁶¹⁷ J.-P. TRICOIT, *Le guide pratique du règlement amiable conventionnel. Panorama des modes amiables de règlement des différends*, 1^{re} éd., Gualino, Lextenso, 2021, spéc. n° 1128, p. 343.

est conforme aux intérêts de ceux auxquels il a vocation à s'appliquer et lui donne force exécutoire »¹⁶¹⁸. Cette action, instituée en 2016, permet aux personnes placées dans une situation similaire, qui subissent un dommage causé par une même personne, de faire cesser le manquement à une obligation légale ou contractuelle et/ou d'engager la responsabilité de celle-ci afin d'obtenir la réparation des préjudices subis¹⁶¹⁹. L'existence d'un groupe et des multiples préjudices subis justifie que cet accord soit soumis à une procédure d'homologation obligatoire. À ce titre, le juge vérifie également que « l'accord précise les mesures de publicité nécessaires pour informer de son existence les personnes susceptibles d'être indemnisées sur son fondement, ainsi que les délais et modalités pour en bénéficier »¹⁶²⁰. Il en est de même pour l'engagement d'une action de groupe devant les juridictions administratives¹⁶²¹.

Les transactions conclues en liquidation judiciaire font également exception au caractère facultatif de la demande d'homologation. Selon les termes de l'article L. 642-24 alinéa 2 du Code de commerce, les transactions conclues en liquidation judiciaire, lorsqu'elles portent sur une valeur indéterminée ou supérieure à la compétence en dernier ressort du tribunal, sont soumises à une double formalité d'autorisation par le juge commissaire et d'homologation par le tribunal. Dans un arrêt en date du 6 décembre 1994¹⁶²², la Cour de cassation a décidé que l'homologation est exigée à peine de nullité absolue de l'acte.

422. Si l'obligation de saisir le juge aux fins d'homologation reste l'exception, il en est différemment en matière pénale. En effet, la validation de l'accord, réalisée par le juge, est la règle. Les transactions proposées par le maire et acceptées par les contrevenants doivent être *homologuées* par le procureur de la République ou par le juge compétent du tribunal de police lorsqu'elles consistent en l'exécution, au profit de la commune, d'un travail non rémunéré pendant une durée maximale de trente heures¹⁶²³. La convention judiciaire d'intérêt public et la composition pénale imposent, quant à elles, une *validation* du président du tribunal judiciaire¹⁶²⁴ ; exception faite à la proposition de composition pénale de l'alinéa 6 de l'article

¹⁶¹⁸ L. n° 2016-1547 du 18 nov. 2016, préc.

¹⁶¹⁹ *Ibid.*, art. 62 ; CPC, art. 848 et s.

¹⁶²⁰ *Ibid.*, art. 76, al. 2.

¹⁶²¹ CJA, art. L. 77-10-17.

¹⁶²² Cass., Com., 6 déc. 1994, n° 92-20.269, *Bull. Civ. IV*, n° 372, p. 307 ; v. not. O. STAES, « Le contrat de transaction », *Bull. Joly Entreprise en difficulté*, dossier « Contrat(s) et entreprises en difficulté », janv. 2019, n° 01, p. 58.

¹⁶²³ CPP, art. 44-1.

¹⁶²⁴ CPP, art. 41-1-2 et 41-2.

41-2 du Code de procédure pénale¹⁶²⁵. Si la distinction entre les notions d'homologation et de validation interroge, elle fait référence à la confusion du contrôle réalisé par le juge et, donc, aux modalités procédurales de l'homologation qui font montre de quelques imprécisions¹⁶²⁶.

B) Les modalités procédurales en vue de l'homologation

423. Le moment de la demande d'homologation. L'homologation peut être demandée « à tout moment »¹⁶²⁷. Le moment de la demande de l'homologation est entendu de manière très large. Il peut s'agir d'une demande en dehors d'une instance ou à l'occasion de la saisine du juge, quel que puisse être le stade de l'instance. En ce sens, le juge de la mise en état dispose de la faculté de procéder à l'homologation. « Il homologue, à la demande des parties, l'accord qu'elles lui soumettent »¹⁶²⁸. Également, lorsque dans le cadre d'une expertise les parties viennent à se concilier, « elles peuvent demander au juge de donner force exécutoire à l'acte exprimant leur accord »¹⁶²⁹.

En matière administrative, les règles animant l'homologation d'un protocole transactionnel ont été construites par la jurisprudence¹⁶³⁰. Ainsi, dans le même sens, il a été admis que les parties à une instance en cours devant le juge administratif peuvent lui présenter, y compris à l'occasion d'un pourvoi en cassation, des conclusions tendant à l'homologation d'une transaction¹⁶³¹. Lorsque la transaction est réalisée en dehors de toute instance, en revanche, la demande est par principe irrecevable¹⁶³², sous réserve de deux exceptions. Tout d'abord, « dans l'intérêt général, lorsque la conclusion d'une transaction vise à remédier à une

¹⁶²⁵ CPP, art. 41-2 : « Par dérogation aux huit premières phrases du présent alinéa, la proposition de composition n'est pas soumise à la validation du président du tribunal lorsque, pour une contravention ou pour un délit puni d'une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à trois ans, elle porte sur une amende de composition n'excédant pas le montant prévu au premier alinéa de l'article 131-13 du code pénal ou sur la mesure prévue au 2° du présent article, à la condition que la valeur de la chose remise n'excède pas ce montant ».

¹⁶²⁶ Distinction analysée plus précisément en *infra* nos 428 et 435.

¹⁶²⁷ V. not. CPC, art. 131, al. 2 et 131-12, al. 1.

¹⁶²⁸ CPC, art. 785, al. 3 (art. 768, al. 2, anc¹).

¹⁶²⁹ CPC, art. 281, al. 2.

¹⁶³⁰ V. not. L. BONNARD, « L'homologation des transactions et des accords de médiation par le juge administratif », *Contrats Publics*, n° 194, janv. 2019, Dossier « Les modes alternatifs de règlement des litiges », pp. 61-64.

¹⁶³¹ CE, 11 juill. 2008, *Société Krupp Hazemag*, req. n° 287354 ; v. aussi CAA Paris, 4^e ch., 21 déc. 2008, *Société Baudin Châteauneuf c/ OPPIC*, n° 13PA04730, F-D. Dans le cadre d'un contentieux administratif, les parties peuvent demander au juge de constater leur accord sans que la transaction soit formalisée par un écrit ou, au contraire, en lui soumettant la transaction formalisée par écrit.

¹⁶³² Le commissaire du gouvernement, Monsieur Gilles LE CHATELIER relevait notamment la problématique d'une admission d'une homologation par la juridiction administrative en soulignant dans ses conclusions sur la décision *L'Hay-les-Roses* (préc.) que l'homologation ne devait pas aboutir à « juridictionnaliser une procédure amiable, dont l'objet même est d'éviter de recourir au juge » (G. LE CHATELIER, concl. sous CE, Ass., 6 déc. 2002, *L'Hay-les-Roses*, req. n° 249153, Rec. CE, p. 196).

situation telle que celle créée par une annulation ou la constatation d'une illégalité qui ne peuvent donner lieu à régularisation »¹⁶³³ ou « lorsque son exécution se heurte à des difficultés particulières »¹⁶³⁴.

424. L'homologation de tous les processus amiables. La demande d'homologation intéresse toute technique de règlement amiable employée. En effet, dans le livre Ier du Code de procédure civile, il est permis aux parties de soumettre à l'homologation du juge les accords obtenus à la suite d'un processus de conciliation ou de médiation judiciaire¹⁶³⁵. Dans le cadre du livre V du même code, le juge de l'homologation peut être saisi d'accords obtenus au terme d'un processus conventionnel de conciliation, de médiation, d'une procédure participative¹⁶³⁶ ou de négociations informelles ayant conduit à la signature d'une transaction au sens de l'article 2044 du Code civil¹⁶³⁷. Dans le même sens, le Code du travail ne prête pas attention à la nature du règlement amiable. Les dispositions relatives à l'homologation « sont applicables à la transaction conclue sans qu'il ait été recouru à une médiation, une conciliation ou une procédure participative »¹⁶³⁸. Tous les accords amiables sont ainsi susceptibles d'être présentés à une juridiction pour homologation. Dès lors, « quel que soit le processus suivi, le juge est saisi d'un accord qui éteint le litige – et, partant, l'action – par la seule volonté des parties, de sorte que, en l'absence de texte contraire, son office est le même dans chaque cas, tout comme l'est la nature de la décision qu'il est appelé à prendre »¹⁶³⁹. Une certaine unité est alors reconnue eu égard à la possibilité de saisir le juge aux fins d'homologation quel que soit le mode de règlement amiable engagé. Pourtant, l'imprécision des textes du droit positif est telle qu'elle cause des doutes et des confusions quant à la forme de la demande réalisée par les participants au processus. La demande d'homologation peut-elle être émise par une seule des deux parties ou, au contraire, doit-elle l'être obligatoirement par les deux conjointement ?

425. La forme de la demande. Malgré une certaine uniformisation des processus susceptibles d'être homologués par le juge, le Code de procédure civile est quelque peu confus

¹⁶³³ CE, Ass., 6 déc. 2002, préc. – Not. lorsque les prestations ont été accomplies par l'une des parties alors que le contrat est illégal : CAA Bordeaux, 6 déc. 2007, *Société SEM SEROM*, req. n° 05BX01839.

¹⁶³⁴ CE, avis, 6 déc. 2002, préc. – Not. lorsque l'une des parties refuse d'exécuter les obligations qui sont les siennes au titre de la transaction : TA Lille, 20 déc. 2006, *Société Péo Ferries limited*, req. n° 0506344.

¹⁶³⁵ Cf. CPC, art. 131 et 132-12.

¹⁶³⁶ CPC, art. 1565 : « l'accord auquel sont parvenues les parties à « médiation, une conciliation ou une procédure participative peut être soumis, aux fins de le rendre exécutoire, à l'homologation du juge compétent pour connaître du contentieux dans la matière considérée ».

¹⁶³⁷ CPC, art. 1567.

¹⁶³⁸ C. trav., art. 1471-1, al. 3.

¹⁶³⁹ X. VUITTON, « Quelques réflexions sur l'office du juge de l'homologation dans le livre V du code de procédure civile », *RTD Civ.*, 2019, p. 771, spéc. n° 4.

quant aux modalités des demandes d'homologation. En effet, les articles 1534 et 1541 du Code de procédure civile exigent que « l'homologation de l'accord issu de la [médiation/conciliation] [soit] présentée au juge par requête de l'ensemble des parties à la [médiation/conciliation] ou de l'une d'elles, avec l'accord exprès des autres ». *A contrario*, dans le cadre de la procédure participative, l'article 1557 du même code autorise que le juge soit saisi « par requête de la partie la plus diligente ou de l'ensemble des parties ». De la même manière, l'article 1567 permet que le juge soit saisi d'une transaction « par la partie la plus diligente ou l'ensemble des parties à la transaction ».

Cette différence de traitement interroge, et ce, pour plusieurs raisons. D'une part, force est de constater que l'action en homologation est régulièrement engagée lorsque l'une des parties au contrat ne s'exécute pas. Si celle-ci refuse d'exécuter les obligations qui lui incombent, il est évident qu'elle ne consentira pas à prêter son concours à une action qui tend à ce que cet accord amiable soit revêtu de la force exécutoire afin de la contraindre à s'y soumettre. Cette difficulté est résolue dans le cadre des transactions ou des accords obtenus à la suite de procédures participatives puisque le juge peut être saisi par une requête unilatérale. Or, ce n'est pas le cas pour les accords issus des processus de médiation ou de conciliation. L'exigence d'une requête conjointe s'explique en raison de l'essence des règlements amiables qui sont non-conflictuels. Cela revient néanmoins à admettre que l'homologation de ces accords devra être demandée immédiatement après la conclusion de ces derniers, lorsque les parties sont encore animées de la commune volonté de régler leur différend à l'amiable. Pourtant, l'homologation est-elle réellement utile à cet instant précis ? Elle aura davantage vocation à sécuriser les relations entre les parties afin d'éviter des éventuels conflits futurs relativement à l'exécution des obligations au contrat. Il s'agirait ainsi d'une sorte de « garantie ». Afin d'éviter les blocages et, par-là d'être privé de demander une homologation dans l'avenir, il ne peut être que conseillé aux parties de prévenir tout éventuel futur conflit en faisant homologuer l'accord à la suite de sa conclusion. Cette prévision précipitée – et fortement conseillée compte tenu des textes – risque cependant de créer un certain manque de confiance entre les cocontractants qui doutent de leurs partenaires de solution ; telle n'est pourtant pas l'idéologie reconnue aux règlements amiables. D'autre part, la distinction apparaît erronée du fait que les processus de médiation et de conciliation peuvent conduire à la conclusion d'un accord transactionnel. En effet, alors que l'aboutissement d'une médiation ou d'une conciliation peut être une transaction, le Code expose deux régimes distincts. Nonobstant la confusion due à l'imprécision de la nature

juridique du constat d'accord amiable¹⁶⁴⁰, la question la plus opportune ici serait de s'intéresser à la situation relationnelle existante entre les parties au moment où le juge est saisi pour homologation.

426. Dans le cas où les relations entre les parties au processus sont apaisées, une requête conjointe peut être présentée au juge. La difficulté intervient cependant lorsque les parties se trouvent dans une situation conflictuelle. Le professeur Roger PERROT énonçait à ce sujet qu'« il est tout de même permis de se demander si la voie discrète de la requête est la mieux appropriée pour se procurer un titre exécutoire. À force de vouloir faire simple, on risque de passer à côté des problèmes »¹⁶⁴¹. Dès lors, pour répondre à cette appréciation, se pose la question de savoir quelle serait la forme la plus appropriée pour une demande d'homologation présentée en de telles circonstances.

L'ordonnance sur requête est définie à l'article 493 du Code de procédure civile comme « une décision provisoire rendue non contradictoirement dans les cas où le requérant est fondé à ne pas appeler de partie adverse ». La procédure sur requête se caractérise dès lors par une éviction temporaire du principe du contradictoire¹⁶⁴². Or, lorsqu'une partie au processus amiable ne s'exécute pas à la suite de la conclusion de l'accord, le débat contradictoire permettrait de connaître et d'apprécier les objections du débiteur. Ainsi, une procédure contradictoire répondrait davantage à l'essence des modes amiables qui génère le dialogue¹⁶⁴³. En l'état actuel des textes, dans les cas où cette requête simple est admise, une partie peut donc obtenir un titre exécutoire dans le silence de l'autre. Rien n'interdit, bien évidemment, de remettre en cause la validité de la transaction devant le juge compétent. Pour autant, dans l'immédiateté de la situation, le titre exécutoire délivré sur les seuls dires du créancier peut servir de fondement à une mesure d'exécution forcée. Le choix de la requête se comprend par le souci de favoriser le règlement des différends à l'amiable et, à ce titre, de réduire l'encombrement des juridictions. Les accords amiables sont exécutés plus rapidement. Il n'est plus temps de revenir sur les volontés des parties mais de faire approuver l'accord obtenu en amont. L'efficacité des règlements amiables est alors pleine et entière. Or, force est de constater que, dans un tel cas, le processus amiable ne réalise pas entièrement sa mission, puisque la

¹⁶⁴⁰ Précédemment évoqué (n^{os} 31 et 367 s.). En effet, si le contrat conclu n'est pas une transaction, il s'agit d'un accord. Il n'est alors pas question de l'annuler mais de le requalifier.

¹⁶⁴¹ R. PERROT, *RTD civ.* 2011. 593, obs. sous Civ. 2^e, 26 mai 2011, n^o 06-19.527 ; *D.* 2011. 1494 ; *ibid.* 2150, chron. J.-M. SOMMER, L. LEROY-GISSINGER, H. ADIDA-CANAC et O.-L. BOUVIER ; *ibid.* 2012. 244, obs. N. FRICERO ; *ibid.* 1509, obs. A. LEBORGNE ; *RTD civ.* 2011. 559, obs. P.-Y. GAUTIER ; *ibid.* 593, obs. R. PERROT.

¹⁶⁴² S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS et L. MAYER, *Procédure civile*, 7^e éd., Dalloz, Coll. « Hypercours », 2021, pp. 182 et s.

¹⁶⁴³ Pour une étude du principe du contradictoire dans les règlements amiables, v. *infra* n^{os} 557.

relation entre les participants n'est pas totalement apaisée. Deux éléments essentiels doivent être mis en balance : l'efficacité du règlement amiable, et ainsi la possibilité de demander l'homologation de manière unilatérale sans débat contradictoire¹⁶⁴⁴, et l'intérêt des parties au processus, qui exige l'obligation d'un débat contradictoire dans les cas de demandes unilatérales. Tant pour répondre aux objectifs de l'amiable que pour associer l'ensemble des modes amiables à la possibilité de saisir le juge pour homologation de manière conjointe ou unilatérale, « il est permis de penser que la voie contradictoire du référé eût été préférable »¹⁶⁴⁵. Il y aurait alors deux actions ouvertes pour demander l'homologation de l'accord amiable, à savoir la requête conjointe ou le référé dans les cas où l'une des parties n'exécuterait pas les obligations qui lui incombent.

427. En ce sens, l'affirmation selon laquelle « l'homologation relève de la matière gracieuse » mérite d'être repensée. La lecture des dispositions du Code de procédure civile révèle les nombreuses hésitations du législateur à ce sujet¹⁶⁴⁶. En effet, le juge « confère la force exécutoire » ou « homologue » les accords issus des médiations ou des conciliations judiciaires et cette homologation « relève de la matière gracieuse ». *A contrario*, le système applicable aux modes amiables conventionnels, prévu aux articles 1565 et suivants du Code de procédure civile, ne fait aucune référence à la matière gracieuse. Si ces divergences s'expliquent par la succession de réformes en la matière, elles sont sources de confusions quant aux pouvoirs du juge homologateur. Ainsi que le souligne Madame le professeur Natalie FRICERO, « en matière gracieuse, le juge exerce un pouvoir de *jurisdictio*, alors que l'homologation d'un accord [amiable] semble plutôt relever de son *imperium* »¹⁶⁴⁷. En effet, dans le jugement gracieux, le juge procède à une vérification de la situation juridique en vertu de la méthode syllogistique et il remplit une fonction juridictionnelle. Il dit le droit dans le sens où, avec ou sans litige, il vérifie la légalité. Le régime de l'homologation de l'accord amiable conduit à la réalisation matérielle de la loi des parties. Le juge confère force exécutoire à l'accord conclu entre les parties. Or, *quid* des contours de la vérification opérée par le juge homologateur ?

¹⁶⁴⁴ Celui-ci ayant déjà été réalisé lors de la conclusion de l'accord.

¹⁶⁴⁵ R. PERROT, *RTD civ.* 2011. 593, obs. sous Civ. 2^e, 26 mai 2011, n° 06-19.527.

¹⁶⁴⁶ N. FRICERO et a., *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, *op.cit.*, spéc. n° 213.72, p. 185.

¹⁶⁴⁷ N. FRICERO et a., *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, *op.cit.*, p. 186. – Pour une étude précise de la distinction entre *jurisdictio* et *imperium*, v. R. LAHER, *Imperium et jurisdictio en droit judiciaire privé*, préf. G. DECOCQ, Mare & Martin, Coll. « Bibliothèque des thèses », 2017, 1046 p.

428. Prérogatives et contrôle du juge homologateur. Tout d'abord, le juge n'est pas tenu d'homologuer l'accord qui lui est soumis par les parties¹⁶⁴⁸. Il doit vérifier les contours de cet accord. De manière générale, le contrôle du juge porte « sur la nature de la convention qui lui est soumise et sur sa conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs »¹⁶⁴⁹. Le contrôle s'étend à la formation du contrat, et notamment à l'existence d'un accord entre les parties¹⁶⁵⁰ ; à son contenu, qui doit préserver les droits de chacune des parties¹⁶⁵¹ ; au pouvoir de transiger¹⁶⁵² ; et enfin, à la présence des éléments essentiels du contrat qui sont susceptibles d'entraîner sa caducité¹⁶⁵³. Tant le respect des règles issues du droit des contrats que du droit processuel doit être apprécié. En effet, eu égard à la reconnaissance de l'applicabilité des garanties fondamentales processuelles au sein des processus amiables¹⁶⁵⁴, le respect de l'ordre public procédural et de l'équité de l'accord doit faire l'objet d'un contrôle par le juge homologateur. Cependant, selon les termes de l'article 1565 du Code de procédure civile, le juge ne peut en aucun cas modifier les termes de l'accord. Si tel était le cas, il se substituerait à la volonté des parties au processus. Le juge saisi d'une demande d'homologation intervient alors pour valider l'accord négocié et lui donner force exécutoire ou, au contraire, pour la lui refuser ; mais il n'intervient pas pour modifier le contenu de l'accord.

Ainsi, l'homologation ne se contente pas de « dire qu'une chose est semblable ou conforme à ce qu'elle doit être »¹⁶⁵⁵ ; ce qui s'apparente à la validation. Elle prévoit la réalisation de l'accord conclu. En ce sens, l'homologation conduit à rapprocher des actes juridiques au jugement¹⁶⁵⁶.

¹⁶⁴⁸ Cass., Soc., 18 juill. 2001, n° 99-45.534 et 99-45.535, *Bull. civ.*, V., n° 279, p. 224.

¹⁶⁴⁹ Cass., Civ 2^e, 26 mai 2011, n° 06-19.527, *Bull. civ.* IV, n° 120 : bien que cette décision intéresse un mode conventionnel de règlement des différends, les pouvoirs qu'elle confère au juge pour homologuer une transaction peuvent être également conférés au juge qui homologue un accord de médiation judiciaire (N. FRICERO et a., *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, *op.cit.*, spéc. n° 213.75, p. 187).

¹⁶⁵⁰ Cass., Civ 3^e, 24 sept. 2020, n° 19-15.561, Inédit.

¹⁶⁵¹ Cass., Soc., 18 juill. 2001, n° 99-45.534 et 99-45.535, préc.

¹⁶⁵² Cass., Com., 23 sept. 2014, n° 13-21.686, *Bull.* 2014, n° 139 : est rejeté, à bon droit, la demande d'homologation d'une transaction « présentée par l'administrateur seul, bien qu'il fût investi d'une mission d'assistance et non de représentation ».

¹⁶⁵³ Cass., Civ. 1^{re}, 3 oct. 2018, n° 17-21.879, Inédit ; C. civ., art. 1186, al. 1.

¹⁶⁵⁴ V. *supra* n°s 157 s.

¹⁶⁵⁵ A. DEBAUVE, *Dictionnaire administratif des travaux publics*, t. 2, 1880, Dunod, spéc. p. 272, cité par C. FARDET, *L'homologation en droit administratif*, thèse, P. DEVOLVE, 1996, Paris II, n° 409.

¹⁶⁵⁶ Alors que le fait d'« homologuer », en droit, revient à rendre « homologue », c'est-à-dire semblable à quelque chose (L. CLEDAT, *Dictionnaire étymologique de la langue française*, 3e éd., 1914, Hachette, v° « Logique », p. 345), l'homologation tend à « rendre homologue ces actes juridiques à un jugement » : T. GOUJON-BETHAN, *L'homologation par le juge. Essai sur une fonction juridictionnelle*, *op. cit.*, p. 29.

C) La décision d'homologation de l'accord amiable

429. Étude de la décision d'homologation et de ses effets. Postérieurement à son contrôle, le juge peut homologuer l'accord amiable qui lui a été soumis. Il est alors nécessaire d'analyser le contenu et la nature de cette décision (1.) pour mieux en apprécier les effets (2.).

1. Le contenu et la nature de la décision d'homologation de l'accord amiable

430. Contours de la décision d'homologation. Le jugement d'homologation contient les mentions habituelles du jugement, prévues à l'article 454 du Code de procédure civile. Il statue sur le sort des dépens afférents à l'instance en vertu de l'article 696 du même code. Également, il constate le dessaisissement du juge dans le cadre des règlements amiables judiciaires, et donne acte du désistement d'action et/ou d'instance. En ce sens, une jurisprudence ancienne du Tribunal de grande instance de Paris rendue le 6 juin 1980 semblait considérer que le jugement d'homologation était une décision judiciaire non contentieuse qui serait insusceptible de recours¹⁶⁵⁷. Pourtant, en matière d'accord amiable conventionnel, l'article 1566 du Code de procédure civile prévoit que « la décision qui refuse d'homologuer l'accord peut faire l'objet d'un appel »¹⁶⁵⁸ et que celle qui homologue peut faire l'objet d'un référé-rétractation¹⁶⁵⁹. De même, l'article 131-13 du Code de procédure civile, nouvellement modifié¹⁶⁶⁰, prévoit désormais que le montant de la rémunération du médiateur est en principe fixé « en accord avec les parties ». Cet accord peut faire l'objet d'une homologation du juge en application de l'article 1565 du Code de procédure civile. À cet égard, l'article 1566 trouve également à s'appliquer pour cette procédure d'homologation. Les textes sont pourtant silencieux relativement aux jugements d'homologation ou de refus d'homologation d'un constat d'accord établi par le conciliateur de justice et d'un accord issu de la médiation. L'interrogation quant à la nature de la décision d'homologation des accords amiables est alors essentielle. En effet, la nature de l'acte homologué déterminera l'efficacité de l'homologation, sa portée et les voies d'une éventuelle remise en cause. Cependant, afin de clarifier le régime des règlements amiables, il serait avant tout nécessaire d'unifier les dispositions relatives aux modes amiables judiciaires et extrajudiciaires.

¹⁶⁵⁷ TGI Paris, 6 juin 1980, *Gaz. Pal.* 1981, note ANGELI.

¹⁶⁵⁸ CPC, art. 1566, al. 3.

¹⁶⁵⁹ CPC, art. 1566, al. 2.

¹⁶⁶⁰ Modifié par décr. n° 2022-245 du 25 févr. 2022, préc., art. 1.

431. Utilité d'une unification des dispositions relatives aux MARD judiciaires et extrajudiciaires. Si, dans le cadre des règlements amiables extrajudiciaires, l'appel est ouvert contre le jugement de refus d'homologation¹⁶⁶¹, cela s'explique en raison de la vérification des conditions d'octroi de la force exécutoire réalisée par le juge. L'appel tend, en effet, « par la critique du jugement rendu par une juridiction du premier degré, à sa réformation ou à son annulation par la cour d'appel »¹⁶⁶². Il est ainsi donné possibilité aux parties de faire réexaminer l'accord pour en obtenir l'homologation. Or, le contrôle du juge est également opéré dans le cadre des règlements amiables judiciaires. Dès lors, les deux jugements devraient revêtir la même nature et les dispositions des livres I et V devraient être unifiées. En effet, que le processus ait été réalisé sous la forme d'une conciliation judiciaire, d'une médiation judiciaire ou d'une conciliation ou médiation conventionnelle, le juge doit procéder à l'opération de vérification de l'accord en vue de son homologation. Dès lors, et ainsi que l'énonce déjà l'article 1566 du Code de procédure civile pour les modes amiables extrajudiciaires, l'appel devrait être ouvert contre les décisions de refus d'homologation relatives à l'ensemble des règlements amiables, qu'ils soient extrajudiciaires ou judiciaires. Cet appel permet en effet aux parties de faire réaliser à nouveau l'opération de contrôle de leur accord par le juge.

432. Nature de la décision d'homologation. L'analyse précise de la nature de la décision d'homologation ne doit pas, ici encore, s'attacher nécessairement à la nature du mode amiable dont il est question, mais davantage à la situation relationnelle des parties. L'unification du régime de l'ensemble des règlements amiables simplifie la procédure applicable et permet de s'intéresser pleinement à l'essence des règlements amiables, c'est-à-dire aux intérêts respectifs des parties.

Lorsque les relations sont apaisées et qu'une requête conjointe est présentée au juge en vue de son homologation, la décision d'homologation peut être qualifiée de décision juridictionnelle gracieuse. En effet, le juge intervient plus qu'il ne juge. Il contrôle l'accord qui lui est soumis et le valide pour lui conférer force exécutoire. Toutefois, lorsque l'une des parties ne s'exécute pas et refuse de répondre aux obligations issues de l'accord amiable conclu, une contestation est bien sous-jacente. Ainsi, dans les cas où l'une des parties saisit individuellement le juge pour faire homologuer l'accord non exécuté¹⁶⁶³, la procédure gracieuse ne semble pas être appropriée. Dans un objectif de simplification, le législateur reconnaît

¹⁶⁶¹ CPC, art. 1566, al. 3.

¹⁶⁶² CPC, art. 542.

¹⁶⁶³ Ce qui est autorisé par l'art. 1567 du Code de procédure civile dans le cadre de « la transaction conclue sans qu'il ait été recouru à une médiation, une conciliation ou une procédure participative ».

l'application de la procédure gracieuse pour chaque homologation en raison du contrôle opéré par le juge, qui « ne peut en modifier les termes »¹⁶⁶⁴. Le contenu de l'accord est protégé. Cependant, lorsque l'une des parties ne s'exécute pas, l'essence des règlements amiables exigerait que celle-ci soit entendue afin de comprendre les raisons de ce revirement. Elle s'était engagée dans un sens précis. Pour quelles raisons ne réalise-t-elle pas la volonté de s'exécuter qui était la sienne ? À la lecture des textes actuels, lorsque l'homologation peut être demandée unilatéralement, la volonté constatée dans l'accord prévaut et l'homologation peut être opérée malgré les réticences du non-exécutant. Du fait de la mise à l'écart du contradictoire, la décision d'homologation revêt la qualification de décision gracieuse. Or, cette qualification soulève deux observations critiques. D'une part, force est d'admettre que l'objet du règlement amiable est de voir le différend résolu dans son intégralité pour le présent et pour l'avenir. Dans les cas où le juge est saisi d'une demande en vue d'homologuer un accord dont l'une des parties ne s'exécute pas, l'autre partie a déjà l'ambition de devenir son adversaire et d'obtenir l'exécution forcée de l'accord. La réponse amiable donnée à l'origine au différend en cause fait alors l'objet d'une question contentieuse afin d'être exécutée de manière forcée. Dès lors, pour répondre à l'ambition des règlements amiables et comme soulevé précédemment, peut-être serait-il opportun de réintroduire le contradictoire dans ces procédures afin d'être à l'écoute de l'ensemble des parties. D'autre part, la non-exécution des termes de l'accord par l'une des parties crée une animosité dans la relation *inter partes*. Dès lors, le contradictoire permettrait l'écoute des revendications du non-exécutant. Force est cependant de constater qu'il y a bien une contestation ; élément qui ne répond pas à la définition des procédures gracieuses. Il s'agirait alors d'une décision juridictionnelle validant ou non l'accord amiable après débat contradictoire.

Il est cependant nécessaire de bien distinguer la demande d'homologation formée individuellement en vue de reconnaître la force exécutoire de l'accord et l'action en justice exercée afin de remettre cause l'accord lui-même ; qui, elle, aboutira à un jugement contentieux. Par le biais de l'homologation, il n'est pas question de juger mais de doter l'accord amiable d'une force en permettant son exécution.

¹⁶⁶⁴ CPC, art. 1565, al. 2.

2. Les effets de la décision d'homologation de l'accord amiable

433. L'attribution de la force exécutoire. Lorsque le juge homologue l'accord, ce dernier est revêtu de la force exécutoire¹⁶⁶⁵. En effet, le lien entre homologation et force exécutoire est établi dans plusieurs textes. L'article 21-5 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 dispose que l'homologation d'un accord de médiation judiciaire lui « donne force exécutoire ». L'article 1565 du Code de procédure civile dispose que « l'accord auquel sont parvenues les parties à une médiation, une conciliation ou une procédure participative peut être soumis, aux fins de le rendre exécutoire, à l'homologation du juge compétent pour connaître du contentieux dans la matière considérée ». La jurisprudence indique également que l'homologation d'un accord lui confère force exécutoire¹⁶⁶⁶. Or, que signifie, concrètement, le fait de conférer force exécutoire à un acte ? La force exécutoire permet l'effectivité de l'acte auquel elle est conférée¹⁶⁶⁷. Elle est traditionnellement définie comme « la qualité du titre (judiciaire ou non) qui peut être mis en exécution »¹⁶⁶⁸. Précisément, il s'agit de permettre la « réalisation matérielle »¹⁶⁶⁹, la « mise à effet »¹⁶⁷⁰ ou encore la « transposition réelle dans les faits »¹⁶⁷¹, avec, au besoin, le concours de la force publique¹⁶⁷². Pourtant, la force exécutoire n'est que la qualité attribuée à l'acte en question. En effet, comme l'indique l'article L. 111-3 du Code des procédures civiles d'exécution, les accords auxquels le juge a conféré force exécutoire constituent des titres exécutoires. Dès lors, l'homologation de l'acte, qui lui confère force exécutoire, s'assimile à un titre exécutoire et c'est ce titre exécutoire qui permet au créancier, en vertu de l'article L. 111-2 du même code, de poursuivre l'exécution forcée.

¹⁶⁶⁵ Cass., Civ. 2^e, 28 sept. 2017, n°16-19.184.

¹⁶⁶⁶ « Mais attendu qu'ayant relevé que la transaction avait été homologuée par le jugement du 15 mars 1996, la cour d'appel a retenu à bon droit que ce jugement lui conférait force exécutoire » (Cass., Civ. 2^e, 27 mai 2004, n° 02-18.542, *Bull. civ.* II, n° 253, p. 214).

¹⁶⁶⁷ T. GOUJON-BETHAN, *L'homologation par le juge. Essai sur une fonction juridictionnelle*, *op. cit.*, spéc. n° 134, pp. 104 s.

¹⁶⁶⁸ C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER et S. GUINCHARD, *Procédure civile*, *op. cit.*, spéc. n° 1190, p. 838.

¹⁶⁶⁹ La force exécutoire « permet l'usage de la force publique afin d'assurer la réalisation matérielle du droit » (R. LAHER, *Imperium et jurisdictio en droit judiciaire privé*, *op. cit.*, spéc. n° 331, p. 537).

¹⁶⁷⁰ V. L. AYNES (dir.), *L'authenticité : Droit, histoire, philosophie*, 2^e éd., La Documentation française, 2014, spéc. n° 87, p. 114 (note 2). L'auteur n'assimile pas la force exécutoire au seul paiement forcé du contenu obligationnel, mais prône, au contraire, une conception large de la force exécutoire : « la force exécutoire pourrait recouvrir toute forme de mise à effet du titre nécessitant l'emploi de la contrainte et non pas seulement la réalisation des obligations ». — Dans le même sens, v. N. CAYROL, *Droit de l'exécution*, 3^e éd., LGDJ, Coll. « Précis Domat », ss. coll. « Privé », 2019, spéc. n° 72, p. 51, qui évoque le « titre exécutoire sans obligation ».

¹⁶⁷¹ « La force exécutoire, en effet, ne vise pas à l'immutabilité, mais à l'effectivité de la décision, à sa transposition réelle dans les faits » (C. BOUTY, *L'irrévocabilité de la chose jugée en droit privé*, thèse, préf. J.-L. BERGEL, 2008, PUAM, Centre Pierre Kayser, spéc. n° 24, p. 26).

¹⁶⁷² G. CORNU, (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° « Exécutoire », p. 433. *Adde* Ph. THERY, « La notion d'exécution », in *L'exécution, XXIII^e colloque des instituts d'études judiciaires*, 2001, L'Harmattan, pp. 9-25 ; « Exécution des décisions de justice », in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, 2004, PUF, Coll. « Grands dictionnaires », pp. 489-497.

Chronologiquement, la force exécutoire est tout d'abord attribuée à l'accord par le biais de l'homologation du juge. Ensuite, la décision d'homologation, qui constitue un titre exécutoire, permet l'exécution forcée. L'attribution de la force exécutoire, et par-là même l'homologation, sont alors une condition pour pouvoir solliciter ultérieurement l'exécution forcée de l'accord amiable. Il s'agit d'une étape supplémentaire dans le processus de résolution du différend, soit une étape intermédiaire entre le moment où le juge homologue l'accord conclu et celui où il est exécuté. À ce titre, Madame le professeur Corinne BLERY énonçait que « si l'exécution – volontaire ou, à défaut, forcée – est la suite immédiate, logique et attendue de l'acte juridictionnel, elle ne se confond pas avec l'obtention de la force exécutoire, obtention qui est antérieure à l'exécution »¹⁶⁷³. L'octroi de la force exécutoire permet la mise à exécution. Pour autant, cela signifie également que l'effectivité de la force exécutoire est conditionnée par la mise en œuvre de l'exécution forcée.

434. En outre, il est essentiel de relever que cette force exécutoire offre à la force obligatoire de l'accord une reconnaissance pleine et entière. La force exécutoire reconnaît la puissance de la loi des parties et conduit à les contraindre de manière effective en cas d'inexécution. La règle procédurale complète alors la règle contractuelle. En ce sens, l'homologation renforce la force normative de l'accord amiable et donne à la partie lésée l'autorisation de faire exécuter ledit accord.

435. Particularités de la matière pénale. Il existe cependant une exception en matière pénale. L'homologation de l'accord n'aura aucun impact sur les conditions d'exécution. En effet, si, en vertu de l'article 495-11 du Code de procédure pénale, le jugement d'homologation rendu dans le cadre de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité a les effets d'un jugement de condamnation et oblige donc l'auteur des faits à exécuter les peines prévues sous contrainte, il n'en va pas de même dans les cas d'une composition pénale¹⁶⁷⁴ ou d'une convention judiciaire d'intérêt public¹⁶⁷⁵. Or, pour ces deux mesures alternatives aux poursuites, le Code emploie le terme de « validation » du juge. Cette validation n'a pas pour effet de permettre au procureur de la République de faire exécuter par la force les sanctions prévues. La pression exercée sur le délinquant pour qu'il s'exécute revêt une tout autre forme. En effet, il pèse sur le délinquant la menace de mettre en mouvement l'action publique, qui ne

¹⁶⁷³ C. BLERY, *L'efficacité substantielle des jugements civils*, préf. P. MAYER, LGDJ, Coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 328, 2000, spéc. n° 275, p. 183.

¹⁶⁷⁴ CPP, art. 41-2, al. 7.

¹⁶⁷⁵ CPP, art. 41-1-2, III.

sera éteinte que par la complète exécution des mesures. En cas d'inexécution, le ministère public peut poursuivre¹⁶⁷⁶. Les mesures alternatives aux poursuites ont pour objectifs de responsabiliser et de réinsérer l'auteur d'une infraction au sein de la société. Dès lors, seule sa pleine coopération et sa bonne volonté à exécuter les mesures, qui n'ont pas la nature d'une peine et qui sont de ce fait moins sévères que celles qui résulteraient d'une condamnation judiciaire, permettent de mettre fin aux poursuites. L'octroi de la force exécutoire ne répondrait alors pas aux attentes du contexte même de cette justice alternative.

Eu égard à cette analyse, le terme « validation » pourrait être distingué de celui d'« homologation » au titre de la conséquence inhérente à l'octroi de la force exécutoire. En effet, une validation du juge permettrait de reconnaître la force exécutoire de l'acte sans en ordonner l'exécution forcée mais en autorisant la mise en œuvre de l'action publique par le ministère public. *A contrario*, l'homologation donnerait une tout autre force à l'accord. Il lui conférerait d'abord la force exécutoire mais aurait également pour effet de faire exécuter par la force les mesures prévues. La lecture de l'article 44-1 du Code de procédure pénale provoque cependant certaines confusions. Cet article, relatif à la conclusion d'une transaction proposée par le maire de la commune, dispose que « la transaction proposée par le maire et acceptée par le contrevenant doit être homologuée par le procureur de la République ». Il est à noter que l'homologation de l'accord n'est ici pas réalisée par un juge du siège mais par le ministère public qui représente pourtant l'intérêt de la société. L'article poursuit en indiquant que dans le cas où la proposition de transaction consiste en l'exécution d'un travail non rémunéré, au profit de la commune, « elle doit être homologuée, selon la nature de la contravention, par le juge compétent du tribunal de police ». Une distinction apparaît dès lors relativement à l'homologation qui peut être juridictionnelle ou non. Dans le même sens que les autres mesures alternatives aux poursuites, si le contrevenant n'a pas exécuté ses obligations dans les délais impartis, le maire en informe le procureur de la République¹⁶⁷⁷. Si aucun texte ne précise expressément que l'action publique sera mise en œuvre, il ne fait aucun doute que le procureur de la République, informé de la non-exécution, déclenchera les poursuites. L'exécution de la transaction homologuée est alors ici aussi acquise par le biais d'un moyen comminatoire. Or, le contexte de l'« homologation » en cette matière laisse dubitatif. En effet, dans le cadre des

¹⁶⁷⁶ Pour la composition pénale, v. CPP, art. 41-2, al. 7 : « si, après avoir donné son accord, elle n'exécute pas intégralement les mesures décidées, le procureur de la République met en mouvement l'action publique ». Pour la convention judiciaire d'intérêt public, v. CPP, art. 41-1-2 : « si, dans le délai prévu par la convention, la personne morale mise en cause ne justifie pas de l'exécution intégrale des obligations prévues, le procureur de la République met en mouvement l'action publique » ainsi que art. 41-1-3 par renvoi.

¹⁶⁷⁷ CPC, art. R. 15-33-66, al. 1^{er}.

transactions pénales conclues par des autorités administratives qui ne sont pas titulaires de l'action publique¹⁶⁷⁸, l'accord est soumis à l'homologation du procureur de la République. À l'inverse de l'homologation réalisée par le juge, cette homologation ne légitime pas la protection de la liberté individuelle ou de l'égalité devant la justice. Sa fonction est, pour l'essentiel, de reconnaître l'effet extinctif de l'action publique¹⁶⁷⁹. Le Conseil constitutionnel est intervenu à ce sujet et a précisé « qu'aucune des mesures pouvant faire l'objet de la transaction n'étant de nature à porter atteinte à la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution, il était loisible au législateur de confier ce pouvoir d'homologation à un magistrat du parquet ou à un magistrat du siège »¹⁶⁸⁰. Ainsi, même dans le cadre d'une mesure instituant un travail non rémunéré, l'homologation juridictionnelle ne s'impose pas¹⁶⁸¹. Il advient que les mesures envisagées ne sont pas de nature à porter atteinte aux libertés individuelles. Par conséquent, deux remarques, sujettes à discussion, doivent être exposées. D'une part, en raison d'un contrôle opéré par un magistrat du parquet et de la nature de celui-ci, la terminologie « homologation » employée ne semble pas être adaptée. Il s'agirait davantage d'une validation en vue de consacrer l'effet extinctif de l'action publique. D'autre part, se pose la question de l'intérêt d'imposer une étape supplémentaire à la procédure par le biais de cette homologation du procureur de la République¹⁶⁸². En outre, la formulation chronologique de l'article 44-1 du Code de procédure pénale ainsi que le manque de précision de cette même disposition et de celle relevant de la partie règlementaire confirment les diverses interrogations. En effet, l'article 44-1 du Code de procédure pénale énonce que « l'action publique est éteinte lorsque l'auteur de l'infraction a exécuté dans le délai imparti les obligations résultant pour lui de l'acceptation de la transaction », après avoir présenté la demande d'homologation au procureur de la République. *Quid* en cas d'inexécution ? *Quid* lorsque l'homologation a été réalisée par le juge compétent du tribunal de police ? Malgré ce manque

¹⁶⁷⁸ Comme en matière environnementale (C. envir., art. L. 173-12) ou forestière (C. for., art. L. 161-24), en matière de discrimination (L. org. n° 2011-333 du 20 mars 2011 relative au Défenseur des droits, JORF n° 0075 du 30 mars 2011, Texte n° 1, art. 28), ou encore, ainsi qu'il a été précédemment exposé, en matière de contraventions conclues au préjudice d'une commune.

¹⁶⁷⁹ J.-B. PERRIER, *La transaction en matière pénale*, thèse, *op. cit.*, spéc. n°s 216 s., pp. 191 s. : « la soumission de l'effet extinctif à l'intervention de l'autorité judiciaire ».

¹⁶⁸⁰ Cons. const., 30 mars 2006, n° 2006-535 DC, cons. n° 42.

¹⁶⁸¹ Certains auteurs n'hésitent pas, en ce sens, à préconiser la suppression de cette homologation judiciaire : C. TZUTZUIANO, « Efficacité des modes déjudiciarisés en matière pénale », in S. CIMAMONTI et J.-B. PERRIER (dir.), *Les enjeux de la déjudiciarisation*, rapport GIP Mission de recherche Droit et justice, 2018, spéc. n° 367, p. 275 ; M. GUYOMAR, « Les conditions de la transaction pénale » *RFDA*, 2006, n° 6, p. 1261 ; J.-Ch. CROCOQ, « Du droit de la transaction au droit de la transaction en matière pénale : pour une recomposition des procédures alternatives simplifiées », *AJ Pénal*, n° 10, pp. 465 et s. ; J.-B. PERRIER, *La transaction en matière pénale*, préf. S. CIMAMONTI, LGDJ, Coll. « Thèse », ss-coll. « Bibliothèque des sciences criminelles », t. 61, 2014, n° 784 et s. ; *Id.*, « Réflexions et perspectives sur la transaction en matière pénale », *AJ Pénal*, 2015, n° 10, pp. 474 et s.

¹⁶⁸² J.-B. PERRIER, *La transaction en matière pénale*, thèse, *op. cit.*, spéc. n°s 786 s., p. 645.

de précision, il est constamment admis que les mesures alternatives de la matière pénale mettent en exergue des particularités qui ne peuvent les associer au régime des modes amiables de résolution des différends. Cette affirmation se justifie d'autant plus si l'on raisonne sur la médiation pénale. La médiation pénale ne nécessite pas l'homologation du juge et n'éteint pas l'action publique. La force reconnue aux accords amiables de droit commun ne peut alors lui être conférée, tout comme l'autorité de la chose jugée.

436. L'autorité de la chose jugée. L'autorité de chose jugée est définie comme « l'ensemble des effets attachés à la décision juridictionnelle, telle la force de vérité légale »¹⁶⁸³. Elle assure ainsi l'immutabilité de la vérification juridictionnelle et « empêche, sous réserve des voies de recours, que la même chose soit rejugée entre les mêmes parties dans un autre procès »¹⁶⁸⁴. Cet attribut fondamental pour les actes juridictionnels, l'est également pour les décisions d'homologation du juge¹⁶⁸⁵. Classiquement, l'autorité de la chose jugée présente un double effet : l'effet négatif et l'effet positif de la chose jugée.

437. L'effet négatif consiste en l'interdiction pour les parties de faire juger à nouveau leur affaire, par un juge du même degré. Celui qui cherche à renouveler un procès déjà résolu se heurte à une fin de non-recevoir. Il s'agit de la triple identité inscrite à l'article 1355 du Code civil, qui sera reconnue lorsqu'un nouveau procès oppose les mêmes parties, à propos d'une demande ayant un objet identique, et fondée sur la même cause¹⁶⁸⁶ qu'un procès précédemment jugé. Or, le cadre de cette triple identité entre la demande soumise au juge et celle qui a déjà fait l'objet d'un jugement limite l'autorité négative. En effet, l'effet négatif ne peut faire obstacle à la formulation de nouvelles demandes sur le plan substantiel, et précisément à la demande de nullité de l'acte. Plusieurs auteurs avancent que l'autorité négative de chose jugée pourrait justifier la neutralisation de l'action en nullité engagée contre l'acte homologué¹⁶⁸⁷. Or, force est de constater que l'action en homologation et l'action en nullité ont des objets bien

¹⁶⁸³ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., v° « Autorité », - de chose jugée, p. 108.

¹⁶⁸⁴ *Ibid.*, v° « Chose », - jugée (autorité de la), p. 174.

¹⁶⁸⁵ L'attribut de l'autorité de la chose jugée distingue ainsi l'homologation réalisée par le juge de l'homologation réalisée par les autres.

¹⁶⁸⁶ À noter que depuis l'arrêt *Cesareo*, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation considère que la cause est constituée des seuls faits sur lesquels elle est fondée, à l'exclusion du fondement juridique sur lequel se base la demande. En effet, la demande se fondant sur un fondement juridique différent mais sur des faits identiques se verra opposer l'autorité de la chose jugée : Cass., Ass. plén., 7 juill. 2006, *Cesareo*, préc.

¹⁶⁸⁷ P. MOREAU, *L'homologation judiciaire des conventions. Essai d'une théorie générale*, préf. G. DE LEVAL, Bruxelles, Larcier, 2007, spéc. n° 31, p. 100 ; A.-F. ZATTARA, « L'homologation en droit privé », *RRJ* 2004-1, pp. 85-146, spéc. n° 42, p. 110 ; I. BALENSI, « L'homologation judiciaire des actes juridiques », *RTD civ.* 1978, pp. 42 s. et pp. 233 s., spéc. n° 78, p. 243.

différents¹⁶⁸⁸. Tout d'abord, alors que l'action en homologation vise à donner une plus grande efficience à l'acte par le biais d'une force qu'elle lui reconnaît, l'action en nullité vise à l'anéantir. Ensuite, la mission du juge dans ces différentes actions est, elle-même, divergente. En effet, le juge de l'annulation procède à un contrôle de régularité de l'acte avant de prononcer la sanction qui aura pour conséquence de « détruire la situation née du contrat »¹⁶⁸⁹. Cela se justifie en raison du fait que « le contrat annulé est censé n'avoir jamais existé »¹⁶⁹⁰. *A contrario*, aucune sanction n'est prononcée dans le cas où le juge refuse d'homologuer l'accord qui lui est soumis. L'homologation étant une faculté pour les parties, la décision de refus d'homologation maintient le *statu quo*, et l'accord n'est pas annulé¹⁶⁹¹. L'accord ne sera alors pas doté de la force exécutoire, mais les parties peuvent s'exécuter si tel est leur bon vouloir. Enfin, la distinction entre l'action en homologation et l'action en nullité se justifie d'autant plus au regard de la nature hybride des règlements amiables. Comme précédemment évoqué, les règlements amiables sont régis tant par le droit des contrats que par le droit processuel. Dès lors, l'homologation et la reconnaissance de la force exécutoire de l'accord ne peuvent les priver de la protection contractuelle. En ce sens, la Cour de cassation a jugé, dans un arrêt en date du 28 septembre 2017, que la force exécutoire n'empêche pas de dénoncer la nullité de la transaction¹⁶⁹². Plus récemment, dans un arrêt rendu le 14 septembre 2022, la première chambre civile de la Cour de cassation a rappelé qu'une transaction homologuée peut être contestée du point de vue de sa validité devant les juges du fond¹⁶⁹³.

438. L'effet positif, quant à lui, impose au juge nouvellement saisi d'appréhender la vérification opérée précédemment pour fonder sa propre décision. L'objectif de l'autorité

¹⁶⁸⁸ V. not. T. GOUJON-BETHAN, *L'homologation par le juge. Essai sur une fonction juridictionnelle*, *op. cit.*, spéc. n° 613 s., pp. 435 s.

¹⁶⁸⁹ H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, *op. cit.*, v° « Quod nullum est nullum producit effectum », n° 383, p. 759.

¹⁶⁹⁰ C. civ., art. 1178, al. 2.

¹⁶⁹¹ Il en va différemment lorsque l'homologation est obligatoire. Le refus d'homologation a dès lors pour conséquence d'entraîner la nullité de la transaction.

¹⁶⁹² Cass., Civ. 2^e, 28 sept. 2017, n° 16-19.184 : « l'homologation d'un accord transactionnel qui a pour seul effet de lui conférer force exécutoire ne fait pas obstacle à une contestation de la validité de cet accord devant le juge de l'exécution » (*D.* 2017. 1983 ; *Gaz. Pal.* 19 juin 2018, n° 324m7, p. 40, obs. J.-J. ANSAULT ; *Dr. & patr.* mensuel févr. 2018, n° 277, p. 58, obs. G. MAUGAIN ; *D.* 2018, p. 692, n° 9, obs. N. FRICERO ; *RTD civ.* 2018, p. 220, obs. N. CAYROL ; *RD bancaire et fin.* 2017, comm. 262, obs. S. PIÉDELIEVRE ; *Gaz. Pal.* 6 févr. 2018, n° 312r7, p. 40, obs. L. MAYER). *Adde* J.-Ph. TRICOIT, *Droit de la médiation et des modes amiables de règlement des différends*, 1^{re} éd., 2019, Gualino, spéc. n° 818, p. 234.

¹⁶⁹³ Cass., Civ. 1^{re}, 14 sept. 2022, n° 17-15.388, Publié au bulletin. La Cour juge en effet que « lorsque le président du tribunal de grande instance statue sur une demande tendant à conférer force exécutoire à une transaction, son contrôle ne porte que sur la nature de la convention qui lui est soumise et sur sa conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs et n'exclut pas celui opéré par le juge du fond saisi d'une contestation de la validité de la transaction ». Cette décision insiste dès lors sur la contemplation attentive de la préservation des droits des parties à la transaction.

positive de la chose jugée est de faire œuvre de cohérence entre les décisions juridiques rendues. Elle assure ainsi une certaine sécurité juridique et une accélération des procédures¹⁶⁹⁴. Le juge doit tenir compte de la vérification réalisée ultérieurement, qui est alors analysée telle une réalité certaine. Pour illustration, si le juge homologue un acte aux motifs qu'il s'agit d'une transaction, la qualification de la transaction vaut pour l'avenir et il ne sera désormais plus possible de faire échec à l'effet extinctif de la transaction. L'autorité positive permet d'affirmer l'effet extinctif de l'acte homologué. Cependant, le juge homologateur ne se livre pas uniquement à un contrôle relatif à la nature et à l'existence de l'accord amiable. Il opère également un contrôle de la légalité de l'acte, que ce soit au regard des principes fondamentaux processuels ou des règles contractuelles. Le juge homologateur s'attache ainsi à la validité de l'acte qui lui est soumis. L'homologation doit ainsi pouvoir servir de fondement à toute action en annulation engagée postérieurement. L'étude réalisée précédemment concernant la nature juridique de la demande prend ici tout son sens. Dans le cas d'une contestation de l'une des parties à l'accord, le débat contradictoire permettrait en effet de résoudre le différend immédiatement et d'éviter des actions ultérieures. En l'état actuel des textes, le juge statue effectivement sur la requête qui lui est présentée sans débat, à moins qu'il estime nécessaire d'entendre les parties¹⁶⁹⁵. Si cette absence de débat ne porte pas atteinte aux exigences de l'article 6 § 1 de la Convention européenne¹⁶⁹⁶, réinstaurer le contradictoire dans ce contexte permettrait à l'homologation de purger l'ensemble des irrégularités pour une mise à exécution immédiate de l'accord amiable. En conséquence, l'effet positif de l'autorité de la chose jugée de la décision d'homologation des accords pourrait être reconnu. En effet, les droits de la défense sont respectés puisque les deux parties sont en mesure de présenter leurs arguments.

439. Bilan relatif aux effets de la décision d'homologation. Les débats concernant l'attribution de l'autorité de la chose jugée à la décision d'homologation d'un accord amiable perdurent. Or, s'il est admis que l'autorité de la chose jugée appartient à toute décision contentieuse, gracieuse ou *sui generis*, et que l'homologation est une décision juridictionnelle, force est de reconnaître que cette dernière a autorité de la chose jugée. Cette autorité se montre néanmoins limitée, et ce, en raison de la possibilité donnée aux parties d'agir en nullité. Dès lors, pour affirmer une pleine autorité de chose jugée à la décision d'homologation, il est nécessaire de reconsidérer le contradictoire dans le contrôle du juge.

¹⁶⁹⁴ V. D. TOMASIN, *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile*, thèse, Toulouse, LGDJ, Coll. « Bibliothèque de droit privé », 1975, spéc. n° 239, p. 181.

¹⁶⁹⁵ CPC, art. 1566, al. 1^{er}.

¹⁶⁹⁶ CA Paris, 30 mai 2017, RG n° 15/13.239, F-D.

Le caractère juridictionnel de la décision d'homologation engendre des effets permettant la pleine efficacité de l'accord amiable conclu entre les parties. En raison du caractère hybride de l'acte homologué, la décision du juge homologateur révèle tant la stabilité inhérente à la finalité de la demande dont il est saisi que la souplesse liée au processus amiable. La stabilité conduit à la reconnaissance de l'accord et sécurise les parties afin que l'accord soit exécuté. La souplesse permet de maintenir le dialogue entre les parties, notamment lorsque l'homologation est refusée. En effet, l'essence de la justice amiable est de préserver l'entente. L'homologation des accords amiables tend ainsi à admettre que l'accord des parties « tient lieu de substitut au jugement »¹⁶⁹⁷. Il est alors nécessaire de lui accorder la même efficacité. L'intervention du juge doit permettre de consolider la situation des parties et garantir la stabilité de l'acte conclu. En ce sens, il doit être admis l'existence d'un droit à l'exécution des règlements amiables.

Paragraphe 2 : La reconnaissance générale d'un droit à l'exécution des règlements des différends

440. Droit à l'exécution d'une solution de justice. Le règlement d'un différend, qu'il s'agisse d'un règlement contentieux ou amiable, est profitable à la société dès lors que la relation conflictuelle retrouve sa sérénité originelle. Or, pour mettre fin à la discorde, les sanctions ou les mesures envisagées doivent pouvoir être mises à exécution. Alors qu'un droit à l'exécution d'une décision de justice (A) revêt une importance considérable dans le droit positif, *quid* de l'exécution des accords issus des règlements amiables ? L'institutionnalisation des règlements amiables, leur intégration au sein du droit processuel, et la large appréciation réalisée par la Cour européenne ont conduit à la reconnaissance d'un droit à l'exécution d'un accord amiable (B).

A) Le droit à l'exécution d'une décision de justice

441. Le droit à l'exécution de la décision du juge, partie intégrante du procès équitable. Le droit à l'exécution d'une décision de justice est défini comme le droit de tout

¹⁶⁹⁷ S. GUINCHARD et a., *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, op. cit., n° 823, p. 1520.

justiciable d'obtenir l'exécution effective des décisions de justice devenues « définitives et obligatoires » au sens de la Cour européenne¹⁶⁹⁸, c'est-à-dire passées en force de chose jugée¹⁶⁹⁹. Consacré par l'arrêt *Hornsby c/ Grèce* du 19 mars 1997¹⁷⁰⁰, il constitue le troisième et dernier volet de la grande garantie du procès équitable¹⁷⁰¹. Le droit à l'exécution d'une décision de justice est ainsi la finalité du processus de règlement du différend, il permet la mise en œuvre de la décision obtenue et tend à vider le contentieux. Il reconnaît alors l'utilité¹⁷⁰² et l'effectivité des deux premiers volets du triptyque du procès équitable dans le sens où, sans lui, le droit d'accès au tribunal et le droit à une bonne justice n'auraient aucun intérêt et ne seraient que des droits purement théoriques. En effet, que vaudraient les autres garanties processuelles offertes aux justiciables si les États pouvaient refuser d'exécuter la décision juridictionnelle ? En ce sens, la Cour européenne affirme qu'« on ne comprendrait pas que l'article 6 § 1 décrive en détail les garanties de procédure - équité, publicité, célérité - accordées aux parties et qu'il ne protège pas la mise en œuvre des décisions de judiciaires »¹⁷⁰³. Elle va même jusqu'à affirmer que le droit d'accès à un tribunal « serait illusoire si l'ordre juridique interne d'un État contractant permettait qu'une décision judiciaire définitive et obligatoire reste inopérante au détriment d'une partie »¹⁷⁰⁴. Jusqu'à l'arrêt *Hornsby c. Grèce*, l'exécution d'une décision de justice n'était envisagée que sous l'angle de l'appréciation du délai raisonnable. En effet, la Cour européenne avait toujours admis que la période d'exécution était comprise dans la durée prise en considération pour apprécier le caractère raisonnable du délai¹⁷⁰⁵. Par la suite, la Cour européenne a considéré que l'absence prolongée d'exécution de jugements d'expulsion de locataires engageait la responsabilité de l'État, pour violation du droit à un procès équitable¹⁷⁰⁶.

¹⁶⁹⁸ V. CEDH, 18 avr. 2002, *Ouzounis et autres c. Grèce*, req. n° 49144/99, § 21 ; D. 2002. 2572, obs. FRICERO ; Adde S. GUINCHARD et a., *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, op. cit., n° 660, p. 1235 : « par « définitive », il faut entendre la décision qui tranche la contestation au fond, à l'exclusion des décisions « temporaires », qui ne portent que sur des mesures conservatoires ; par « obligatoire », il faut comprendre, non pas la décision exécutoire au sens du Code de procédure civile français, c'est-à-dire frappée d'exécution immédiate, mais la décision qui n'est plus susceptible d'être infirmée en appel ou qui est susceptible de ce type de recours ».

¹⁶⁹⁹ CPC, art. 500 et 501.

¹⁷⁰⁰ CEDH, 19 mars 1997, *Hornsby c. Grèce*, req. n° 18357/91.

¹⁷⁰¹ Le premier est constitué par le droit d'accès à un tribunal (v. *supra* n°s 283 s.) et le deuxième par le droit à une bonne justice (v. *infra* deuxième partie).

¹⁷⁰² Cf. CEDH, *Hornsby c. Grèce*, préc., § 45 : « En s'abstenant pendant plus de cinq ans de prendre les mesures nécessaires pour se conformer à une décision judiciaire définitive et exécutoire, les autorités nationales ont, en l'occurrence, privé les dispositions de l'article 6 par. 1 de la Convention (art. 6-1) de tout effet *utile*. » – v. aussi CEDH, 7 mai 2002, *Bourdov c. Russie*, req. n° 59498/00, §§ 34 et 37.

¹⁷⁰³ CEDH, *Hornsby c. Grèce*, préc., § 40.

¹⁷⁰⁴ *Ibid.*

¹⁷⁰⁵ CEDH, 26 oct. 1988, *Martins Moreira c. Portugal*, req. n° 11371/85, § 44 ; CEDH, 23 mars 1994, *Silva Pontès c. Portugal*, req. n° 14940/89, § 33 ; CEDH, 26 sept. 1996, *Zappia c. Italie*, req. n° 24295/94, § 20 ; CEDH, 26 sept. 1996, *Di Pede c. Italie*, req. n° 15797/89, § 25.

¹⁷⁰⁶ CEDH, 28 sept. 1995, *Scollo c. Italie*, req. n° 19133/91, § 44.

Or, dans cet arrêt du 19 mars 1997, la Cour européenne réalise une grande avancée en posant un véritable droit à l'exécution de la décision. Elle affirme en effet que « l'exécution d'un jugement ou arrêt, de quelque juridiction que ce soit, doit donc être considérée comme faisant partie intégrante du “procès” au sens de l'article 6 »¹⁷⁰⁷. L'exécution doit donc être « complète, parfaite et non partielle »¹⁷⁰⁸ et ne peut être empêchée, invalidée ni retardée de manière excessive¹⁷⁰⁹.

442. Droit à l'exécution des décisions de justice et protection des justiciables. La reconnaissance de ce droit à l'exécution des décisions de justice se justifie notamment par le fait que l'exécution n'est pas sans lien avec la protection d'un autre droit¹⁷¹⁰. En effet, l'inexécution d'un jugement qui consacre un droit garanti par la Convention européenne, constitue une violation de ce droit¹⁷¹¹.

Plus encore, depuis l'arrêt *Mazzeo c. Italie* du 5 octobre 2017¹⁷¹², la Cour européenne rattache le droit à l'exécution d'une décision de justice au principe de sécurité juridique, qui ne figure pas expressément dans le texte de la Convention européenne, mais dans son préambule au titre de la prééminence du droit comme élément du patrimoine commun des États contractants¹⁷¹³. Bien que ce principe soit implicite dans l'ensemble des articles de la Convention européenne, il constitue l'un des éléments fondamentaux de l'État de droit¹⁷¹⁴. Il permet en effet aux justiciables de compter sur une stabilité minimale des règles de droit et des situations juridiques. Dès lors, il a pour ambition de favoriser la confiance publique dans la justice¹⁷¹⁵.

443. Obligations positives de l'État. Afin de garantir le droit à l'exécution des décisions de justice sur le territoire national, l'État doit mettre à la disposition des justiciables

¹⁷⁰⁷ CEDH, *Hornsby c. Grèce*, préc., § 40.

¹⁷⁰⁸ CEDH, 31 mars 2005, *Matheus c. France*, req. n° 62740/00, § 58.

¹⁷⁰⁹ CEDH, 28 juill. 1999, *Immobiliare Saffi c. Italie*, req. n° 22774/93, § 74.

¹⁷¹⁰ V. S. GUINCHARD et a., *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, op. cit., n° 658, p. 1233.

¹⁷¹¹ Pour illustrations : v. CEDH, 2 juin 2009, *Dogangün c. Turquie*, req. n° 30302/03, *Dr. et proc.* 2009/5, n° 6, p. 21, obs. FRICERO : la non-exécution ou l'exécution tardive constitue non seulement une violation des garanties du procès équitable mais également une ingérence disproportionnée dans le droit au respect des biens ; v. aussi CEDH, 7 mars 2013, *Raw et autres c. France*, n° 10131/11, *Dr. et proc.* 2013/9, *Cahier Dr. et proc. intern.* n° 13, obs. FRICERO : l'inexécution du jugement ordonnant le retour de deux enfants auprès de leur mère en Grande Bretagne constitue une violation de l'art. 8 de la CESDH, relatif à la vie familiale.

¹⁷¹² CEDH, 5 oct. 2017, *Mazzeo c. Italie*, req. n° 32269/09, *Dr. et proc.* 2017/11, *Cahier Dr. et proc. intern.*, p. 14, n° 2, obs. FRICERO et *ibid.* 2018/6, n° 3.

¹⁷¹³ CEDH [GC], 28 oct. 1999, *Brumărescu c. Roumanie*, req. n° 28342/95, § 61.

¹⁷¹⁴ CEDH, 6 déc. 2007, *Beian c. Roumanie*, req. n° 30658/05, § 39 ; CEDH, 6 oct. 2011, *Agrokompleks c. Ukraine*, req. n° 23465/03, § 144.

¹⁷¹⁵ CEDH, 6 oct. 2011, *Agrokompleks c. Ukraine*, préc., § 136 ; CEDH, 20 oct. 2011, *Nejdet Sahin Et Perihan Sahin c. Turquie*, req. n° 13279/05, § 57.

un système permettant de rendre effectives les décisions définitives rendues par le juge. La Cour européenne examine alors précisément si l'État a mis tout en œuvre pour que les justiciables obtiennent l'exécution des décisions rendues par ses juridictions. La puissance de ce droit à l'exécution des décisions de justice se perçoit notamment au regard de la faveur faite au justiciable en matière d'exécution forcée. Le requérant est dispensé d'exercer le recours interne utile avant de saisir la Cour européenne¹⁷¹⁶, au motif qu'il serait déraisonnable de lui imposer d'engager une nouvelle procédure pour obtenir l'exécution de condamnations déjà prononcées. La Cour européenne affirme que cela « constituerait un obstacle disproportionné à l'exercice efficace par les requérants de leur droit de recours individuel, tel que défini à l'article 34 de la Convention »¹⁷¹⁷. De plus, alors que l'obtention de l'exécution du jugement est un droit, elle ne doit pas entraîner le recours, pour le justiciable, à des procédures coûteuses et complexes¹⁷¹⁸.

Ainsi, il appartient à chaque État « de se doter d'un arsenal juridique adéquat et suffisant pour assurer le respect des obligations positives qui lui incombent »¹⁷¹⁹ ; que ce soit par le concours de la force publique¹⁷²⁰ ou par d'autres obligations positives. Les obligations positives de l'État vont en effet bien au-delà du concours de la force publique. Pour illustration, la Cour européenne a condamné la France pour ne pas avoir exécuté un jugement octroyant un logement dans le cadre de la loi DALO¹⁷²¹. Elle considère que l'État n'a pas pris les mesures nécessaires pour se conformer à cette décision judiciaire définitive et exécutoire et n'a dès lors pas honoré

¹⁷¹⁶ Certaines circonstances particulières peuvent dispenser le requérant de l'obligation d'épuiser les voies de recours internes qui s'offrent à lui : CEDH [GC], 1^{er} mars 2006, *Sejdovic c. Italie*, req. n° 56581/00, § 55.

¹⁷¹⁷ CEDH, 21 déc. 2010, *Gaglione et autres c. Italie*, req. n°s 45867/07 et a., § 22 ; v. aussi en ce sens CEDH, 30 nov. 2004, *Vaney c. France*, n° 53946/00, § 53.

¹⁷¹⁸ CEDH, 28 nov. 2006, *Apostol c. Géorgie*, req. n° 40765/02, §§ 64-65.

¹⁷¹⁹ CEDH, 13 mars 2018, *C.M. c. Belgique*, req. n° 67957/12, § 56, *Procédures* n° 5, mai 2018, comm. FRICERO ; CEDH, 8 nov. 2007, *Constantin Oprea c. Roumanie*, n° 24724/03, § 35.

¹⁷²⁰ La Cour européenne a pu juger que « le prolongement excessif de l'inexécution de la décision de justice et l'incertitude du requérant qui en a résulté quant au sort de sa propriété », faute d'octroi de l'assistance de la force publique, constitue une violation de l'article 6 § 1 en ce qu'elle a entravé le « droit à une protection judiciaire effective » de l'intéressé : CEDH, 31 mars 2005, *Matheus c. France*, préc., § 60 ; v. aussi CEDH, 15 nov. 2002, *Cau c. Italie*, req. n° 34819/97, *Dr. et proc.* 2003, n° 2, p. 87, obs. N. FRICERO et B. MENUT. – En ce sens, la Cour européenne « reconnaît qu'un sursis à l'exécution d'une décision de justice pendant le temps strictement nécessaire à trouver une solution satisfaisante aux problèmes d'ordre public peut se justifier dans des circonstances exceptionnelles » (CEDH, 28 juill. 1999, *Immobiliare Saffi c. Italie*, préc., § 69) et qu'il appartient au gouvernement de démontrer « que ce sursis à l'exécution n'[a] duré que le temps strictement nécessaire à trouver une solution satisfaisante aux problèmes d'ordre public auxquels les autorités [sont] confrontées » (CEDH, 11 janv. 2011, *Lunari c. Italie*, req. n° 21463/93, § 45).

¹⁷²¹ L. n° 2007-290 du 5 mars 2007 instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale (JORF n° 55 du 6 mars 2007, texte n° 4). Pour précision, la loi DALO reconnaît un droit au logement décent et indépendant aux personnes qui ne peuvent accéder par leurs propres moyens à un tel logement ou s'y maintenir. Le faisant passer d'une obligation de moyens à une obligation de résultats, elle désigne l'État comme le garant de ce droit au logement.

sa dette fondée sur une décision de justice¹⁷²². Dans cette affaire, l'État était partie à la décision. Or, *quid* lorsque ce dernier n'est pas partie à la contestation ? Peut-il être tenu pour responsable de la non-exécution ? Pour répondre à cette question, la mission de la Cour européenne est d'examiner si les mesures adoptées par les autorités nationales ont été adéquates et suffisantes¹⁷²³. En effet, lorsque celles-ci sont tenues d'agir en exécution d'une décision judiciaire et omettent de le faire, cette inertie engage la responsabilité de l'État sur le terrain de l'article 6 § 1 de la Convention¹⁷²⁴.

444. Valeur du droit à l'exécution des décisions de justice en droit interne. En harmonie avec la jurisprudence européenne, le droit interne prévoit, au sein de l'article L. 153-1 du Code des procédures civiles d'exécution, que « l'État est tenu de prêter son concours à l'exécution des jugements et des autres titres exécutoires. Le refus de l'État de prêter son concours ouvre droit à réparation »¹⁷²⁵.

Le Conseil constitutionnel a également reconnu une force particulière au droit à l'exécution forcée d'une décision de justice dans sa décision du 29 juillet 1998. Il considère que « toute décision de justice a force exécutoire » et qu'en conséquence, « tout jugement peut donner lieu à une exécution forcée, la force publique devant, si elle y est requise, prêter main-forte à cette exécution ». Il ajoute « qu'une telle règle est le corollaire du principe de la séparation des pouvoirs » et qu'elle ne peut être écartée que pour « des circonstances exceptionnelles tenant à la sauvegarde de l'ordre public »¹⁷²⁶. L'attribution de la force exécutoire à la décision juridictionnelle contribue à ce qu'elle soit dotée de la force exécutoire et qu'elle soit rendue effective. En outre, depuis l'institution de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC), le Conseil constitutionnel a affirmé que le droit à un recours juridictionnel « comprend celui d'obtenir l'exécution des décisions juridictionnelles »¹⁷²⁷. Le droit à l'exécution des décisions de justice est ainsi un principe fondamental tant en droit

¹⁷²² CEDH, 9 avr. 2015, *Tchokondio Happi c. France*, req. n° 65829/12 : « la Cour relève que la carence des autorités, qui s'explique, selon le Gouvernement, par la pénurie de logements disponibles, ne se fonde sur aucune justification valable au sens de sa jurisprudence. Elle rappelle, en effet, qu'aux termes de sa jurisprudence constante, une autorité de l'État ne peut prétexter du manque de fonds ou d'autres ressources pour ne pas honorer, par exemple, une dette fondée sur une décision de justice » (§ 50). Dès lors, « les autorités nationales ont privé les dispositions de l'article 6 § 1 de la Convention de tout effet utile. Par conséquent, il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention » (§ 52).

¹⁷²³ CEDH, 17 juin 2003, *Ruianu c. Roumanie*, req. n° 34647/97, § 66.

¹⁷²⁴ CEDH, 28 sept. 1995, *Scollo c. Italie*, préc., § 44 : « la Cour considère que l'inertie de l'administration compétente engage la responsabilité de l'État italien sur le terrain de l'article 6 par. 1 (art. 6-1) ».

¹⁷²⁵ L. n° 91-650 du 9 juill. 1991, art. 16 anc¹ (abrogé par l'ord. n° 2011-1895 du 19 déc. 2011, art. 4).

¹⁷²⁶ C. Const., 98-403 DC, 29 juill. 1998 : JO, 31 juill. 1998, p. 11710 ; *RD publ.* 1999. 79-80, chron. D. ROUSSEAU ; *JCP* 1999, I, 141, chron. B. MATHIEU et M. VERPEAUX, n° 12.

¹⁷²⁷ C. Const., déc. 10 nov. 2017, n° 2017-672, QPC, § 6, *Gaz. Pal.* 13 mars 2018, n° 10, p. 34, note S. SALLES.

européen qu'en droit interne. À ce titre, l'ensemble des contentieux est nécessairement régi par des règles d'exécution qui satisfont ces exigences¹⁷²⁸.

S'il apparaît que ce droit à l'exécution vaut pour les décisions de justice, l'intégration des règlements amiables au sein de l'ordre processuel et la démonstration de leur nécessaire équité permet d'admettre un droit à l'exécution des règlements amiables.

B) La reconnaissance d'un droit à l'exécution d'un règlement amiable

445. Importance du droit à l'exécution. Le droit à l'exécution est l'aboutissement de la procédure de règlement des différends, il conduit à sa réussite par le dénouement de la situation conflictuelle. Il est la dernière étape pour faire œuvre de justice. Son importance est telle que le domaine qui lui était reconnu a été étendu. Il s'applique désormais pour toutes les décisions judiciaires¹⁷²⁹, au profit de tiers à la décision non-exécutée¹⁷³⁰ et même au-delà des procédures judiciaires.

446. Extension du domaine du droit à l'exécution aux actes notariés. Peu après l'arrêt *Hornsby*, la Cour européenne a consacré le droit à l'exécution de l'acte notarié dans un arrêt *Estima Jorge c. Portugal* du 21 avril 1998¹⁷³¹. Elle constate en effet une violation de l'article 6 § 1 pour dépassement du délai raisonnable d'une procédure d'exécution d'un titre exécutoire qui n'était pas une décision de justice mais un acte notarié. La Cour européenne reconnaît le caractère déterminant de cette procédure « pour la réalisation effective du droit de la requérante »¹⁷³². À ce titre, elle rappelle que l'article 6 § 1 de la Convention européenne exige que toutes les phases des procédures judiciaires tendant à vider des « contestations sur des droits

¹⁷²⁸ V. not. CJA, Livre IX : L'exécution des décisions, art. R. 911-1 à R. 931-8. – Il est également opportun d'évoquer le nouveau référé-liberté du droit administratif institué par le Conseil d'État dans un arrêt en date du 1^{er} juin 2017 (req. n° 406103). Il permet d'agir contre l'État lorsque celui-ci refuse la force publique : J. TREMEAU, « Le référé-liberté, instrument de protection du droit de propriété », *AJDA*. 2003. 653.

¹⁷²⁹ La Cour européenne a affirmé que le droit à l'exécution devait recevoir application en matière de procédure d'exequatur : CEDH, 29 avr. 2008, *Jackson Mc Donald c. France*, *RTD civ.* 2008. 646, obs. MARGUENAUD ; *JDI* 2009. 193, note MARCHADIER (mais décision d'irrecevabilité, car le demandeur avait essayé de faire échec à une décision française en s'adressant à un juge américain) – CEDH, 4 nov. 2008, *Dinu c. Roumanie et France*, req. n° 6152/02, *Procédures* 2008, n° 333, comm. FRICERO – CEDH, 27 mai 2010, *Hohenzollern c. Roumanie*, req. n° 18811/02.

¹⁷³⁰ Une autre extension du droit à l'exécution a été admise au profit de tiers à la décision non exécutée, dans la mesure où cette non-exécution affectait leurs droits : CEDH, 15 oct. 2009, *Union des cliniques privées de Grèce et autres c. Grèce*, req. n° 6036/07, *D.* 2010. 628, note THARAUD.

¹⁷³¹ CEDH, 21 avr. 1998, *Estima Jorge c. Portugal*, req. n° 24550.94, *D.* 1998. Somm. 369, obs. FRICERO ; *RTD civ.* 1998. 993, obs. MARGUENAUD ; *JCP* 1999 I. 105, n° 21, obs. SUDRE.

¹⁷³² CEDH, 21 avr. 1998, *Estima Jorge c. Portugal*, préc., § 38.

et obligations de caractère civil » aboutissent dans un délai raisonnable¹⁷³³. Or, la présente affaire faisait montre d'une certaine particularité dans le sens où la procédure litigieuse ne portait pas sur un jugement mais sur un autre titre exécutoire, à savoir un acte notarié garantissant une créance déterminée. Pour faire face à la difficulté, la Cour affirme que « l'esprit de la Convention commande de ne pas prendre le terme "contestation" dans une acception trop technique et d'en donner une définition matérielle plutôt que formelle »¹⁷³⁴ et se justifie en rappelant par référence à son arrêt *Moreira de Azevedo c. Portugal* du 23 octobre 1990¹⁷³⁵ que « la version anglaise de l'article 6¹⁷³⁶ n'en renferme du reste pas le pendant »¹⁷³⁷. Dès lors, quelle que soit la nature du titre exécutoire (jugement ou acte notarié), son exécution doit être assurée par les juridictions nationales¹⁷³⁸. Compte tenu de cette appréciation de la Cour européenne et selon l'analyse de Monsieur le professeur Jean-Pierre MARGUENAUD, « il peut donc y avoir un droit à un procès équitable même quand il n'y a pas de procès »¹⁷³⁹.

447. Selon l'article premier de l'ordonnance du 2 novembre 1945, « les notaires sont des officiers publics, établis pour recevoir tous les actes et contrats auxquels les parties doivent ou veulent faire donner le caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique, et pour en assurer la date, en conserver le dépôt, en délivrer des grosses et expéditions »¹⁷⁴⁰. L'intérêt de l'acte authentique est alors de conférer à ce genre d'acte une date certaine, une force probante et une force exécutoire. Or, un règlement amiable peut être reçu en la forme authentique par un notaire¹⁷⁴¹. La jurisprudence n'y fait d'ailleurs pas obstacle dans le cadre des protocoles transactionnel. En effet, à propos de l'ancien article 1441-4 du Code de procédure civile, la Cour reconnaissait qu'une transaction pouvait être reçue devant notaire, ce qui lui conférait force exécutoire¹⁷⁴². Il en est de même pour la transaction valant cession de droits réels immobiliers¹⁷⁴³. Les notaires ont également mis en place des outils de médiation conventionnelle avec le centre de médiation des notaires de Paris. Ce dernier propose des

¹⁷³³ *Ibid.*, § 35.

¹⁷³⁴ *Ibid.*, § 37.

¹⁷³⁵ CEDH, 23 oct. 1990, *Moreira de Azevedo c. Portugal*, req. n° 11296/84, § 66.

¹⁷³⁶ « In the determination of his civil rights and obligations..., everyone is entitled to... », préc., § 66.

¹⁷³⁷ CEDH, 21 avr. 1998, *Estima Jorge c. Portugal*, préc., § 37.

¹⁷³⁸ *Ibid.*, § 38.

¹⁷³⁹ J.-P. MARGUENAUD, « Extension de l'exigence d'un délai raisonnable à la phase d'exécution d'un acte notarié », *RTD civ.* 1998. 993, préc.

¹⁷⁴⁰ Ord. n° 45-2590 du 2 nov. 1945 relative au statut du notariat, JORF du 3 nov. 1945, art. 1.

¹⁷⁴¹ V. *supra* n° 364.

¹⁷⁴² Cass., Civ. 2^e, 21 oct. 2010, n° 09-12.378, *Bull.* 2010, II, n° 173.

¹⁷⁴³ Cass., Civ. 1^{re}, 16 mai 2006, n° 04-13.467, *Bull.* 2006, I, n° 243, p. 213.

médiations conventionnelles dans le cadre des compétences professionnelles des notaires¹⁷⁴⁴. L'accord obtenu à l'issue de la médiation est constaté dans un acte authentique revêtu de la force exécutoire. Plus qu'une faculté, l'accord doit dans certains cas prendre la force d'un acte authentique. C'est le cas lorsque la loi impose un formalisme particulier, notamment lorsque l'accord porte sur un droit soumis à la publicité foncière. Dans un tel cas, seul un notaire pourra rédiger l'acte issu de la médiation¹⁷⁴⁵. Le notaire médiateur reste un officier public lorsqu'il rédige l'accord de médiation. Le titre authentique qu'il délivre est donc revêtu de la force exécutoire et permet le recours à une procédure civile d'exécution en cas de non-exécution volontaire.

Plus encore, en vertu de la jurisprudence européenne, cet acte authentique issu de l'accord amiable entre dans le domaine d'application du droit à l'exécution. Dès lors, les parties disposent du droit à l'exécution de leur règlement amiable.

448. Extension du domaine du droit à l'exécution aux actes de conciliation. Dans le même sens, la Cour européenne a retenu l'extension du domaine du droit à l'exécution pour un acte de conciliation. Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *Perez de Rada Cavanilles c. Espagne* du 28 octobre 1998¹⁷⁴⁶, les autorités avaient déclaré irrecevable, pour tardiveté, un recours de *reposición*, expédié par voie postale dans le délai de trois jours prévu par la loi espagnole, mais reçu deux jours après l'expiration dudit délai. Par l'application particulièrement rigoureuse d'une règle de procédure, les juridictions espagnoles ont alors contribué à priver le requérant du droit d'accès à un tribunal¹⁷⁴⁷. Sur l'applicabilité de l'article 6 à la procédure d'exécution d'un acte de conciliation devant le juge judiciaire, la Cour européenne affirme que « la requérante s'était vu reconnaître un droit à la jouissance paisible de sa propriété, dont le respect pouvait être assuré par le biais des voies d'exécution judiciaires. Il en ressort que le droit découlant de l'acte de conciliation et la procédure d'exécution judiciaire étaient intimement liés puisque l'effectivité du premier dépendait, en ultime instance, de la mise en branle de la seconde »¹⁷⁴⁸. Elle poursuivait en relevant que, selon sa propre jurisprudence, « c'est au moment même où le droit revendiqué trouve sa réalisation effective qu'il y a

¹⁷⁴⁴ En matière familiale, dans les litiges relatifs à la liquidation des successions, des régimes matrimoniaux, des donations et en matière immobilière, particulièrement dans les litiges relatifs à la propriété immobilière et ses démembrements.

¹⁷⁴⁵ Cf. C. civ., art. 710-1.

¹⁷⁴⁶ CEDH, 28 oct. 1998, *Pérez de Rada Cavanilles c. Espagne*, req. n° 28090/95, JCP 1999, I, 105, n° 21, obs. SUDRE.

¹⁷⁴⁷ *Ibid.*, §§ 44-45 ; P. DOURNEAU-JOSETTE, *Rép. Pén.*, Dalloz, v° « Convention européenne des droits de l'homme : jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière pénale », 2021, spéc. n° 369 et 393.

¹⁷⁴⁸ *Ibid.*, § 39.

détermination d'un droit de caractère civil, quelle que soit la nature du titre exécutoire »¹⁷⁴⁹. Peu importe donc de la nature du titre exécutoire, qu'il s'agisse d'un jugement, d'un acte notarié ou d'un acte de conciliation. Dès lors que la procédure d'exécution du titre exécutoire est déterminante pour la réalisation effective du droit de l'intéressée, elle est soumise à l'article 6 § 1 de la Convention européenne.

Si l'arrêt en question évoquait la conciliation réalisée par la requérante espagnole, il doit être admis que cette solution s'applique à l'ensemble des règlements amiables dont les accords sont assimilés à un titre exécutoire. En effet, la médiation est définie par la directive Médiation de 2008 comme « un processus structuré, quelle que soit la manière dont il est nommé ou visé, dans lequel deux ou plusieurs parties à un litige tendent par elles-mêmes, volontairement, de parvenir à un accord sur la résolution de leur litige avec l'aide d'un médiateur »¹⁷⁵⁰. Dès lors, de manière générale, quel que soit le titre exécutoire obtenu à la suite de la résolution d'un différend à l'amiable, les parties disposent du droit à son exécution.

Ce droit a pris d'autant plus d'ampleur avec l'ajout réalisé par la loi du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire.

449. Extension du domaine du droit à l'exécution aux transactions et accords amiables contresignés par avocats et revêtus de la formule exécutoire par le greffe. L'article L. 111-3 du Code des procédures civiles d'exécution, nouvellement rédigé, présente un autre titre exécutoire : « 7° Les transactions et les actes constatant un accord issu d'une médiation, d'une conciliation ou d'une procédure participative, lorsqu'ils sont contresignés par les avocats de chacune des parties et revêtus de la formule exécutoire par le greffe de la juridiction compétente ». Le décret n° 2022-245 du 25 février 2022 a introduit dans le Code de procédure civile la procédure permettant d'obtenir cette formule exécutoire par le greffe. Celle-ci est prévue aux articles 1568 à 1571 du Code de procédure civile¹⁷⁵¹, au sein d'une section intitulée « De l'apposition de la formule exécutoire par le greffe », qui suit celle consacrée à l'homologation judiciaire¹⁷⁵².

Les accords concernés sont ceux issus d'une médiation, d'une conciliation ou d'une procédure participative, lorsqu'ils prennent la forme d'un accord contresigné par les avocats de chacune des parties. La formulation de l'article L. 111-3 du Code des procédures civiles d'exécution crée un certain doute quant à la nécessité pour la transaction de prendre, elle-aussi,

¹⁷⁴⁹ *Ibid.*

¹⁷⁵⁰ Dir. 2008/52 préc., art. 3, a.

¹⁷⁵¹ Précisée *supra* n° 364.

¹⁷⁵² CPC, art. 1565 à 1567, v. *supra* n°s 416 s.

la forme d'un acte contresigné par avocats. En effet, s'est posée la question de savoir si la deuxième partie de l'article L. 111-3 intéressait uniquement les « actes constatant un accord issu d'une médiation, d'une conciliation ou d'une procédure participative » ou si elle s'appliquait à l'intégralité de la disposition et donc également aux transactions. Aussi, il s'agit de cerner s'il est question d'une individualisation de la transaction comme titre exécutoire ou, au contraire, une harmonisation des règlements amiables soumis à l'apposition de la formule exécutoire par le greffe. La lecture combinée des articles 1568 et 1571 du Code de procédure civile unifie le régime de ces différents accords issus des règlements amiables. En effet, en indiquant que « les dispositions de la présente section sont applicables à la transaction », l'article 1571 du Code de procédure civile met fin à l'hésitation. La transaction, comme les autres accords amiables, doit être passée par acte contresigné par avocats pour bénéficier de la procédure d'apposition de la formule exécutoire par le greffe. Ce choix réalisé confirme la volonté de réduire les distinctions précédemment existantes entre la transaction et les autres modes amiables¹⁷⁵³. Il réduit la puissance de la transaction et généralise le régime applicable à l'ensemble des règlements amiables.

Concernant le contrôle de l'accord, l'article 1568 alinéa 3 du Code de procédure civile prévoit que « le greffier n'appose la formule exécutoire qu'après avoir vérifié sa compétence et la nature de l'acte ». Le greffier vérifie tout d'abord que la juridiction dont il dépend est bien celle « du domicile du demandeur matériellement compétente pour connaître du contentieux de la matière dont relève l'accord »¹⁷⁵⁴. Ensuite, il vérifie « la nature de l'acte », c'est-à-dire que l'acte réponde à la définition d'une transaction ou qu'il soit bien issu d'une médiation, d'une conciliation ou d'une procédure participative. Aucun contrôle de la conformité de l'acte à l'ordre public, de sa validité ou de son existence n'est opéré. Le contrôle réalisé est alors relativement léger, ce qui tend à faciliter l'octroi de la formule exécutoire. Force est alors de constater la force reconnue à l'accord conclu, et par-là même aux parties. La liberté contractuelle est favorisée. Dès lors que cette nouvelle procédure s'articule avec celle, jusqu'alors unique, de l'homologation de l'accord par le juge, la différence s'observera notamment au titre de ce contrôle. Lorsque les parties saisiront le juge aux fins d'homologation de l'accord, elles s'exposeront à un contrôle plus approfondi. Pour autant, l'efficacité de l'accord homologué pourra être supérieure, notamment en ce qui concerne la circulation internationale. Une autre distinction s'observe concernant les voies de contestation de la décision rendue. En vertu de l'article 1570 du Code de procédure civile, si le greffe accepte

¹⁷⁵³ Et par-là même de ne pas développer sa puissance.

¹⁷⁵⁴ CPC, art. 1568, al. 2.

d'apposer la formule exécutoire, « toute personne intéressée peut former une demande aux fins de suppression de la formule exécutoire devant la juridiction dont le greffe a apposé cette formule ». La décision du greffe peut dès lors être remise en cause ultérieurement. Elle sera instruite et jugée selon les règles de la procédure accélérée au fond. Cependant, lorsque le greffe refuse d'apposer la formule exécutoire, aucune contestation n'est prévue ; à la différence de la procédure d'homologation judiciaire, qui prévoit la possibilité pour le demandeur de faire un appel de cette décision de refus à l'article 1566 alinéa 3.

Ces différences sont cependant minimales au regard des enjeux de la création de cette nouvelle procédure. Ce nouveau titre exécutoire met en exergue un développement exponentiel et une véritable reconnaissance des règlements amiables. Il est en effet reconnu un droit à l'exécution d'accord amiable sans intervention du juge. Si la question de la réalité d'une déjudiciarisation se posait jusqu'alors¹⁷⁵⁵, elle prend ainsi une place certaine. En effet, la sécurité des accords dépendait du juge. Elle résulte désormais de l'intervention des avocats et du contrôle restreint du greffe.

Conclusion du Chapitre 2

450. Hybridité et efficacité. La particularité des règlements amiables réside dans leur nature hybride. Il s'agit bien de contrats qui se substituent aux jugements dans le sens où ils mettent fin à un différend et font œuvre de justice. Si l'essence des modes amiables de résolution des différends est contractuelle, ils développent des effets processuels. En effet, l'issue du règlement amiable entraîne des conséquences tant pour les parties au processus, qui voient leur situation modifiée, que pour la société, qui est libérée d'un contentieux. Compte tenu de ses conséquences processuelles, l'accord amiable mérite d'être doté d'une efficacité similaire à celle du jugement. Un règlement amiable est efficace s'il éteint le différend qui en est à l'origine. Pour ce faire, il doit être mis à exécution. En tant qu'autre voie ouverte au justiciable aux côtés de la justice étatique, la justice amiable doit assurer sa force et son effectivité. Si le régime actuel doit être précisé afin d'apporter cohérence et lisibilité, les récentes réformes considèrent largement les règlements amiables et s'attachent à leur efficacité. La place de choix faite à la résolution amiable des différends dans le système de justice français met ainsi en exergue un droit à l'exécution des accords amiables.

¹⁷⁵⁵ V. *supra* n^{os} 26 s.

CONCLUSION DU TITRE 2

451. L’assertion d’un droit à un règlement amiable. Bien que les règlements amiables des différends montrent des avantages évidents (résolution du différend dans son intégralité, pleine considération des intérêts des parties, participation et prise de conscience de celles-ci, rapidité, désengorgement des tribunaux, etc.), leur développement ne doit pas priver les justiciables de leur droit au juge¹⁷⁵⁶. Au contraire, tout l’intérêt du développement des règlements amiables réside dans la possibilité donnée aux citoyens de privilégier la voie de justice la plus adaptée à la résolution de leur différend. Telle est la véritable garantie du droit d’accéder à la justice : le droit d’accéder à toute forme de justice, qu’elle soit contentieuse ou amiable.

452. Eu égard aux textes de droit positif, il existe bien un droit au règlement amiable qui se comprend comme « *le droit pour une partie de contraindre l’autre à la mise en œuvre d’une tentative de règlement amiable lorsque celle-ci est a priori prévue par un texte ou une convention* »¹⁷⁵⁷. Ce droit apparaît comme une variante du droit d’agir en justice. À ce titre, il est nécessaire d’en garantir l’effectivité. La matière contractuelle est une terre propice au caractère contraignant de la tentative de règlement amiable, notamment à l’instar de l’arrêt Saint Valentin de la Chambre mixte de la Cour de cassation¹⁷⁵⁸. À défaut d’une mise en œuvre préalable d’un processus amiable prévu par une clause contractuelle, les prétentions des parties seront jugées irrecevables. Cette fin de non-recevoir est d’ailleurs soumise à un régime dérogatoire et se trouve renforcée puisqu’elle est insusceptible de régularisation en cours d’instance. La jurisprudence a ainsi considéré plus largement les clauses de règlement amiable afin de leur donner davantage d’efficacité. Aux côtés des préalables de médiation ou de conciliation imposés par la loi, tel est le cas en matière prud’homale, la clause implique également un droit au règlement amiable contractuellement envisagé. Plus encore, l’institutionnalisation des règlements amiables et, plus précisément, l’obligation posée à

¹⁷⁵⁶ V. not. CEDH, 26 mars 2015, *Momcilovic v. Croatia*, req. n° 11239/11, point 52 : « The Court further observes that the settlement procedure at issue could not in any manner prejudice the applicants’ claim for damages against the State. In particular, it interrupts the running of the statutory prescription period and, in case the State Attorney’s Office does not accept the settlement, it remains fully open to the applicants to bring an action before the competent court ».

¹⁷⁵⁷ S. GUINCHARD et a., *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, op. cit., n° 809, p. 1480.

¹⁷⁵⁸ Cass., Ch. mixte, 14 févr. 2003, préc.

l'article 4 de la loi « Justice du XXI^e siècle », les ont édifiés comme un passage obligé dans la résolution des différends. Les voies amiable et étatique sont conjointement associées pour faire œuvre de justice. Sans se faire concurrence, elles tendent à rétablir la paix sociale. Dès lors, le législateur veille à assurer l'effectivité du droit à un règlement amiable sans que son exercice n'ait d'incidence négative sur le droit d'agir. Les justiciables ont ainsi un droit d'accès à la justice que ce soit par la voie contentieuse ou par la voie amiable.

453. Le binôme du droit de s'engager et du droit à l'exécution de la réponse donnée. Que serait le droit à l'accès à la justice sans le droit de la faire s'exécuter ? La justice marque de son empreinte, et son implication doit être perceptible. C'est à ce titre que la Cour européenne a reconnu, dans son célèbre arrêt *Hornsby c. Grèce*, que « l'exécution d'un jugement ou arrêt, de quelque juridiction que ce soit, doit donc être considérée comme faisant partie intégrante du “procès” au sens de l'article 6 »¹⁷⁵⁹. Ces deux droits fondamentaux processuels sont liés à un tel point que l'existence de l'un dépend de l'existence de l'autre. En ce sens, le droit à un règlement amiable n'aurait eu que peu d'utilité sans que ne lui soit conférée la force de son exécution. Les évolutions législatives démontrent ainsi l'ambition d'assimiler ces deux résolutions pour l'utilité de l'œuvre de justice.

¹⁷⁵⁹ Préc. ; *Adde.* CEDH, 27 mai 2004, *Metaxas c. Grèce*, req. n° 8415/02, § 25 ; CEDH [GC], 29 mars 2006, *Scordino c. Italie (n° 1)*, req. n° 36813/97.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

454. Le règlement amiable, entre contrat et solution du différend. Une lente opération de démystification du lien existant entre le contrat et le procès a été mise au service effectif d'une évolution de la justice. Pensée et repensée, elle prend aujourd'hui une forme plurielle née des « noces du contrat et du procès »¹⁷⁶⁰. Monsieur le professeur Loïc CADIET présentait en effet l'existence d'« affinités électives trop longtemps inhibées par le culte de la loi »¹⁷⁶¹ entre le contrat et le procès. Aujourd'hui, le culte de la loi est encore présent ; ne serait-ce qu'au regard de la matière pénale qui prône un système légal en héritable au *Traité de la légalité des délits et des peines* de BECCARIA. Pour autant, il est bien un changement de pensées dont les origines sont lointaines. L'article 1103 du Code civil dispose que « les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ». Ce texte central du droit des contrats – issu de l'article 1134 alinéa 1^{er} du Code civil de 1804 – revêt une force indéniable dans le sens où, à l'époque de la sacralisation de la loi, le législateur dote déjà l'accord de volonté des parties de la même puissance que la loi. Le contrat conclu n'a pas pour seul rôle de créer des lois particulières pour les cocontractants, il constitue, plus encore, « la » loi pour ces derniers. Ce fondement est ainsi « un pilier du droit des obligations, et, au-delà, de la vie sociale »¹⁷⁶². Inspiré des mots de DOMAT¹⁷⁶³, il tend à reconnaître le contrat comme le créateur de la loi à l'échelle des relations entre les individus. Les règlements amiables mettent ainsi en lumière la loi des parties relativement à la résolution de leur propre différend ; et cette loi doit être mise en œuvre. Dès lors, le culte de la loi pourrait ouvrir ses horizons en ne considérant plus seulement la loi étatique comme toute puissance. Le procès s'ouvre à la contractualisation et à la négociation des intérêts des justiciables¹⁷⁶⁴. Les dangers de la contractualisation des règlements des différends ne sont pourtant pas occultés ; qu'ils prennent la forme de contrat d'adhésion ou impliquent des abus. L'institutionnalisation des règlements amiables garantit la

¹⁷⁶⁰ L. CADIET, « Les jeux du contrat et du procès : esquisse », art. préc., spéc. n° 2. pp. 23-50.

¹⁷⁶¹ *Ibid.*, n° 50, p. 51.

¹⁷⁶² L. AYNES, « Le contrat, loi des parties », *Cah. Cons. Constit.*, n° 17 (dossier : loi et contrat), mars 2005.

¹⁷⁶³ « Les conventions étant formées, tout ce qui a été convenu tient lieu de loi à ceux qui les ont faites ; et elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement commun, ou par les autres voies qui seront expliquées dans la section VI », *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, 1^{re} partie, Livre premier, titre I, section II, VII ; qui se réfère lui-même à trois textes romains : *Hoc servabitur, quod initio convenit, legem enim contractus dedit* (L. 23, de reg. jur.) ; *Contractus legem ex conventionem accipiunt* (L. 1, § 6, de positi) ; *quid tam congrum fidei humanac, quam ea quae inter eos placuerunt servare ?* (L. 1 de pact.).

¹⁷⁶⁴ L. CADIET, « Les jeux du contrat et du procès : esquisse », art. préc., n° 27, p. 39.

protection des justiciables et leur offre un cadre propice à la bonne résolution de leur différend. Dès lors, « avant que d'être saisie de la substance du contrat conclu ou du jugement prononcé, la justice doit s'observer dans le déroulement des procédures qui y conduisent »¹⁷⁶⁵. Le processus amiable doit ainsi être appréhendé conjointement à l'étude des garanties du droit à un procès équitable. Alors que, selon les dernières études, les Français se montrent favorables à l'essor de la conciliation et de la médiation ¹⁷⁶⁶, il est nécessaire d'apprécier les contours et les soubassements de l'application des principes directeurs du procès, et plus précisément le droit au procès équitable, au sein des règlements amiables. Partant de l'analyse de chaque principe, il sera question de constater leur adaptabilité, leur aptitude à se transformer aisément en harmonie avec les changements auxquels leur utilisation est soumise, dans le domaine de l'amiable.

¹⁷⁶⁵ L. CADIET, « Justice contractuelle, l'autre », in *Études offertes à Jacques Ghestin, op. cit.*, pp. 177-199, spéc. p. 195.

¹⁷⁶⁶ V. les résultats du sondage « Le rapport des Français avec la justice » commandé par la commission des lois du Sénat, sept. 2021.

DEUXIEME PARTIE : ADAPTABILITE DES PRINCIPES DU PROCES EQUITABLE AUX REGLEMENTS AMIABLES

455. Transposition du modèle universel du procès équitable. À l'instar du domaine contractuel, un rapport de force inégal peut exister entre les participants au règlement amiable. Les parties ne disposent pas des mêmes compétences techniques, ni de la même puissance économique. L'une peut dès lors influencer l'autre afin d'obtenir un avantage supérieur. À défaut de vigilance, le risque est d'aboutir à un résultat injuste.

Les règlements amiables œuvrent afin de rétablir la paix sociale par la résolution d'un différend. Il est alors essentiel de garantir aux parties une solution équitable par le biais d'une protection suffisante. Pour ce faire, « les règles du procès quittent leur lit, et irriguent en y répandant leurs alluvions bénéfiques les champs voisins, des modes alternatifs de règlement des conflits »¹⁷⁶⁷. Le modèle universel du procès équitable prend ainsi toute son ampleur et innerve l'ensemble du droit processuel.

456. Adaptation de l'application du modèle universel. Malgré leur objectif commun, la procédure amiable diffère de la procédure contentieuse. Ainsi, les garanties processuelles applicables s'adaptent pour répondre harmonieusement au contexte de l'amiable. Eu égard à la nature hybride des règlements amiables des différends, il s'agit en effet de concilier le respect des droits fondamentaux processuels et la liberté contractuelle des parties. Il sera alors question d'apprécier l'adaptation du modèle processuel commun, qu'est le procès équitable, au sein des règlements amiables. Tout l'art du droit processuel se perçoit dans cet acclimatement du modèle universel dans le milieu amiable. Il va s'adapter à ses nouvelles conditions d'existence. Par cette accommodation, il se rend conforme à la culture de l'amiable. Tel un serpent de mer, il prend place au sein des différents modes de règlement des différends par une adaptation de son discours. Le discours ne peut en effet être le même de la part de la justice étatique et de la justice amiable. Pour autant, l'esprit est le même, à savoir privilégier le respect des droits fondamentaux processuels des justiciables. Ce n'est pas parce que les parties ont acquis davantage de reconnaissance pour résoudre elles-mêmes leur différend qu'elles doivent être

¹⁷⁶⁷ Ch. JARROSSON, « Les modes alternatifs des règlements des conflits : présentation générale », *RID comp.*, 1997, n° 2, p. 341.

abandonnées à leur assentiment. La souplesse inhérente à la procédure amiable doit être appréciée afin d'aboutir à un résultat juste. L'application de ces garanties processuelles à un procès équitable répond ainsi à la nécessité de rendre une justice de qualité.

457. Des garanties pour une justice de qualité. Qu'entend-on par la notion de *qualité* de la justice ? La qualité s'appréhende comme « ce qui fait qu'une chose est plus ou moins recommandable », comme le « degré plus ou moins élevé d'une échelle de valeurs pratiques »¹⁷⁶⁸. Lorsque l'adjectif accompagne la chose, c'est-à-dire lorsqu'il s'apprécie relativement à la chose en question et que l'on parle d'une chose *de qualité*, il s'agit d'une chose de grande valeur, de qualité supérieure. La qualité équivaut alors à l'excellence. La société, dans son ensemble, aspire à une justice *de qualité*, une justice répondant aux besoins de tous. La qualité apparaît alors telle une source d'innovations et peut servir, en ce sens, d'instrument progressiste. La recherche en vue d'y aboutir conduit à s'engager et à mettre tous les moyens en œuvre afin de s'améliorer. L'intérêt porté à cette qualité a tout d'abord progressé dans les sciences de la gestion et dans la théorie des organisations avant de se diffuser dans le domaine de la gestion publique¹⁷⁶⁹. Cette thématique de recherche a contribué à modifier les techniques de gestion et a permis d'engager des réflexions actives relativement à l'impératif d'amélioration de la qualité de la justice¹⁷⁷⁰. Les pouvoirs publics se sont ainsi engagés pour satisfaire les attentes des justiciables et créer une plus grande confiance envers la justice du XXI^e siècle. Le développement des règlements amiables répond ainsi à un besoin d'amélioration du système de justice¹⁷⁷¹. Ils font partie des enjeux en vue d'aboutir à une justice de qualité. En ce sens, la justice amiable, elle-même, doit se montrer efficace, accessible et équitable. Les garanties du procès équitable lui fournissent le cadre nécessaire pour consacrer la juste solution. Il est ainsi nécessaire d'apprécier les garanties tenant à la qualité du processus (Titre 1) avant d'appréhender celles tenant à la qualité du tiers-intervenant (Titre 2).

¹⁷⁶⁸ J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), *Le Petit Robert. Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, op. cit., v^o « Qualité », I, 2, p. 2079.

¹⁷⁶⁹ D. MOCKLE, « La justice, l'efficacité et l'imputabilité », *Cah. Droit*, vol. 54, n^o4, déc. 2013, pp. 613-688, spéc. n^o 6.

¹⁷⁷⁰ V. not. CEPEJ, « Mesurer la qualité de la justice », déc. 2016 ; J.-M. SAUVE, « Les critères de la qualité de la justice », *Célébration des vingt ans du Tribunal de première instance des Communautés européennes*, le 25 sept. 2009, disponible sur le site du Conseil d'État.

¹⁷⁷¹ Cf. L. CASAUX-LABRUNEE et J.-F. ROBERGE (dir.), *Pour un droit du règlement amiable des différends. Des défis à relever pour une justice de qualité*, op. cit., 490 p.

TITRE 1 : LES GARANTIES TENANT A LA QUALITE DU PROCESSUS AMIABLE

458. Les règlements amiables, des procédures de règlement des différends équitables. La procédure est une « manière de procéder pour aboutir à un certain résultat »¹⁷⁷². Elle représente ainsi un cheminement vers quelque chose de concret, à savoir la solution au différend en cause¹⁷⁷³. À l'instar d'un problème mathématique, l'obtention de la solution de justice nécessite un développement éclairé et empreint d'une certaine logique. À défaut, la solution serait viciée.

Dans le cadre juridique, la solution est l'aboutissement d'un syllogisme juridique. Les éléments factuels sont associés aux éléments juridiques. Le déroulement de la procédure, qui répond à des règles précises, prend dès lors toute son importance. La procédure amiable, quant à elle, met en exergue la participation active des parties dans la résolution de leur propre différend, leur motivation à s'accorder, et la communication utile à la conclusion de l'accord. Lorsqu'un accord est trouvé à l'issue d'une procédure amiable, cette dernière est considérée comme réussie. Elle permet alors de résoudre un différend à l'amiable, en trouvant une solution commune aux parties. Cela permet en sus de conserver une relation cordiale entre ces dernières. Or, pour que cette solution négociée démontre sa pleine efficacité, pour qu'elle soit juste, il est nécessaire que la procédure garantisse un certain équilibre dans les relations. L'objectif est d'éviter tout risque de solution défavorable à la partie faible. Dans ce contexte, il est essentiel que les droits de chaque partie soient protégés dès qu'elles s'engagent dans le processus et jusqu'à ce qu'il prenne fin. La procédure amiable a alors nécessairement besoin de la protection du modèle universel du procès équitable. Intégrés au sein du droit processuel, les règlements amiables démontrent des avantages, tant relativement à l'efficacité du dispositif qu'à l'intérêt des parties. Les principes du modèle du procès équitable participent ainsi à l'efficacité du processus amiable (Chapitre 1) et à la coopération dans le processus (Chapitre 2).

¹⁷⁷² F. DE MALHERBE, *Epîtres de Sénèque*, XCI ds *Œuvres*, éd. L. Lalanne, t. 2, p.730

¹⁷⁷³ Cf. introduction n^{os} 32 s.

CHAPITRE 1 : POUR UNE EFFICIENCE DU PROCESSUS AMIABLE

459. Efficience et qualité du processus amiable. L'efficience, au-delà de l'efficacité, implique une capacité de rendement. Elle conduit à la production d'effets concrets. En effet, si la notion d'efficacité renvoie à la compétence, à la capacité à atteindre les résultats escomptés, l'efficience tend à la performance, à la réussite remarquable obtenue dans un domaine précis. Telle est l'ambition de la promotion des règlements amiables, que ces derniers soient efficaces à un point tel qu'ils produisent un effet approchant l'idéal de justice. Les règlements amiables de résolution des différends sont des outils pour améliorer l'efficacité et la qualité du service public de la justice au bénéfice de ses usagers. L'efficience est ainsi mise en perspective par rapport à l'exigence de qualité. S'il ne s'agit pas d'un principe reconnu par le droit processuel, « elle apparaît à tout le moins comme un élément structurant des réflexions contemporaines sur la justice »¹⁷⁷⁴. En ce sens, se pose nécessairement la question de savoir quels principes directeurs processuels conduisent à l'efficience de la justice amiable afin d'en reconnaître tous ses mérites.

460. L'article 6 § 1 de la Convention européenne dispose que « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue (...) publiquement et dans un délai raisonnable ». Le droit à un procès équitable impose ainsi un délai raisonnable de la procédure de résolution du différend ainsi qu'une publicité de celle-ci. Dans un premier temps, il est nécessaire de faire observer que l'une des préoccupations constantes de la justice est l'accélération des procédures. La longueur des délais de règlement des différends est continuellement dénoncée¹⁷⁷⁵ et la France est régulièrement condamnée à ce sujet par la Cour européenne des droits de l'homme¹⁷⁷⁶. Ainsi que l'affirmait Monsieur le président MAGENDIE, dans son rapport *Célérité et qualité de la justice – La gestion du temps dans le procès*, « l'exigence de célérité et, plus largement, de

¹⁷⁷⁴ D. MOCKLE, « La justice, l'efficacité et l'imputabilité », *op.cit.*, v. résumé.

¹⁷⁷⁵ V. par ex. TGI Paris, 5 nov. 1997, *D.* 1998, 9, note FRISON-ROCHE (quarante mois de procédure pour un litige du travail en appel) ; TGI Nice, 17 sept. 2001, *JCP G* 2002, I, 132, n° 9, obs. CADIET (délibéré de onze mois dans une affaire simple où le juge des loyers s'était contenté d'homologuer le rapport circonstancié de l'expert) ; TGI Tarascon, 20 juin 2003, *D.* 2003, inf. rap. 2732 (trente-six mois, pour la formation de départage d'un conseil de prud'hommes, à se saisir de l'affaire) ; Cass., Civ. 1^{re}, 20 févr. 2008, n° 06-20.384, *Bull.* 2008, I, n° 55, *JCP G* 2008, IV, 1556 (14 ans de procédure dans un litige d'accident du travail dénué de complexité, l'exercice des voies de recours ne pouvant être reproché au plaideur). – Outre ces cas particuliers, il est à noter que ces délais ne cessent de s'allonger : v. le rapport du comité des États généraux de la justice (oct. 2021-avr. 2022), *Rendre justice aux citoyens*, p. 18.

¹⁷⁷⁶ V. not. CEDH, 28 juill. 1999, *Selmouni c. France*, req. n° 25803/94, § 118 – CEDH, 8 févr. 2018, *Goetschy c. France*, req. n° 63323/12, § 35 – CEDH, 12 mai 2022, *Tabouret c. France*, req. n° 43078/15, § 137 et s.

qualité de la justice, doit nous conduire à imaginer des pratiques susceptibles, en l'état et en dépit du manque de moyens de l'institution, de répondre à l'attente de tous ceux qui aspirent à une justice plus rapide »¹⁷⁷⁷. Les règlements amiables répondent à cette nécessité. L'un des avantages des règlements amiables régulièrement mis en avant est leur rapidité¹⁷⁷⁸. À cet égard, et du fait de sa reconnaissance, cette exigence de célérité de la justice amiable assure le respect du délai de procédure raisonnable issu de l'article 6 § 1 de la Convention européenne (Section 1). Dans un second temps, il faut reconnaître que la justice amiable met en lumière toute l'importance de la parole donnée au sein du processus. Les discours des parties, leurs échanges et leurs revendications auront un impact sur la réussite de la résolution du différend. Alors qu'un célèbre adage anglais énonce « *justice must not only be done, it must also be seen to be done* » (il faut non seulement que justice soit faite, mais aussi qu'elle le soit au vu et au su de tous)¹⁷⁷⁹, *quid* de la justice amiable ? Par opposition à la publicité du procès équitable, les règlements amiables des différends favorisent la confidentialité du processus (Section 2). De nombreuses questions se posent cependant relativement à ce principe attaché à la justice amiable et à ses conséquences en raison des liens qu'elle entretient avec la justice traditionnelle.

Section 1 : L'exigence de célérité et le droit à un délai raisonnable

461. La célérité, cause du développement des règlements amiables eu égard à leur nature. L'exigence de célérité répond à un besoin urgent, énoncé tant au niveau national qu'international¹⁷⁸⁰. Il est alors question d'étudier ses objectifs et ses fondements (§1) avant d'apprécier les techniques et l'encadrement de celle-ci au sein des règlements amiables (§2).

Paragraphe 1 : Objectifs et fondements de l'exigence de célérité

462. La célérité, une exigence. La célérité, appréhendée comme la promptitude dans l'exécution, est une exigence essentielle du droit processuel. En effet, parce que la procédure

¹⁷⁷⁷ J.-C. MAGENDIE, *Célérité et qualité de la justice. La gestion du temps dans le procès*, 15 juin 2004, Paris, La documentation française, Coll. « Rapports officiels », 2004, p. 13.

¹⁷⁷⁸ J.-C. MAGENDIE ET J.-F. THONY, *Célérité et qualité de la justice. Les conciliateurs de justice*, avr. 2010, Paris, La documentation française, Coll. « Rapports officiels », 2010, 130 p., spéc. p. 4.

¹⁷⁷⁹ V. *Guide sur l'article 6 de la Convention*, Droit à un procès équitable (volet civil), n° 267 : « il y va de la confiance que les tribunaux d'une société démocratique doivent inspirer aux justiciables ».

¹⁷⁸⁰ V. not. la lettre de mission du garde des Sceaux pour la mission Magendie, lettre du 19 déc. 2003

est un cheminement vers quelque chose de concret, la célérité est indissociable du procès (A). Plus encore, elle s'apprécie comme le fondement du règlement amiable (B).

A) *L'exigence de célérité, indissociable du procès*

463. Célérité et délai raisonnable. L'exigence de célérité a pour ambition de « rationaliser la procédure pour parvenir à une solution juridique la meilleure possible dans les meilleurs délais »¹⁷⁸¹. Le procès équitable impose en effet que la célérité de la procédure soit assurée¹⁷⁸². Cependant, la notion de célérité doit être appréhendée de manière précise afin de répondre aux objectifs inhérents à une bonne justice. Cette exigence de célérité donne au justiciable le droit d'obtenir une réponse judiciaire dans un « délai raisonnable ». Le respect de la célérité s'apprécie ainsi par un contrôle du délai raisonnable de la procédure. Elle apparaît, à ce titre, comme une constante du droit international et du droit interne¹⁷⁸³. Les articles 9 § 3 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 6 § 1 de la Convention européenne et 47 alinéa 2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne affirment que la durée des procédures doit s'inscrire dans « un délai raisonnable ». En outre, l'article 5 § 3 de la Convention européenne prévoit une exigence de durée raisonnable de détention, entendue comme détention provisoire dans le cadre d'une procédure pénale. Cet article garantit à « toute personne arrêtée ou détenue [...] le droit d'être jugée dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure ». Cette disposition, qui se fonde sur les principes de liberté et de présomption d'innocence, pose ainsi une limite à la durée de la détention provisoire¹⁷⁸⁴.

L'exigence de célérité est ainsi intégrée au droit à un délai raisonnable. Or, *quid* de ce délai raisonnable ? La Cour européenne a précisé qu'« en exigeant le respect du “délai raisonnable”, la Convention [européenne] souligne l'importance qui s'attache à ce que la justice ne soit pas rendue avec des retards propres à en compromettre l'efficacité et la crédibilité »¹⁷⁸⁵. Dès lors, afin d'appréhender si la justice a été rendue dans un délai raisonnable, il est nécessaire

¹⁷⁸¹ E. JEULAND, *Droit processuel général*, op. cit., n° 270, p. 394.

¹⁷⁸² CEDH, 12 oct. 1992, *Boddaert c. Belgique*, req. n° 12919/87, § 39 : « l'article 6 (art. 6) prescrit la célérité des procédures judiciaires ».

¹⁷⁸³ V. S. GUINCHARD et a., *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, op. cit., n°s 599 s., pp. 1109 s.

¹⁷⁸⁴ Sur le placement sous écrou extraditionnel, v. Cons. Const., 9 sept. 2016, n° 2016-561/562 QPC, *D.* 2016. 1757 ; *Constitutions* 2016. 536, chron. ; *AJ pénal* 2016. 596, obs. D. BRACH-THIEL.

¹⁷⁸⁵ CEDH, 23 oct. 1990, *Moreira de Azevedo c. Portugal*, req. n° 11296/84, § 74 ; CEDH, 24 oct. 1989, *H. c. France*, req. n° 10073/82, § 58 ; CEDH, 20 févr. 1991, *Vernillo c. France*, req. n° 11889/85, § 38.

de calculer la durée de traitement d'une affaire¹⁷⁸⁶. La Cour prend ainsi en considération le point de départ de la procédure (le *dies a quo*) et le point d'arrivée, soit la date à laquelle le délai arrive à son terme (le *dies ad quem*). En matière civile¹⁷⁸⁷, la durée est calculée entre la date de saisine de la juridiction compétente¹⁷⁸⁸ et la date de la décision définitive¹⁷⁸⁹. Quant à la procédure pénale, le calcul du délai a pour point de départ le moment où la personne fait l'objet d'une « accusation en matière pénale », compris « comme la notification officielle (...) du reproche d'avoir accompli une infraction »¹⁷⁹⁰, et se termine avec la décision définitive¹⁷⁹¹. La Cour européenne apprécie le caractère raisonnable de la durée d'une procédure suivant les circonstances de la cause et eu égard aux critères relatifs à « la complexité de l'affaire¹⁷⁹², [au] comportement du requérant¹⁷⁹³ et [à] l'attitude des autorités compétentes¹⁷⁹⁴ »¹⁷⁹⁵. Ces critères sont d'ailleurs repris à l'identique par les juridictions de l'Union européenne¹⁷⁹⁶.

¹⁷⁸⁶ V. not. F. EDEL, *La durée des procédures civiles et pénales dans la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'homme*, Dossiers sur les droits de l'homme n° 16, Conseil de l'Europe, 2007, 100 p.

¹⁷⁸⁷ Il en est de même en matière administrative.

¹⁷⁸⁸ Il s'agit d'ordinaire d'un tribunal de première instance (v. par ex. la première illustration jurisprudentielle : CEDH, 6 mai 1981, *Buchholz c. Allemagne*, req. n° 7759/77, § 48), mais aussi, parfois, d'une cour suprême qui se prononce en premier et dernier ressort, comme le Tribunal fédéral de Suisse (CEDH, 13 juill. 1983, *Zimmermann et Steiner c. Suisse*, req. n° 8737/79, § 23) et la Cour des comptes d'Italie (CEDH, 26 nov. 1992, *Francesco Lombardo et Giancarlo Lombardo c. Italie*, req. n°s 11519/85 et 12490/86, respectivement § 19 et § 18 ; CEDH, 27 avril 1995, *Paccione c. Italie*, req. n° 16753/90, § 17 ; CEDH, 4 déc. 1995, *Terranova c. Italie*, req. n° 17156/90, § 19). – Il se peut également que la Cour n'examine pas l'ensemble du parcours judiciaire mais un certain stade de la procédure eu égard à la requête présentée. V. not. CEDH, 23 sept. 1998, *Portington c. Grèce*, req. n° 28523/95, § 20 : la Cour note que « le grief du requérant porte sur la durée de la procédure devant la cour d'appel », et estime, en conséquence, que la période à considérer a débuté à la « date où l'intéressé a déposé un recours contre le jugement de première instance » et s'est achevée au « moment où eut lieu l'examen définitif du recours et où la cour d'appel rendit son arrêt ».

¹⁷⁸⁹ Il s'agit de la dernière décision rendue dans l'ordre juridique interne, devenue définitive et ayant été exécutée. En effet, la Cour européenne a jugé que le délai à considérer comprend, le cas échéant, la phase d'exécution de la décision sur le fond : CEDH, 19 mars 1997, *Hornsby c. Grèce*, req. n° 18357/91, § 40 ; CEDH, 8 avr. 2003, req. n° 50975/99, § 27 ; v. aussi CEDH, 23 sept. 1997, *Robins c. Royaume-Uni*, req. n° 22410/93, § 28.

¹⁷⁹⁰ CEDH, 15 juill. 1982, *Eckle c. Allemagne*, req. n° 8130/78, § 73.

¹⁷⁹¹ CEDH, 25 mars 1999, *Pélissier et Sassi c. France*, req. n° 25444/94, § 66.

¹⁷⁹² « La complexité de l'affaire inclut toutes ses données, de fait ou de droit, considérées dans une appréciation globale. Ainsi, le nombre des parties au procès, la difficulté des preuves, l'aspect international de la situation, l'incertitude de la règle de droit », la liste ne pouvant être limitative : J.-C. SOYER et M. DE SALVIA, « Article 6 » in L.-E. PETTITI, E. DECAUX, P.-H. IMBERT (dir.), *La convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article, op. cit.*, p. 268.

¹⁷⁹³ Le comportement du requérant est analysé, notamment au regard des changements répétés d'avocats, des retards à communiquer les pièces nécessaires, ou de l'exercice systématiques des voies de recours. Or, « pour ôter à la lenteur de la justice son caractère raisonnable, il faut que l'attitude du justiciable apparaisse abusive et dilatoire » : *Ibid.*

¹⁷⁹⁴ Le comportement des autorités compétentes est également appréhendé afin de déterminer les lenteurs imputables à l'État.

¹⁷⁹⁵ J. MAYER, « La notion de procès équitable devant la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 6. – v. aussi V. VALERY, « Qu'est-ce qu'un délai raisonnable au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ? », in *Le procès équitable et la protection jurisprudentielle du citoyen*, colloque Bordeaux, 29-30 sept. 2000, Bruylant éd., 2001, p. 91.

¹⁷⁹⁶ CJUE, 9 juin 2016, 3 arrêts, aff. C-608/13 P, *Compania Espanola de Petroleos (CEPSA)*, aff. C-616/13 P, *Productos Asfálticos (PROAS)*, aff. C-617/13 P, *Repsol Lubricantes y Especialidades*.

Si l'article 14 du Pacte international ne se réfère, quant à lui, ni précisément à la célérité ni au délai raisonnable, il énonce que toute personne a droit à « être jugée sans retard excessif »¹⁷⁹⁷ et que la partie doit « disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense »¹⁷⁹⁸. Sans évoquer le principe même, il met en avant la finalité recherchée.

464. En droit interne, et plus précisément en procédure civile, l'exigence de célérité n'existe pas en tant que telle. En effet, aucune disposition liminaire du Code de procédure civile ne consacre expressément un principe de célérité. Pourtant, les articles 2 et 3 de ce code relèvent l'importance des délais de procédure. La combinaison de ces deux articles met en exergue la coopération nécessaire entre les parties qui conduisent l'instance et le juge qui veille à son bon déroulement, afin d'assurer une certaine célérité de la procédure. À ce titre, l'article L. 141-1 du Code de l'organisation judiciaire prévoit la mise en œuvre de la responsabilité de l'État en cas de faute lourde ou de déni de justice. La violation du délai raisonnable peut dès lors être sanctionnée et réparée à ce titre. L'Assemblée plénière de la Cour de cassation, dans un arrêt en date du 23 février 2001¹⁷⁹⁹, a étendu le domaine de la faute lourde de l'État en considérant que constitue une telle faute « toute déficience caractérisée par un fait ou une série de faits traduisant l'inaptitude du service public de la justice à remplir la mission dont il est investi ». Quant au déni de justice, il est défini par l'article L. 141-3 du Code de l'organisation judiciaire comme la situation dans laquelle « les juges refusent de répondre aux requêtes ou négligent de juger les affaires en état et en tour d'être jugées »¹⁸⁰⁰. La jurisprudence s'est largement inspirée de la doctrine, et notamment de la vision du Doyen FAVOREU¹⁸⁰¹, pour appréhender le déni de justice. Elle a alors adopté une définition large du déni de justice en reconnaissant qu'il vise « non seulement le refus de répondre aux requêtes ou le fait de négliger de juger les affaires en état de l'être, mais aussi, plus largement, tout manquement de l'État à son devoir de protection juridictionnelle de l'individu qui comprend le droit pour tout justiciable de voir statuer sur ses prétentions dans un délai raisonnable »¹⁸⁰². Le non-respect de cette exigence de célérité de la

¹⁷⁹⁷ Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 14, § 3, c.

¹⁷⁹⁸ Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 14, § 3, b.

¹⁷⁹⁹ Cass., Ass. plén., 23 févr. 2001, n° 99-16.165, *Bull.* 2001, n° 5, *D.* 2001. 1752, note DEBBASCH ; *JCP* 2001. II. 10583, note MANURET.

¹⁸⁰⁰ L'article 4 du Code civil prévoit également que le juge qui refuse de juger pourra être poursuivi « comme coupable de déni de justice ».

¹⁸⁰¹ L. FAVOREU, *Du déni de justice en droit public français*, Paris, LGDJ, 1964, p. 534 : « le manquement de l'État à son devoir de protection juridictionnelle de l'individu ».

¹⁸⁰² TGI Paris, 6 juill. 1994, *Gaz. Pal.*, 1994. 2. 589, note PETIT ; *JCP* 1994. I. 3805, n° 2, obs. CADIET ; *Dr. et patrimoine*, janv. 1995, p. 9, obs. DE LA VAISSIERE ; *RTD civ.*, 1995, 957, obs. PERROT – TGI Paris, 5 nov. 1997 : *D.* 1998. 9, note FRISON-ROCHE – CA Paris, 20 janv. 1999 : *D.* 1999. IR 125 – Plus récemment v. CA Paris, 2, 1, 3 nov. 2020, n° 18/28083.

procédure équivaut ainsi à un déni de justice¹⁸⁰³ et constitue dès lors une faute lourde qui permet au justiciable lésé d'engager la responsabilité de l'État pour dysfonctionnement du service public de la justice¹⁸⁰⁴. En effet, la sanction de la violation de cette obligation n'est pas l'annulation de la procédure ou sa réformation mais la réparation du préjudice résultant éventuellement du délai subi¹⁸⁰⁵. Il s'agit ainsi d'un manquement de l'État à son obligation d'assurer un service public de la justice efficace et respectant les principes fondamentaux processuels énoncés à l'article 6 § 1 de la Convention européenne.

465. Quant à la matière pénale, le temps est d'autant plus considéré que la liberté d'aller et de venir des individus peut être atteinte par le biais des détentions provisoires. L'exigence de célérité n'est cependant pas non plus exposée en tant que telle. L'article préliminaire du Code de procédure pénale dispose qu'« il doit être définitivement statué sur l'accusation dont cette personne fait l'objet, dans un délai raisonnable ». Pourtant, l'exposé des motifs du projet de loi tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale visait cinq objectifs dont celui de « permettre le respect du principe de célérité de la procédure pénale »¹⁸⁰⁶.

466. Enfin, concernant la matière administrative, le Conseil d'État a jugé, dans un arrêt du 28 juin 2002¹⁸⁰⁷, qu'un requérant pouvait obtenir réparation, devant le juge administratif, du préjudice né de la violation du droit à être jugé dans un délai raisonnable. Il reconnaît pour la première fois la responsabilité pour faute simple de l'État du fait du fonctionnement defectueux du service public de la justice administrative¹⁸⁰⁸. Il s'inspire ainsi du raisonnement de la Cour européenne, qui impose aux juridictions de statuer dans un délai raisonnable, et de la jurisprudence civile qui fonde la responsabilité étatique pour violation du délai raisonnable soit sur le déni de justice¹⁸⁰⁹, soit sur une conception extensive de la notion de faute lourde¹⁸¹⁰.

¹⁸⁰³ M. A. FRISON-ROCHE, « Déni de justice et interprétation de la loi par le juge », *J-Cl. Civil*, art. 4, 11, 1996, spéc. n° 24 : « La première hypothèse de déni de justice concerne les décisions de justice qui sont rendues si tardivement qu'elles en perdent leur sens ». – v. aussi F. KERNALÉGUEN, « Déni de justice », in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, Coll. « Grands Dictionnaires », 2004.

¹⁸⁰⁴ COJ, art. L. 141-1.

¹⁸⁰⁵ En ce sens, une mesure d'interdiction de gérer prononcée contre le dirigeant d'une société en liquidation judiciaire ne peut pas être annulée en raison de la durée excessive de la procédure : Cass., Com., 22 juin 2010, n° 09-16.269, *RJDA*, oct. 2010, n° 990.

¹⁸⁰⁶ Projet de loi n° 3393 enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 24 oct. 2006 ; *Adde Rapp.* n° 177 (2006-2007) de F. ZOCCHETTO, fait au nom de la commission des lois, déposé le 24 janvier 2007 : « Chapitre IV - Dispositions tendant à assurer la célérité de la procédure pénale ».

¹⁸⁰⁷ CE Ass., 28 juin 2002, *Ministère de la Justice c. Magiera*, n° 239575, p. 247.

¹⁸⁰⁸ À travers cet arrêt, il revient en partie sur la jurisprudence *Darmont* (CE, 29 déc. 1978, n° 96004 : Rec. p. 542 ; *AJDA* 1979, n° 11, p. 45, note LOMBARD) qui exigeait la preuve d'une faute lourde.

¹⁸⁰⁹ TGI Paris, 6 juill. 1994, préc. ; TGI, 5 nov. 1997, préc. ; CA Paris, 20 janv. 1999, préc.

¹⁸¹⁰ Cass., Ass. plén., 23 févr. 2001, préc.

Pour compléter cette jurisprudence, le décret n° 2005-911 du 28 juillet 2005¹⁸¹¹ concède, au sein de l'article R. 311-1 du Code de justice administrative, compétence au Conseil d'État pour connaître en premier et dernier ressort « des actions en responsabilité dirigées contre l'État pour durée excessive de la procédure devant la juridiction administrative »¹⁸¹². D'autre part, le décret n° 2005-1586 du 19 décembre 2005 modifiant la partie réglementaire du code de justice administrative met en place un contrôle administratif préventif sur les juridictions administratives en vue de pallier leur lenteur excessive¹⁸¹³. Enfin, dans un arrêt du 19 octobre 2007, le Conseil d'État a dégagé un cas de présomption de préjudice moral en cas de durée excessive de la procédure résultant de la violation du droit à un délai raisonnable¹⁸¹⁴. De manière inédite, le Conseil d'État reconnaît en effet « que la durée excessive d'une procédure résultant du dépassement du délai raisonnable pour juger l'affaire est présumée entraîner, par elle-même, un préjudice moral dépassant les préoccupations habituellement causées par un procès, sauf circonstances particulières en démontrant l'absence ». Cette solution confirme la jurisprudence de la Cour européenne qui « admet comme point de départ la présomption solide, quoique réfragable, selon laquelle la durée excessive d'une procédure occasionne un dommage moral »¹⁸¹⁵. Ainsi, malgré une absence de reconnaissance expresse par les textes, l'exigence de célérité doit être respectée.

467. Enjeux de l'exigence de célérité. Régulièrement exprimée par le célèbre adage anglais « *justice delayed, justice denied* »¹⁸¹⁶, l'exigence de célérité est promue par un nombre croissant de systèmes étrangers¹⁸¹⁷ et constitue un impératif dans la procédure. À ce titre, la commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ) prône également une meilleure

¹⁸¹¹ Décr. n° 2005-911 du 28 juill. 2005 modifiant la partie réglementaire du code de justice administrative.

¹⁸¹² CJA, art. R. 311-1, 5° : art. dernièrement modifié par le décr. n° 2020-797 du 29 juin 2020 relatif à la mise à la disposition du public des décisions des juridictions judiciaires et administratives, JORF n° 0160 du 30 juin 2020, art. 3

¹⁸¹³ CJA, art. R. 112-2 et R. 112-3 : modifiés par le décr. n° 2017-451 du 30 mars 2017 portant dispositions statutaires concernant les magistrats des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, art. 7.

¹⁸¹⁴ CE, 19 oct. 2007, *Blin*, n° 296529.

¹⁸¹⁵ CEDH [GC], 29 mars 2006, *Apicella c. Italie*, req. n° 64890/01, § 93.

¹⁸¹⁶ Qui trouve sa source dans la Grande Charte anglaise de 1215, et qui a pour corollaire le vieux dicton français : « justice rétive, justice fautive ».

¹⁸¹⁷ Le droit allemand rattache l'exigence de célérité au concept de protection juridique effective : v. en ce sens C. Const. Féd., 3^e ch. du 1^{er} sénat, 5 août 2013, 1 BvR 2965/10, NJW 47/2013, p. 3432 cité in S. GUINCHARD et a., *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, op. cit., n° 613 ALL. – Le 6^e amendement de la Constitution américaine prévoit également que « dans toutes les poursuites criminelles, l'accusé aura droit à un jugement rapide ». Ce principe fut, par la suite, développé par le *Speedy Trial Act* de 1974 et le Congrès américain l'incorpora au Titre 18 du Code fédéral : *Ibid.*, n° 613 USA.

gestion du temps judiciaire¹⁸¹⁸. Cependant, le fait d'organiser la procédure et de l'encadrer dans un temps défini ne s'oppose pas à la nécessité de marquer des pauses afin que les parties soient en mesure de présenter leurs arguments. En ce sens, la gestion du temps ne doit pas seulement être considérée comme des pratiques contraignantes afin d'assurer une productivité du traitement des affaires juridiques. Il ne s'agit pas seulement d'appréhender l'exigence de célérité dans une approche managériale ; mais davantage d'apprécier le temps « optimal »¹⁸¹⁹ de la procédure empruntée. L'exigence de célérité doit concilier les intérêts en présence, à savoir rendre une décision rapidement pour résoudre le litige mais prendre le temps nécessaire pour que les parties soient à même de se défendre et de présenter leurs prétentions. Cette exigence ne répond alors pas parfaitement à la définition de la célérité en tant que telle¹⁸²⁰. En effet, le terme « célérité » vient du latin *celeritas*, de *celer* qui signifie rapide ; promptitude dans l'exécution ou rapidité à agir. La célérité est alors régulièrement définie comme une extrême urgence, une « urgence renforcée »¹⁸²¹. En ce sens, l'exigence de célérité résulte d'une volonté d'accélérer le temps juridique et judiciaire¹⁸²² ; telle qu'affichée par le système américain qui pose l'objectif de rapidité en tête de ses dispositions¹⁸²³. Or, en France, l'exigence de célérité ne peut se concevoir que dans le respect des garanties du procès équitable. Aussi, le respect du délai raisonnable n'impose pas la rapidité de la procédure mais l'appréciation du temps juste, du « temps utile »¹⁸²⁴. Il ne faut pas confondre précipitation et nécessité de respecter le temps adéquat. L'harmonie de la procédure suppose de reconnaître le temps favorable à son développement. En ce sens, dans la mythologie grecque, le Dieu *Kairos* s'oppose au Dieu *Chronos* qui est le Dieu du temps physique et linéaire¹⁸²⁵. *Kairos* est quant à lui le temps de l'occasion opportune, du « moment juste ». À son image, il s'agit de développer une approche

¹⁸¹⁸ V. not. les Lignes directrices du Groupe de travail SATURN pour la gestion du temps judiciaire : CEPEJ(2021)13, *Lignes directrices SATURN révisées pour la gestion du temps judiciaire (4^{ème} révision)*, doc. Adopté lors de la 37^e réunion plénière de la CEPEJ, Strasbourg et en ligne, 8 et 9 déc. 2021, in <https://www.coe.int/fr/web/cepej/cepej-work/saturn-centre-for-judicial-time-management>.

¹⁸¹⁹ CEPEJ, Un nouvel objectif pour les systèmes judiciaires : le traitement de chaque affaire dans un délai optimal et prévisible, 8^e réunion plénière, Strasbourg, 6-8 décembre 2006, disponible in [coe.int/t/dg1/legalcooperation/cepej](https://www.coe.int/t/dg1/legalcooperation/cepej).

¹⁸²⁰ L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, op. cit., p. 759 : « le mot célérité est mal choisi ».

¹⁸²¹ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., v^o « Célérité ».

¹⁸²² P. GERARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *L'accélération du temps juridique*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2000 ; J. NORMAND, « Les facteurs d'accélération de la procédure civile », in *Mélanges offerts à Pierre Drai. Le juge entre deux millénaires*, Dalloz, 2000, pp. 427 et s. ; G. WIEDERKEHR, « L'accélération des procédures et les mesures provisoires », *RIDC*, 1998, pp. 449 et s.

¹⁸²³ *Federal rules of civil procedure*, Rule 1 : « la solution juste et en même temps rapide des litiges apparaît comme un but essentiel ». L'exigence de célérité se trouve également dans la Constitution américaine. Le 6^e amendement dispose, en effet, que « dans toutes les poursuites criminelles, l'accusé aura droit à un jugement rapide ».

¹⁸²⁴ J.-C. MAGENDIE, *Célérité et qualité de la justice. La gestion du temps dans le procès*, préc., pp. 14 et 19

¹⁸²⁵ Le plus souvent symbolisé par la montre.

intuitive du temps procédural. Le principe fondamental qui ressort du droit à un procès équitable n'est pas de résoudre un différend par le biais d'une procédure rapide mais d'apprécier le temps nécessaire pour rétablir la paix sociale eu égard aux circonstances de l'espèce. À défaut, la sérénité que doit refléter la justice est perturbée. Le caractère raisonnable de la durée de la procédure s'apprécie en effet *in concreto*¹⁸²⁶ et *in globo*¹⁸²⁷ selon les circonstances de la cause. En ce sens, en matière pénale, la Cour européenne a notamment jugé que, même si différentes phases de la procédure se sont déroulées à un rythme acceptable, la durée totale des poursuites peut néanmoins, dans son appréciation globale, excéder un « délai raisonnable »¹⁸²⁸. L'exigence de célérité, appréhendée par le biais d'un contrôle du délai raisonnable, se comprend alors comme le refus d'un excès de lenteur¹⁸²⁹. Pourtant, le respect du délai raisonnable et l'exigence de célérité ne se confondent pas. En effet, une procédure peut être conforme au délai raisonnable sans pour autant satisfaire l'exigence de célérité. La notion de délai raisonnable revêt une dimension éminemment subjective. *A contrario*, l'exigence de célérité, compte tenu de sa définition, s'apprécie au regard d'une approche plus quantitative que qualitative afin de répondre aux besoins actuels. Se pose dès lors la question de savoir si cette exigence de célérité doit être considérée comme un véritable principe de procédure. Cette question pourrait notamment trouver réponse au regard du lien existant entre l'exigence de célérité et celle de qualité de la procédure.

468. Célérité et qualité de la procédure. L'importance de l'exigence de célérité se perçoit d'autant plus au regard de son impact sur le système de justice. Dans sa lettre du 19 décembre 2003 à destination de Monsieur le président MAGENDIE, qui avait accepté la mission d'une réflexion approfondie sur la célérité et la qualité de la justice¹⁸³⁰, le garde des Sceaux Dominique PERBEN énonçait que « la notion de “délai raisonnable”, consacrée par la

¹⁸²⁶ CEDH, 28 juin 1978, *König c. Allemagne*, req. n° 6232/73, § 103.

¹⁸²⁷ CEDH, 12 oct. 1992, *Boddaert c. Belgique*, req. n° 12919/87, § 36

¹⁸²⁸ CEDH, 25 févr. 1993, *Dobbertin c. France*, req. n° 13089/87, § 44 ; *D.* 1993. 384, obs. J.-F. RENUCCI ; *RSC* 1994. 362, obs. R. KOERING-JOULIN.

¹⁸²⁹ D. CHOLET, *La célérité de la procédure en droit processuel*, préf. G. Giudicelli-Delage, LGDJ, Coll. « Thèses », t. 466, 2006, 736 p., spéc., pp. 45 et s. V. égal. S. GUINCHARD, « Temps (Point de vue du juriste) », L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, op. cit., pp. 1288-1291 : « Une nécessaire célérité : ce besoin, profondément ressenti par les justiciables qui se plaignent toujours de la durée excessive de leurs procès, constitue sans doute l'exigence la plus forte de la Cour européenne des droits de l'homme, en tout cas la plus contraignante pour les États parties qui sont souvent condamnés pour violation de cette garantie ». – À noter que l'index du *Dalloz* « Action procédure civile » au terme célérité du jugement (principe directeur du procès) renvoie au délai raisonnable, 2006-2007, v. spéc. p. 493, n° 212.121 et s.

¹⁸³⁰ Initialement, la lettre de mission du garde des Sceaux du 19 déc. 2003 demandait « à travers une véritable “démarche qualité”, d'identifier les divers facteurs de ralentissement du processus judiciaire, afin de s'attaquer à tout ce qui est susceptible d'engendrer les lenteurs inutiles, voire des blocages, pour promouvoir et pérenniser des procédures et des pratiques mieux adaptées », préc.

Convention Européenne des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales, qui renvoie directement au concept de célérité, est devenue en France, comme au niveau européen, un critère de qualité de l'action judiciaire et du procès »¹⁸³¹. À plusieurs reprises, la Cour européenne a en effet jugé que « l'article 6 (art. 6) prescrit la célérité des procédures judiciaires, mais il consacre aussi le principe, plus général, d'une bonne administration de la justice »¹⁸³². Le temps raisonnable accordé à la résolution du différend tend à assurer l'efficacité et la bonne administration de la justice. En ce sens, également, la Cour de justice de l'Union européenne a récemment utilisé la notion de délai raisonnable aux fins de sauvegarde de l'efficacité des procédures pénales en cours¹⁸³³. Dans l'affaire *Lanigan*¹⁸³⁴, la Cour de justice de l'Union européenne avait été interrogée afin de savoir si le dépassement des délais prévus en matière de mandat d'arrêt européen permettait aux juridictions nationales de statuer sur ledit mandat et si la détention de la personne qui en faisait l'objet pouvait être maintenue au-delà de ces délais. Après une mise en balance entre le respect des délais et l'efficacité de la procédure, la Cour s'est dé faite des limitations prévues par les textes régissant le mandat d'arrêt européen¹⁸³⁵ et a reconnu que les dispositions pertinentes ne s'opposaient pas au maintien en détention en cas de dépassement du délai, « pour autant que cette durée ne présente pas un caractère excessif au regard des caractéristiques de la procédure suivie »¹⁸³⁶. Elle consacre dès lors une appréciation *in concreto* du délai raisonnable de la détention afin de permettre l'exécution du mandat d'arrêt européen. Le but recherché était ainsi de sauvegarder l'efficacité d'un mandat d'arrêt européen.

En ce sens, le principe prééminent est la garantie d'une bonne administration de la justice, et l'exigence de célérité est essentielle pour y contribuer¹⁸³⁷.

469. L'exigence de célérité apparaît dès lors comme un principe essentiel de procédure mais dans un objectif de qualité de celle-ci. Il ne s'agirait alors pas d'un principe reconnu de manière autonome, l'objectif premier étant d'assurer la qualité de la procédure. Or, au sens étymologique, « principe » vient de *primo* qui signifie premier et de *capio, capere*, qui signifie prendre. Le principe est alors apprécié comme celui qui prend la première place, « le plus

¹⁸³¹ *Ibid.*

¹⁸³² CEDH, 12 oct. 1992, *Boddaert c. Belgique*, req. n° 12919/87, § 39 ; CEDH [GC], 2 mars 2005, *Maltzan [Freiherr Von] et autres c. Allemagne*, req. n°s 71916/01, 71917/01 et 10260/02, décision sur la recevabilité, § 132 ; CEDH, 8 nov. 2011, *Raudsepp c. Estonie*, req. n° 54191/07, § 72 ; CEDH, 16 sept. 1996, *Süssmann c. Allemagne*, req. n° 20024/92, § 57.

¹⁸³³ V. B. NICAUD, « Délai raisonnable et droit européen », *AJ pénal.* 2017. 163.

¹⁸³⁴ CJUE, 16 juill. 2015, aff. C-237/15 PPU, *Minister for Justice and Equality c/ Francis Lanigan*.

¹⁸³⁵ V. en particulier, les art. 17 et 23 de la décision-cadre 2002/584/JAI du 13 juin 2002.

¹⁸³⁶ CJUE, 16 juill. 2015, aff. C-237/15 PPU, *Minister for Justice and Equality c/ Francis Lanigan*, § 63.

¹⁸³⁷ Sur l'exigence de célérité comme garantie d'une bonne justice civile, v. N. FRICERO, « L'exigence de célérité », in S. GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz action, 2002-2003, n° 2201 et s.

important, la tête, le chef ; qui est en tête, dirige »¹⁸³⁸. La célérité ne peut avoir la première place, du fait qu'elle soit elle-même guidée par l'exigence de qualité de la justice. En effet, la qualité suppose parfois la célérité mais parfois la patience. L'exigence de célérité apparaît alors comme un principe de procédure secondaire dans le sens où il s'adapte à la cause. En ce sens, Monsieur le Doyen Jacques NORMAND énonçait que « la rapidité n'est pas, et elle n'a d'ailleurs pas à être, la préoccupation première de la justice. Ce qui importe avant tout, c'est la qualité des décisions rendues (...) cette qualité ne peut être atteinte qu'en consacrant à chaque affaire le temps qu'elle requiert. Tout au plus doit-on formuler le vœu que, du fait de l'encombrement des juridictions ou pour toute autre raison, ce temps ne soit pas exagérément prolongé »¹⁸³⁹. Une trop grande rigidité du temps procédural « peut nuire au rythme et à la fluidité du procès »¹⁸⁴⁰. Dans le même sens, Madame le professeur Soraya AMRANI-MEKKI énonce que l'exigence de célérité « ne se réduit cependant pas à la rapidité car elle contient en elle une part de qualité dans l'exécution »¹⁸⁴¹. La célérité doit alors être appréhendée tel un guide favorisant la résolution du différend sans perdre de temps. Elle trouve ainsi une véritable reconnaissance à la lecture de l'article 14 § 3 du Pacte international sur les droits civils et politiques. Bien qu'elle ne soit pas consacrée comme un principe de procédure, la célérité est une exigence qui permet de répondre à un besoin, à savoir assurer l'efficacité et la qualité de la justice par la résolution d'un différend dans un délai raisonnable.

Cet objectif de célérité a ainsi conduit à la promotion de procédures alternatives aux procédures étatiques dont les lenteurs entraînaient toujours plus de recours devant la Cour européenne¹⁸⁴². En effet, il est régulièrement admis que « les procédures alternatives de règlement des litiges peuvent être des moyens institutionnels d'économie de temps judiciaire »¹⁸⁴³. Alors que les règlements amiables prônent la gestion intuitive du temps, ils sont vantés pour leur rapidité et leur efficacité dans un temps relativement réduit en comparaison du procès. Tel a été l'argument essentiel à leur développement. En ce sens, l'exigence de célérité est un fondement du règlement amiable. En outre, il est nécessaire de souligner que l'adoption d'un règlement amiable est toujours hypothétique ; l'accord n'étant pas obligatoire. Aussi, l'engagement des parties au sein d'un règlement amiable fait prendre le risque d'ajouter du

¹⁸³⁸ F. GAFFIOT, *Dictionnaire latin-Français*, Hachette, 2000.

¹⁸³⁹ J. NORMAND, « Le traitement de l'urgence : exception ou principe ? », in L. CADIEU et L. RICHER (dir.), *Réforme de la justice, réforme de l'État*, PUF, 2003, spéc. pp. 159 s.

¹⁸⁴⁰ E. JEULAND, *Droit processuel général*, op. cit., n° 270, p. 395.

¹⁸⁴¹ S. AMRANI-MEKKI, « Le principe de célérité », *Rev. fr. adm. Pub.*, 2008/1, n° 125, pp. 43-53.

¹⁸⁴² V. CEDH, Unité des Relations publiques, *La CEDH et la France, faits & chiffres*, févr. 2021, URL : https://www.echr.coe.int/Documents/Facts_Figures_France_FRA.pdf.

¹⁸⁴³ C. BARRERE, « Temps (point de vue de l'économiste) », in L. CADIEU (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, pp. 1285-1288.

temps à la procédure si le différend n'est pas résolu et se retrouve au contentieux. Alors que la procédure de règlement du différend doit se dérouler, dans sa globalité, dans un délai raisonnable, la procédure amiable ne peut demeurer à l'écart de cette exigence¹⁸⁴⁴.

B) L'exigence de célérité, fondement du règlement amiable

470. La célérité, raison au développement des règlements amiables. La rapidité est présentée comme l'un des avantages majeurs des règlements amiables. L'engagement dans un règlement amiable est apprécié comme un gain de temps, par comparaison à une procédure juridique classique. Alors que la lenteur de la justice traditionnelle est régulièrement dénoncée¹⁸⁴⁵, le recours aux règlements amiables permet de contribuer à la bonne marche de la justice traditionnelle qui se trouve encombrée¹⁸⁴⁶. En ce sens, les règlements amiables prêtent leur concours à la justice traditionnelle pour lui faciliter l'accomplissement de son devoir de justice. En effet, le stock des affaires s'est considérablement alourdi sous le double effet de la crise sanitaire et de la grève suivie par les avocats contre la réforme des retraites en 2020. À ce titre, les délais de jugements sont toujours plus longs eu égard au nombre de dossiers non jugés dans les juridictions. Face à d'importants délais d'audiencement et à un allongement des calendriers de procédures, le gouvernement incite à se saisir des règlements amiables¹⁸⁴⁷. Ils sont une réponse à l'engorgement des tribunaux. Il peut alors être reconnu que l'entente et l'articulation entre les différents modes de règlement des différends permettent la bonne marche de la justice.

471. Or, outre ce premier enjeu, le développement des règlements amiables est également dû à la célérité qui les caractérise. La volonté de résoudre rapidement le différend incite en effet les parties à tirer parti de la justice amiable. Le gain de temps, qui est un élément essentiel pour les parties en conflit, apparaît comme un avantage majeur des règlements amiables. L'exigence de célérité reflète en ce sens une des raisons principales pour lesquelles les parties s'engagent dans un processus amiable. La célérité des règlements amiables est alors

¹⁸⁴⁴ Constat qui se justifie d'autant plus depuis la consécration des règlements amiables préalables obligatoires.

¹⁸⁴⁵ G. THIERRY, « Un an après le début de la pandémie, l'inquiétant engorgement du tribunal judiciaire de Paris », *D. actu.*, 15 avr. 2021.

¹⁸⁴⁶ Les tribunaux judiciaires sont encombrés de procédures ; et même, de procédures dénonçant leur encombrement.

¹⁸⁴⁷ À ce titre, dans une note diffusée le 5 mai 2020, le garde des Sceaux Éric DUPOND-MORETTI indiquait que le recours aux alternatives aux poursuites serait privilégié.

également la cause de leur développement. Tant le Gouvernement que les professionnels du droit et les justiciables se saisissent des règlements amiables du fait que le différend est réglé plus rapidement que devant les juridictions. En effet, au vu des chiffres clés de la justice 2020, la durée moyenne des affaires civiles terminées est de 14 mois devant les cours d'appel, 9,4 mois devant les anciens tribunaux de grande instance, 9 mois devant les tribunaux de commerce et 14,5 mois devant les conseils de prud'hommes¹⁸⁴⁸. En matière pénale, la durée moyenne des procédures est plus longue encore. Pour les crimes, 42,2 mois en première instance et 20,4 en appel ; pour les délits, 11,7 mois en première instance et 15,7 mois en appel ; et pour les contraventions de 5^e classe 12,8 mois en première instance et 11,9 mois en appel. Enfin, dans les chiffres clés 2020 publiés par le Conseil d'état et la juridiction administrative, le délai prévisible moyen de jugement est de 7 mois devant le Conseil d'état, 12 mois devant les cours administratives d'appel, 11 mois devant les tribunaux administratifs. Concrètement, *quid* de la durée des procédures amiables ? Le Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris (CMAP) a publié un baromètre de la médiation qui fait état des statistiques de l'année 2020. Il en résulte que la durée moyenne d'une médiation est de 15 heures¹⁸⁴⁹. Si la durée du traitement des affaires juridiques devant les tribunaux résulte de leur nombre exponentiel, le temps du processus amiable est apprécié au regard du rythme déterminé par le tiers ou par les parties elles-mêmes. En matière administrative, la durée moyenne constatée des médiations préalables obligatoires engagées et abouties au cours de ces trois années a été de 56 jours pour l'ensemble des contentieux et partenaires concernés¹⁸⁵⁰. Quant à la matière pénale, le rapport d'information établi dans les années 2005-2006 précisait que « la durée de traitement d'une composition pénale (de la date de la première convocation à la date de clôture) est en moyenne largement inférieure à six mois »¹⁸⁵¹. À ce titre, l'objectif de célérité affiché par le législateur est donc atteint. Ainsi, de manière générale, les règlements amiables permettent aux justiciables de voir leur différend résolu dans des délais moins importants que ceux établis devant les tribunaux étatiques. Pour ce faire, l'exigence de célérité doit être respectée au sein des processus amiables.

¹⁸⁴⁸ V. aussi le rapp. du Comité des États généraux de la justice (oct. 2021-avr. 2022), *Rendre justice aux citoyens*, avr. 2022, pp. 18 et 37 s., qui démontre que les délais moyens des procédures civiles devant les TGI ont plus que doublé entre 2005 et 2019.

¹⁸⁴⁹ Bien que cette durée soit peu représentative de la durée réelle de la procédure qui se réalise en plusieurs entretiens.

¹⁸⁵⁰ V. Rapp. du secrétariat général du Conseil d'État du 23 juin 2021 : Expérimentation de la médiation préalable obligatoire (MPO) – Bilan final.

¹⁸⁵¹ Rapp. d'information, n° 17 (2005-2006), F. ZOCCHETTO, « Juger vite, juger mieux ? Les procédures rapides de traitement des affaires pénales, état des lieux ».

472. La célérité, exigence à respecter au sein des règlements amiables. Les règlements amiables sont promus au regard de leur rapidité pour résoudre le différend en cause. Or, ce temps, relativement réduit, favorise la réussite du processus amiable. En effet, la résolution du différend à l'amiable peut dépendre de la durée du processus. Si ce dernier s'éternise, les parties déploieront moins d'énergie pour concilier leurs intérêts ; ce qui entraînera une résurgence du conflit. La longueur du processus amiable peut créer des inquiétudes et un sentiment de méfiance à l'égard de ses homologues. « Aussi, si d'aventure le processus de médiation s'étalait dans le temps, cela laisserait à chaque partie tout l'espace nécessaire pour nourrir la suspicion à l'égard de l'autre et entretenir le conflit. Le temps va donc impacter directement l'adhésion des parties »¹⁸⁵². Le temps juste est le corollaire de la réussite de l'accord amiable. Ainsi, le délai raisonnable de la procédure exigé par le droit au procès équitable trouve place au sein du règlement amiable. Le facteur temps dans le processus amiable est d'autant plus déterminant. La souplesse du processus amiable implique que les parties organisent le temps du processus selon leur bon vouloir. Cependant, la mauvaise gestion entraîne une perte d'efficacité du processus. Dès lors, l'exigence de célérité retrouve tout son intérêt. Il s'agit de trouver l'équilibre entre le temps nécessaire pour renouer le dialogue entre les parties et la célérité du processus afin d'éviter un enlisement du différend et une perte de confiance de la société pour la justice amiable. De la même manière que pour le procès, ce qui importe n'est pas tant une courte durée de la procédure amiable qu'un temps adapté à la nature du différend. Ce temps doit être du « sur mesure » au regard des besoins des parties au processus. Pour illustration, lors du conflit de 1988 en Nouvelle-Calédonie, le Premier ministre de l'époque Michel ROCARD tente une solution inédite afin de rétablir la paix. Pour débloquer la situation et obliger les parties à résoudre la discorde, il les convoque à l'Hôtel Matignon et les invite, dans un délai raisonnable, à trouver une solution ou à mettre un terme au processus avant de repartir. Cette convocation avait pour objectif de provoquer des avancées dans le dialogue et d'éviter les blocages. Si ces pourparlers ont abouti à l'accord de Matignon du 26 juin 1988¹⁸⁵³, ce cas de médiation réussie¹⁸⁵⁴ démontre la bonne appréciation du temps par le tiers afin d'inciter les parties à s'engager ensemble sur la voie de la solution. Aussi, bien que la durée du processus soit appréhendée au regard de la réflexion réalisée par les participants au processus,

¹⁸⁵² J.-Cl. BEAUJOUR, « Le temps dans le processus de médiation », *Gaz. Pal.*, 18 juill. 2017, n° 27, p. 21.

¹⁸⁵³ *Accord de Matignon*, signé le 26 juin 1988 par Messieurs Jean Marie TJIABOU et Jacques LAFLEUR, sous l'égide de Monsieur Michel ROCARD.

¹⁸⁵⁴ Bien que Monsieur Michel ROCARD ne qualifie pas ce processus de « médiation » : entretien politique avec M. ROCARD par M. GUILLAUME-HOFNUNG, « La Nouvelle-Calédonie, un cas de médiation réussie ? », Centre d'études et de recherche sur le Proche-Orient, *Les Cahiers de l'Orient*, 2014/2, n° 114, pp. 37-45.

les vraies lenteurs sont à combattre pour rendre une justice amiable de qualité. Ainsi que l'avait énoncé le rapport du Président Jean-Claude MAGENDIE, la juste mesure du temps doit être privilégiée. La justice ne sera que grandie et apparaîtra légitime dans toute société démocratique¹⁸⁵⁵.

473. Bilan. L'exigence de célérité est ainsi le fondement de la justice amiable. Elle est à la fois la cause de son développement mais également essentielle à sa réussite. Elle est en effet la clef du succès des règlements amiables. À cet égard, la célérité du processus, envisagée comme le temps utile, est exigée. L'application de cette exigence se perçoit au regard des techniques précises mises en œuvre dans les processus amiables ainsi que par l'encadrement de cette exigence dans les textes.

Paragraphe 2 : Techniques et encadrement de l'exigence de célérité au sein des règlements amiables

474. Une durée nécessairement contrôlée. Eu égard à l'importance du temps au sein des règlements amiables, le législateur s'est investi afin de contraindre le tiers et les parties à travailler dans une période de temps limitée. L'exigence de célérité fait ainsi l'objet d'un véritable encadrement législatif (A) qui favorise le succès du processus ainsi que l'équilibre de la relation entre les parties. Cet encadrement s'avère donc nécessaire (B).

A) L'encadrement législatif de l'exigence de célérité au sein des règlements amiables

475. Un temps prévu par la loi. Ainsi qu'il a été présenté précédemment, l'exigence de célérité n'apparaît pas en tant que telle dans les textes relatifs aux procédures traditionnelles. Si les textes évoquent la nécessité que la procédure s'inscrive dans un « délai raisonnable », l'exigence de célérité n'est pas un principe autonome de procédure¹⁸⁵⁶. Pourtant, la célérité a été reconnue comme un principe dans le régime de certains règlements alternatifs des

¹⁸⁵⁵ J.-C. MAGENDIE, *Célérité et qualité de la justice. La gestion du temps dans le procès*, préc., p. 25.

¹⁸⁵⁶ Cf. *supra* n° 469. Bien qu'il ne soit pas nécessaire que la règle soit inscrite dans les textes pour être admise comme un véritable principe de procédure : v. L. CADIET, « Et les principes directeurs des autres procès ? Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès », in *Justice et droits fondamentaux, Mél. Jacques Normand*, Litec, 2003, p. 54 *sq.*, spéc. p. 80.

différends. Le principe de célérité a en effet été consacré en matière d'arbitrage par le décret du 13 janvier 2011¹⁸⁵⁷ codifié sur ce point à l'article 1464 alinéa 3 du Code de procédure civile. Cet article prévoit que « les parties et les arbitres agissent avec célérité et loyauté dans la conduite de l'instance ». L'arbitrage témoigne d'une véritable ambition de répondre aux besoins judiciaires actuels de rendre une justice rapide. Or, l'idéologie des règlements amiables se distingue largement de l'arbitrage, qui est une procédure juridictionnelle¹⁸⁵⁸. Le différend dans le processus amiable n'est pas tranché mais discuté. Ainsi, l'urgence n'est pas une nécessité absolue. De plus, l'urgence ne réside pas dans la durée du processus, mais dans la recherche d'une satisfaction des intérêts mutuels des parties. Les textes relatifs aux règlements amiables prévoient alors des délais à respecter afin d'assurer la bonne réalisation du processus amiable et d'aboutir à un accord. À ce titre, quelle que soit la nature du règlement amiable, et quel que soit le tiers intervenant, un temps est ordonné au service du processus.

476. Temps imposé et règlements amiables judiciaires. Dans le cadre des règlements amiables judiciaires, le juge est lui-même contraint de respecter l'exigence de célérité. Le processus amiable s'inscrit dans une démarche d'ensemble de résolution du différend. L'incertitude relative à la conclusion d'un accord conduit le juge à envisager la durée appropriée afin d'éviter une perte de temps compte tenu de l'éventuelle procédure contentieuse future. Il assure ainsi le droit à un procès équitable prévu à l'article 6 § 1 de la Convention européenne. À l'instar des procédures traditionnelles, le processus amiable judiciaire doit se dérouler dans un délai raisonnable, et le juge apprécie le respect de cette exigence. Dans le cadre d'une conciliation déléguée, l'article 129-2 du Code de procédure civile dispose que « [le juge] désigne un conciliateur de justice (...), fixe la durée de sa mission et indique la date à laquelle l'affaire sera rappelée. La durée initiale de la mission ne peut excéder trois mois. Cette mission peut être renouvelée une fois, pour une même durée, à la demande du conciliateur ». Malgré la délégation à un conciliateur de justice, le juge conserve la mainmise de la procédure amiable en imposant une durée précise au conciliateur et aux parties. Dans le cadre particulier des procédures de sauvegarde des entreprises, la loi du 26 juillet 2005 a précisé au sein de l'article L. 611-6 du Code de commerce que « la procédure de conciliation est ouverte par le président du tribunal, qui désigne un conciliateur pour une période n'excédant pas quatre mois mais qu'il peut, par une décision motivée, proroger d'un mois au plus à la demande de ce dernier ». Cette

¹⁸⁵⁷ Décret n° 2011-48 du 13 janv. 2011 portant réforme de l'arbitrage, JORF n° 0011 du 14 janv. 2011, art. 2.

¹⁸⁵⁸ Cf. introduction, n^{os} 7 et s.

disposition conduit à la prévention des difficultés des entreprises. À ce titre, la procédure se trouve d'autant plus structurée et le juge intervient également pour assurer un contrôle.

De la même manière, la médiation judiciaire ne dessaisit en aucun cas le juge¹⁸⁵⁹. À ce titre, le juge a compétence pour connaître du litige et il assure le contrôle exclusif de la procédure amiable. Ainsi que le prévoit l'article 131-3 du Code de procédure civile, « la durée initiale de la médiation ne peut excéder trois mois. Cette mission peut être renouvelée une fois, pour une même durée, à la demande du médiateur ». Le temps de la procédure est encadré par le texte mais peut être reconsidéré par le juge à la demande du tiers. La loi n° 95-125 du 8 février 1995, spécifique à la médiation judiciaire, précisait déjà dans son article 22-3 que « la durée de la mission de médiation est fixée par le juge, sans qu'elle puisse excéder un délai déterminé par décret en Conseil d'État. Le juge peut toutefois renouveler la mission de médiation. Il peut également y mettre fin, avant l'expiration du délai qu'il a fixé, d'office ou à la demande du médiateur ou d'une partie »¹⁸⁶⁰. La durée de la médiation est ainsi encadrée et le juge apparaît comme le gardien du temps de la procédure amiable judiciaire. En ce sens, désormais, une durée de trois mois est consacrée afin d'assurer la bonne réalisation du processus amiable et le juge s'assure du respect du délai raisonnable. Il analyse les besoins et les intérêts des parties et de la procédure.

477. Temps envisagé et règlements amiables extrajudiciaires. Dans le cadre des modes amiables conventionnels, le temps dédié au processus peut être encadré contractuellement. Ce délai sera ainsi fixé par et pour les parties au processus. Si un tiers est présent, il joue alors un rôle important. Il guide les parties afin de considérer le temps approprié à la résolution de leur différend. En effet, la médiation et la conciliation conventionnelles s'entendent comme des « processus structurés »¹⁸⁶¹. En ce sens, l'organisation de la procédure amiable et la consécration d'une durée limitée à respecter assurent la sécurité juridique. La célérité de la procédure participe à la qualité et à l'efficacité de la justice. À ce titre, le processus ne doit pas se prolonger au risque de perdre tout son intérêt ou, plus encore, de causer du tort aux participants. Cette réflexion se justifie précisément dans certaines matières dont une attention toute particulière doit être portée aux intérêts en présence. Aussi, un encadrement précis de la durée du processus amiable est prévu. En effet, dans le cadre de la médiation des

¹⁸⁵⁹ CPC, art. 131-2.

¹⁸⁶⁰ Créé par l'ord. n° 2011-1540 du 16 nov. 2011, préc., art. 1. – Depuis la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice (JORF n° 0071 du 24 mars 2019), le dernier alinéa de cet article 22-3 précise que « le présent article n'est pas applicable lorsque le juge ordonne la médiation dans la décision statuant définitivement sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale » (art. 3-I-4°).

¹⁸⁶¹ Cf. CPC, art. 1530.

litiges de consommation, l'article R. 612-5 du Code de la consommation dispose que « l'issue de la médiation intervient, au plus tard, dans un délai de quatre-vingt-dix jours à compter de la notification mentionnée à l'article R. 612-2 », soit la notification réalisée par le médiateur aux parties qui les informe de sa saisine après réception des documents permettant d'instruire la demande du consommateur. Alors que la médiation de la consommation s'applique à un litige entre un consommateur et un professionnel, le déséquilibre affiché est contenu par une réglementation plus précise. Outre l'attention portée à l'équilibre du processus amiable, l'encadrement du temps tend à assurer le respect de l'exigence européenne du délai raisonnable au titre de l'unité reconnue de la procédure.

478. Unité de la procédure et respect du délai raisonnable. L'appréciation du délai raisonnable d'une procédure se réalise *in globo*¹⁸⁶². Il s'agit de prendre en compte l'ensemble du procès mené dans l'ordre juridique interne¹⁸⁶³. Dès lors, la tentative de règlement amiable doit être envisagée dans le calcul de la durée de la procédure. En effet, les dernières réformes imposent une tentative de règlement amiable avant toute saisine du juge. À défaut d'accord, le temps entrepris dans cette première phase de la procédure de résolution du différend doit être considéré. Outre cette obligation légale¹⁸⁶⁴, l'engagement des parties dans un processus amiable, sous quelque forme que ce soit, a également un impact sur la durée totale de la procédure. En effet, si les participants ne parviennent pas à un accord, ils saisiront le juge. La procédure se trouve alors rallongée¹⁸⁶⁵. De sorte que l'ambition du législateur est double. Il s'agit de développer le recours aux règlements amiables mais, en cas d'échec de ces derniers, ne pas augmenter la durée de la procédure envisagée de manière globale. Le législateur a alors développé des techniques et des garde-fous afin de faire respecter le délai raisonnable exigé par le droit à un procès équitable.

Les articles 1558 et 1559 du Code de procédure civile relatifs à la procédure participative reconnaissent que l'échec de la négociation n'a pas pour conséquence de retarder excessivement la phase de jugement. Les parties sont tout d'abord dispensées d'un préliminaire

¹⁸⁶² V. *supra* n° 467.

¹⁸⁶³ CEDH, 23 oct. 1996, *Levages Prestations Services c. France*, req. n° 21920/93, § 45 ; CEDH [GC], 5 avr. 2018, *Zubac c. Croatie*, req. n° 40160/12, § 82.

¹⁸⁶⁴ Obligation qui était prévue à l'art. 750-1 du CPC, avant son annulation par le CE dans sa décision du 22 sept. 2022 (n°s 436939 et 437002).

¹⁸⁶⁵ Cet élément est notamment l'une des raisons pour lesquelles le CE a pris le parti d'annuler l'art. 750-1 du CPC dans sa décision du 22 sept. 2022 précitée. En effet, l'indétermination du délai à partir duquel la demande en justice pouvait être introduite, en raison de l'indisponibilité de conciliateurs de justice, tendait à entraîner une prolongation de la durée de la procédure.

de conciliation ou de médiation s'il en existe un devant la juridiction saisie¹⁸⁶⁶. Ensuite, le Code de procédure civile prévoit une dispense de mise en état. En vertu de l'article 1559, « devant le tribunal judiciaire et à moins que l'entier différend n'ait été soumis à la procédure de droit commun, l'affaire est directement appelée à une audience de jugement de la formation à laquelle elle a été distribuée ». Sauf exceptions prévues au deuxième et au troisième alinéa de l'article 1561, qui correspondent aux hypothèses dans lesquelles les parties modifient leurs prétentions initiales, l'affaire ne sera pas renvoyée devant le juge de la mise en état. « Cette dispense s'explique par le fait que la phase conventionnelle de la procédure participative a permis une sorte de mise en état conventionnelle de l'affaire sur le fond, avec, le cas échéant, une expertise ou des actes contresignés par avocats ; il est inutile de recommencer une mise en état de l'affaire »¹⁸⁶⁷. La procédure est dès lors accélérée. Ainsi, dans les deux cas présentés, il s'agit de proposer une passerelle vers la saisine simplifiée de la juridiction, afin d'éviter une perte de temps. En ce sens, le temps passé à négocier ne sera pas perdu, même en cas d'échec. Tel que le précisait Monsieur le professeur Serge GUINCHARD, « grâce à la passerelle, cette procédure négociée devient une procédure pré-judiciaire qui s'intègre dans un ensemble plus vaste »¹⁸⁶⁸.

Or, malgré cette appréciation unitaire de la résolution d'un différend, il ne faut pas oublier que le droit d'agir est soumis à des délais de prescription précis. Le temps engagé pour la résolution du différend à l'amiable ne doit pas porter atteinte au droit d'accès au juge. À cet égard, le temps de la procédure amiable est d'autant plus encadré.

479. Un temps ordonné au regard des délais de prescription. Le droit au règlement amiable doit s'apprécier corrélativement au droit d'accès au juge, qui est un principe fondamentalement protégé¹⁸⁶⁹. Dès lors, l'engagement des parties dans un règlement amiable ne peut les priver de saisir le juge, postérieurement, s'ils ne parviennent pas à s'entendre. La difficulté réside dans les cas où le délai pour agir est très court. En effet, en matière d'assurance, « toutes les actions dérivant d'un contrat d'assurance sont prescrites par deux ans à compter de l'évènement qui y donne naissance »¹⁸⁷⁰. Le délai de prescription de l'action, qui désigne la durée au-delà de laquelle une action en justice n'est plus recevable, est relativement court : deux ans. Dès lors, si le processus de médiation s'étale dans le temps et que les discussions perdurent,

¹⁸⁶⁶ Cf. C. civ., art. 2066, al. 2. En revanche, cette dispense ne s'applique pas devant le conseil de prud'hommes (C. civ., art. 2066, al. 3).

¹⁸⁶⁷ N. FRICERO, « Procédure participative de recherche d'un accord et de mise en état », *rép. Proc. civ.*, juill. 2020, n° 62.

¹⁸⁶⁸ S. GUINCHARD, « L'ambition raisonnée d'une justice apaisée », *D.* 2008. 1748.

¹⁸⁶⁹ V. *supra* nos 283 s.

¹⁸⁷⁰ C. assur., art. L. 114-1.

les parties risquent d'être privées de leur droit d'accès au juge. Aussi, l'article R. 612-5 du Code de la consommation¹⁸⁷¹ prévoit qu'à l'issue de l'étude du dossier réalisée par le médiateur, une « proposition de solution » soit adressée à l'assuré et au professionnel (entreprise ou intermédiaire d'assurance) dans un délai de trois mois à compter de la recevabilité de la saisine. Le délai peut cependant être prorogé en cas de litiges complexes.

Le risque d'atteinte au droit d'accès au juge est d'autant plus réel depuis la promulgation de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 qui a réformé le droit des prescriptions civiles en posant un nouveau délai de droit commun de cinq ans¹⁸⁷². Le délai de prescription est passé de dix ans à cinq ans pour les actions entre professionnels-commerçants¹⁸⁷³ et à deux ans pour les actions des professionnels pour les biens ou les services qu'ils fournissent aux consommateurs¹⁸⁷⁴. Les délais ayant été réduits, il faut être d'autant plus vigilant sur la durée de la tentative de règlement du différend à l'amiable.

Enfin, un temps est également nécessairement ordonné en raison des créances à produire en cas de redressement judiciaire. L'article R. 622-24 du Code de commerce dispose en effet que la déclaration par le créancier doit intervenir dans les deux mois suivant la publication au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales (BODACC) du jugement d'ouverture de la procédure collective. À ce titre, lorsque la conciliation est compatible avec l'état de cessation des paiements de l'entreprise, soit s'il est avéré depuis moins de 45 jours, l'article L. 611-6 du Code de commerce prévoit une durée de quatre mois maximum, prolongeable d'un mois.

La raison à cet encadrement législatif du temps des processus amiables, qui s'explique au titre des délais de prescription réduits, est cependant à contrebalancer par l'instauration des suspensions des délais¹⁸⁷⁵.

480. Suspension des délais de prescription. L'un des éléments majeurs de la réforme du 17 juin 2008 est l'élargissement des causes de suspension des délais de prescription avec la médiation et la conciliation¹⁸⁷⁶. La loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010 a ajouté la conclusion

¹⁸⁷¹ Préc. *supra* n° 477.

¹⁸⁷² L. n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, JORF n° 0141 du 18 juin 2008, art. 1^{er} : le délai de prescription extinctive est alors passé de trente ans à cinq ans selon les nouvelles dispositions de l'article 2224 du Code civil.

¹⁸⁷³ Les consommateurs disposent donc d'un délai de cinq ans pour rechercher la responsabilité contractuelle ou délictuelle des professionnels, à l'exception des dommages corporels pour lesquels la durée de prescription est de dix ans : L. n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, préc., art. 15. – V. C. com., art. L. 110-4.

¹⁸⁷⁴ C. consom., art. L. 218-2. L'action des professionnels est désormais enfermée dans un délai court de deux ans qu'il s'agisse des commerçants, artisans et autres prestataires de service.

¹⁸⁷⁵ La suspension arrête temporairement le cours de la prescription sans effacer le délai déjà couru (C. civ., art. 2230).

¹⁸⁷⁶ L. n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, préc., art. 1^{er}.

d'une convention de procédure participative comme cause de suspension de la prescription¹⁸⁷⁷. Enfin, la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 a consacré comme autre cause de suspension « l'accord du débiteur constaté par l'huissier de justice pour participer à la procédure prévue à l'article L. 125-1 du code des procédures civiles d'exécution »¹⁸⁷⁸. Cette extension des causes de suspension de la prescription permet de favoriser les règlements amiables sans priver les justiciables de leur droit d'accès au juge. Le recours à la médiation et à la conciliation, à la procédure participative et l'accord du débiteur constaté par l'huissier de justice pour participer à la procédure prévue à l'article L. 125-1 du Code des procédures civiles d'exécution sont ainsi de nouvelles causes de suspension prévues aux articles 2234 à 2239 du Code civil. Ainsi, en application de l'article 2238 du Code civil, « la prescription est suspendue à compter du jour où, après la survenance d'un litige, les parties conviennent de recourir à la médiation ou à la conciliation ou, à défaut d'accord écrit, à compter du jour de la première réunion de médiation ou de conciliation. La prescription est également suspendue à compter de la conclusion d'une convention de procédure participative ou à compter de l'accord du débiteur constaté par l'huissier de justice pour participer à la procédure prévue à l'article L. 125-1 du code des procédures civiles d'exécution. Le délai de prescription recommence à courir pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois à compter de la date à laquelle soit l'une des parties ou les deux, soit le médiateur ou le conciliateur déclare que la médiation ou la conciliation est terminée. En cas de convention de procédure participative, le délai de prescription recommence à courir à compter du terme de la convention, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois. En cas d'échec de la procédure prévue au même article, le délai de prescription recommence à courir à compter de la date du refus du débiteur, constaté par l'huissier, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois ». L'exigence de célérité est ainsi modérée par une suspension des délais, afin de garantir le respect du droit fondamental d'accès au juge.

481. Or, il est à préciser que l'institution par la réforme de la procédure civile de l'obligation de tenter un mode amiable de règlement des différends, prévue à l'article 750-1 du Code de procédure civile¹⁸⁷⁹, n'avait pas été associée à une modification permettant

¹⁸⁷⁷ L. n° 2010-1609 du 22 déc. 2010 relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires, JORF n°0297 du 23 déc. 2010, art. 37.

¹⁸⁷⁸ L. n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, JORF n°0181 du 7 août 2015, art. 208 ; dans sa version modifiée par l'ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, art. 5.

¹⁸⁷⁹ Créé par le décr. n° 2019-1333 du 11 déc. 2019, art. 4 ; modif. par le décr. n° 2022-245 du 25 févr. 2022, art. 1 ; annulé par la déc. CE, 22 sept. 2022, n^{os} 436939 et 437002.

d'interrompre les délais de prescription¹⁸⁸⁰. En l'absence d'une telle disposition, les praticiens ont pu avoir recours à la procédure judiciaire de tentative préalable de conciliation prévue à l'article 820 du Code de procédure civile, selon laquelle « la demande aux fins de tentative préalable de conciliation est formée par requête faite, remise ou adressée au greffe. La prescription et les délais pour agir sont interrompus par l'enregistrement de la demande ». En effet, par exception au premier alinéa de l'article 750-1 du Code de procédure civile, les parties pouvaient saisir directement le juge si elles sollicitaient l'homologation d'un accord¹⁸⁸¹, si un recours préalable était imposé, si le juge ou l'autorité administrative devait, en application d'une disposition particulière, procéder à une tentative préalable de conciliation et enfin, s'il existait un motif légitime de ne pas procéder au règlement amiable¹⁸⁸². Malgré une difficile appréhension de ces exceptions¹⁸⁸³, il convenait d'en déduire le principe selon lequel « MARD sur MARD ne vaut »¹⁸⁸⁴. Dès lors, par le biais de l'article 820 du Code de procédure civile, la saisine du juge aux seules fins de tentative de conciliation par lui-même ou par un délégué (conciliateur de justice) permettait aux parties d'échapper à la tentative de règlement amiable obligatoire menée par les parties de manière isolée. L'intérêt mis également en avant était bien évidemment la conséquence d'une interruption des délais¹⁸⁸⁵, alors que l'article 750-1 du Code de procédure civile ne prévoyait rien à cet égard. La chancellerie a pourtant considéré qu'il s'agissait là d'un détournement de l'objectif visé à l'article 750-1 du Code de procédure civile¹⁸⁸⁶. Dès lors, le décret n° 2021-1322 du 11 octobre 2021 a interdit cette possibilité en ajoutant un alinéa 1^{er} à l'article 820 précité, selon lequel « la demande en justice peut être formée aux fins de tentative préalable de conciliation hors les cas dans lesquels le premier alinéa de l'article 750-1 s'applique »¹⁸⁸⁷. Si les praticiens ont été dépossédés de cette possibilité d'interrompre immédiatement un délai d'action lorsqu'une tentative de règlement amiable était imposée, l'ambition du législateur pouvait s'apprécier à divers titres. Tout d'abord, cet ajout

¹⁸⁸⁰ F.-X. BERGER, « Nouveau décret de procédure civile : du mieux, du moins bon et de l'incertain », *Dalloz actualité*, 15 oct. 2021.

¹⁸⁸¹ Exception établie au sein de l'art. 4 de la L. n° 2016-1547 du 18 nov. 2016, préc., 1°.

¹⁸⁸² Exception qui a causé l'annulation de l'art. 750-1 par le CE (22 sept. 2022, n^{os} 436939 et 437002), v. *supra* n^{os} 21 et 354.

¹⁸⁸³ C. BLERY, « Où l'amiable devient l'objet du contentieux... », *Dalloz actualité*, 10 mai 2021 ; *ID*, « Oralité classique et amiable préalable obligatoire : des précisions », *Dalloz actualité*, 15 juill. 2021.

¹⁸⁸⁴ C. BLERY, « Décret du 11 octobre 2021 : la procédure civile à (tout) petits pas », *Dalloz actualité*, 19 oct. 2021.

¹⁸⁸⁵ Contrairement à la suspension, l'interruption efface le délai de prescription acquis et fait courir un nouveau délai de la même durée que l'ancien (C. civ., art. 2231).

¹⁸⁸⁶ F.-X. BERGER, « Nouveau décret de procédure civile : du mieux, du moins bon et de l'incertain », *Dalloz actualité*, 15 oct. 2021, préc.

¹⁸⁸⁷ Décr. n° 2021-1322 du 11 oct. 2021 relatif à la procédure d'injonction de payer, aux décisions en matière de contestation des honoraires d'avocat et modifiant diverses dispositions de procédure civile, JORF n° 0239 du 13 oct. 2021, texte n° 51, art. 2, 2°.

tendait à favoriser le recours obligatoire aux modes amiables de résolution des différends afin de vider les prétoires trop encombrés. Ainsi le Gouvernement durcissait-il encore sa politique des règlements amiables obligatoires. Dans un second temps, et en conséquence à cette première approche, la suppression de cette « soupape »¹⁸⁸⁸ conduisait à une accélération de la procédure.

Il n'est alors plus possible d'user de cette tentative pour interrompre les délais. Par l'institution du nouveau décret n° 2021-1322, l'interruption du délai n'est plus admise, pas plus qu'elle n'était permise. Les textes ne prévoient rien de plus quant à la possible interruption des délais pour agir¹⁸⁸⁹. Aussi faut-il en déduire que l'article 2238 du Code civil trouvera pleine application. Compte tenu de la récente annulation de l'article 750-1 du Code de procédure civile¹⁸⁹⁰, il est fort souhaitable – dans le cas où l'obligation préalable de tenter un règlement amiable serait maintenue – que sa réécriture apporte des précisions à ce sujet.

Alors que 93% des Français dénoncent la lenteur de la justice¹⁸⁹¹, le Gouvernement démontre sa volonté de ne pas laisser perdurer des procédures, tout en favorisant les résolutions des différends à l'amiable. La célérité de la procédure est dès lors privilégiée. La question de la résonance et de la pertinence des dernières modifications est autre¹⁸⁹²... Néanmoins, la tentative de règlement amiable est inscrite dans le cheminement général de la procédure de règlement des différends. À ce titre, un encadrement de l'exigence de célérité au sein des règlements amiables est nécessaire ; notamment pour protéger l'intérêt des parties et leurs droits fondamentaux.

¹⁸⁸⁸ C. BLERY, « Décret du 11 octobre 2021 : la procédure civile à (tout) petits pas », *Dalloz actualité*, 19 oct. 2021, préc.

¹⁸⁸⁹ Il est cependant à souligner l'aménagement des délais impératifs de l'appelant prévu à l'article 910-2 du CPC, modif. par le décr. n° 2022-245 du 25 févr. 2022, art. 1^{er}. Cet article prévoit en effet que « la décision qui enjoint aux parties de rencontrer un médiateur en application de l'article 127-1 ou qui ordonne la médiation en application de l'article 131-1 » a un effet interruptif sur tous les délais pour conclure et former appel incident mentionnées aux articles 905-2 et 908 à 910 du CPC. – Certains relèvent la prise en compte, par cette réforme, de la volonté de favoriser les règlements amiables en permettant aux parties de s'y consacrer pleinement sans arrière-pensées. Pour autant, ils regrettent qu'elle n'ait visé que la médiation et non pas la conciliation par le juge : V. J. PELLERIN, L. DE MARIA et F. GUERRE, « La nouvelle procédure d'appel du décret n° 2017-891 du 6 mai 2017 », *Gaz. Pal.*, 25 juill. 2017, n° 28, p. 78. Ce point n'a d'ailleurs pas été envisagé par la récente réforme et le décret précité du 25 févr. 2022.

¹⁸⁹⁰ CE, 22 sept. 2022, n^{os} 436939 et 437002, préc.

¹⁸⁹¹ V. les résultats du sondage « Le rapport des Français avec la justice » commandé par la commission des lois du Sénat, sept. 2021, URL : https://www.senat.fr/fileadmin/Fichiers/Images/redaction_multimedia/2021/2021-Documents_PDF/20210928_Rapport_complet_CSA.pdf.

¹⁸⁹² Le décret n° 2021-1322 du 11 oct. 2021 durcit une politique de règlements amiables obligatoires qui n'est pas nécessairement adaptée à ses destinataires. Plutôt que de supprimer purement et simplement cette possibilité d'interrompre les délais de prescription, le décret aurait pu utilement préciser l'article 750-1 du CPC et prévoir un délai interruptif des délais pour agir dès le recours à un règlement amiable. À cet égard, la récente décision du Conseil d'État (préc.) pourrait servir à reconsidérer les enjeux de notre système de justice.

B) L'encadrement nécessaire de l'exigence de célérité

482. Pour la confiance des justiciables. La lenteur des procédures tend à faire perdre confiance en la justice. Qu'advierait-il d'une procédure amiable dont le temps serait mal géré et se prolongerait sans aucune efficacité ? Les parties se désintéresseraient de la justice amiable. Elles privilégieraient la solution imposée au dialogue et à la commune réflexion qui ne mènent qu'à créer un déséquilibre et à rallonger les procédures. L'engouement pour les règlements amiables dépend en ce sens de la célérité des processus. Or, au-delà de la promotion des règlements amiables, l'exigence de célérité en leur sein implique une réelle protection des justiciables. En effet, cet encadrement apparaît nécessaire au regard des exigences processuelles de la Convention européenne des droits de l'homme.

483. Pour garantir le droit à un procès équitable. Le droit à un procès équitable ne peut être assuré si le temps des procédures amiables n'est pas limité. À ce titre, la fixation et la présentation d'un calendrier de la procédure amiable par le tiers aux parties induisent la transparence du processus et de la justice. Cette organisation, connue de tous, permet à chacun de s'exprimer équitablement. Les parties sont ainsi traitées de manière équitable et égale. *A contrario*, l'absence d'un calendrier précis et des informations relatives au déroulement du processus pourrait provoquer des doutes et la méfiance des parties à l'égard du tiers. La maîtrise du temps est alors essentielle dans le processus amiable. Elle offre aux parties la certitude d'avoir été entendues et comprises par les autres participants. Un temps doit ainsi être nécessairement limité afin de permettre le bon déroulement des discussions, la présentation des propositions de chacune des parties, les rapprochements, la formation des concessions et enfin la conclusion de l'accord lui-même. Le tiers indépendant et impartial¹⁸⁹³ a un rôle essentiel à jouer en ce qu'il doit accorder au processus le temps approprié. Ce temps est en effet nécessairement encadré, afin d'éviter les comportements dilatoires.

484. Pour éviter les comportements dilatoires. Le recours à un règlement amiable n'est pas sans risque lorsque l'une des parties s'y engage afin de prolonger la procédure de règlement du différend. Un individu de mauvaise foi peut entretenir des négociations avec pour seul objectif de retarder l'issue judiciaire. L'autre participant est trompé sur les intentions initiales. Il s'agit alors d'une stratégie dilatoire qui appelle une sanction. Bien que chaque participant puisse mettre fin à la procédure amiable à tout moment, ou refuser de signer l'accord

¹⁸⁹³ Pour l'étude de ces deux principes v. *infra* n^{os} 630 s.

amiable à l'issue du processus, le risque est de revenir au point de départ. Le retour au *statu quo ante* conduit alors au sentiment d'avoir perdu du temps. En ce sens, l'exigence de célérité est une manifestation du devoir de loyauté¹⁸⁹⁴. En effet, ce n'est pas tant le manquement au devoir de célérité qui est sanctionné que le mauvais usage du temps dans une situation donnée. Ce constat peut être apprécié dans un sens contraire, lorsqu'une célérité excessive est instiguée par l'une des parties.

485. Synthèse relative à l'exigence de célérité. À la lecture des articles L. 111-3 du Code de l'organisation judiciaire et 6 § 1 de la Convention européenne, les décisions de justice doivent être rendues « dans un délai raisonnable »¹⁸⁹⁵. Cet impératif traduit le devoir de préserver « l'efficacité et la crédibilité » de la justice¹⁸⁹⁶. Le profond ancrage de ce principe conduit notamment certains auteurs à voir dans le dépassement de ce délai un « déni de justice processuel »¹⁸⁹⁷. L'ensemble de la procédure de règlement du différend est alors appréhendé globalement aux fins de vérification du respect de l'exigence de célérité. Si l'État est perçu comme le « débiteur »¹⁸⁹⁸ de « la célérité voulue par l'article 6 § 1 »¹⁸⁹⁹, il pèse sur lui une obligation de résultat. L'État français a alors dû se doter des moyens appropriés afin d'organiser son système juridique de telle sorte que l'exigence de célérité soit respectée. En réponse à l'exigence de la Cour européenne, selon laquelle la procédure judiciaire est contrôlée par le juge, qui reste « chargé d'assurer la conduite rapide du procès »¹⁹⁰⁰, le délai des procédures amiables judiciaires reste sous le contrôle du juge. En effet, lorsque le processus amiable s'insère dans la procédure judiciaire, le tiers doit respecter les délais fixés par le juge. Cependant, la question a pu se poser dans le cadre des règlements amiables hors procès. Conçue comme un devoir de diligence s'imposant aux parties et au tiers¹⁹⁰¹, l'exigence de célérité s'applique également lors des négociations en vue d'un accord. La diligence est définie comme

¹⁸⁹⁴ V. *infra* n^{os} 606 s.

¹⁸⁹⁵ À noter la formulation assertive de l'article L. 111-3 du Code de l'organisation judiciaire : « Les décisions de justice sont rendues dans un délai raisonnable ».

¹⁸⁹⁶ CEDH, 23 oct. 1990, *Moreira de Azevedo c. Portugal*, req. n^o 11296/84, § 74 – CEDH, 24 oct. 1989, *H. c. France*, req. n^o 10073/82, § 58.

¹⁸⁹⁷ L. SAVADOGO, « Déni de justice et responsabilité internationale de l'État pour les actes de ses juridictions », *JDI « Clunet »*, n^o 3, 2016, pp. 827 s., cité par B. NICAUD, « Délai raisonnable et droit européen », *AJ pénal.* 2017. 163.

¹⁸⁹⁸ J.-C. SOYER et M. DE SALVIA, « Article 6 » in L.-E. PETTITI, E. DECAUX, P.-H. IMBERT (dir.), *La convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, 2^e éd., Economica, 1999, pp. 239 s., spéc. p. 268.

¹⁸⁹⁹ CEDH, 10 juill. 1984, *Guincho c. Portugal*, req. n^o 8990/80, § 32.

¹⁹⁰⁰ CEDH, 26 oct. 1988, *Martins Moreira c. Portugal*, req. n^o 11371/85, § 60.

¹⁹⁰¹ J.-C. MAGENDIE ET J.-F. THONY, *Célérité et qualité de la justice. Les conciliateurs de justice*, avr. 2010, Paris, La documentation française, Coll. « Rapports officiels », 2010, p. 23 : « dans le cadre d'une conciliation hors procès, la diligence du conciliateur est également un impératif ».

le « soin apporté, avec célérité et efficacité, à l'accomplissement d'une tâche »¹⁹⁰². Dès lors, malgré leur souplesse d'origine, le bon déroulement des processus amiables nécessite le respect de certaines exigences. La célérité du processus participe à l'efficacité de la procédure amiable. Afin de préserver les intérêts de chacune des parties, les règlements amiables sont soumis à l'exigence de célérité imposée par le droit au procès équitable.

En sus de l'exigence de célérité, l'efficacité de la procédure traditionnelle réclame la publicité de la justice. *Quid* des procédures amiables ?

Section 2 : Le principe de confidentialité vs le principe de publicité

486. Modulation du principe de publicité et reconnaissance du principe de confidentialité. La Cour européenne envisage l'exigence de publicité comme une protection du justiciable contre une justice secrète qui favoriserait l'arbitraire du juge et comme une mesure encourageant la confiance du justiciable envers la justice. Chaque citoyen doit être en mesure de voir que la justice est rendue et comment elle est rendue¹⁹⁰³. La publicité de la procédure étatique est ainsi un principe processuel fondamental. Pour autant, il en va autrement dans le cadre des procédures amiables. En effet, la confiance du justiciable envers la justice amiable commande, au contraire, une attention toute particulière au principe de confidentialité. Le retrait du principe de publicité est alors constaté pour la réussite des règlements amiables (§1). L'affirmation de ce principe de confidentialité au sein des règlements amiables des différends (§2) n'est cependant pas sans conséquence et démontre des fragilités inévitables, qu'il est nécessaire de prendre en considération. Aussi, malgré sa reconnaissance, force est de constater la relativité du principe de confidentialité (§3).

Paragraphe 1 : Le retrait du principe de publicité au profit du principe de confidentialité

487. Entre publicité des procédures étatiques et confidentialité des procédures amiables. Alors que le principe de publicité est reconnu comme un principe processuel

¹⁹⁰² G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., v° « Diligence ».

¹⁹⁰³ À cet égard, la procédure doit être publique pour garantir le contrôle de sa régularité.

fondamental au sein de l'article 6 § 1 de la Convention européenne¹⁹⁰⁴, la procédure amiable nécessite une certaine confidentialité pour prospérer. Les contours et les soubassements de ces deux principes procéduraux doivent être étudiés afin d'appréhender leur application dans les différentes procédures de règlements des différends. Diverses interrogations se posent. Quel est l'intérêt d'exposer un principe de confidentialité au détriment d'une publicité de la justice amiable ? Quel est le sens et la portée de ce principe de confidentialité ? Quelles distinctions doivent être réalisées entre le principe de confidentialité du processus et l'obligation de secret ? Tant de questions qui mèneront au constat de la consécration de ce principe de confidentialité dans les règlements amiables.

488. « Justice is not only to be done, but to be seen to be done »¹⁹⁰⁵. Il ne suffit pas que la justice soit rendue, il faut qu'elle soit rendue au vu et au su de tous. Chaque citoyen doit pouvoir constater que la justice a été rendue. À ce titre, la Convention européenne formule l'exigence de publicité de la justice dans son article 6 § 1 : « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue publiquement... ». La suite de l'article fournit cependant des précisions complémentaires en indiquant que « le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice ». Un principe de publicité est alors exposé, mais il est associé à des exceptions.

489. Le principe de publicité, principe fondamental de la justice étatique. L'intérêt de ce principe a été maintes fois affirmé par la Cour européenne. Elle indique en effet que « la publicité de la procédure des organes judiciaires visés à l'article 6 par. 1 (art. 6-1) protège les justiciables contre une justice secrète échappant au contrôle du public ; elle constitue aussi l'un des moyens de 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 par. 1 (art. 6-1) : le procès équitable, dont la garantie compte parmi les principes de toute société démocratique

¹⁹⁰⁴ « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, *publiquement*... ».

¹⁹⁰⁵ House of Lords, *Rex v. Sussex Justices*, ex parte McCarthy, 1924, 1 KB 256, p. 259. Aphorisme repris de manière constante dans la jurisprudence de la Cour européenne : v. not. CEDH, 17 janv. 1970, *Delcourt c. Belgique*, req. n° 2689/65, § 31.

au sens de la Convention »¹⁹⁰⁶ et « reconnaît pleinement la valeur de la publicité de la procédure judiciaire » pour des raisons de ce genre¹⁹⁰⁷. Pour autant, la Cour précise qu'elle ne saurait conclure « que l'article 6 (art. 6) implique toujours le droit à une audience publique, indépendamment de la nature des questions à trancher. La publicité constitue certes l'un des moyens de préserver la confiance dans les tribunaux, mais d'autres considérations, dont le droit à un jugement dans un délai raisonnable et la nécessité en découlant d'un traitement rapide des affaires inscrites au rôle, entrent en ligne de compte (...) »¹⁹⁰⁸. Si l'exigence de publicité est consacrée dans le but ultime de sauvegarder le droit à un procès équitable¹⁹⁰⁹, elle s'apprécie selon l'ensemble du procès, « tout en se modulant selon les diverses phases de procédure »¹⁹¹⁰. Le principe de publicité s'adapte dès lors aux besoins de la procédure. La jurisprudence européenne admet d'ailleurs que le plaideur puisse renoncer à cette garantie, à certaines conditions. En effet, dans son arrêt du 24 juin 1993 *Schuler-Zgaggen c. Suisse*, la Cour européenne rappelle que « la publicité des débats judiciaires est un principe fondamental consacré à l'article 6 § 1. Ni la lettre ni l'esprit de ce texte n'empêche une personne d'y renoncer de son plein gré de manière expresse ou tacite, mais pareille renonciation doit être non équivoque et ne se heurter à aucun intérêt public important »¹⁹¹¹. Ainsi, malgré sa fondamentalité, le principe de publicité de la justice peut être modulé au cours de la procédure de règlement des différends selon les circonstances de l'espèce. Si les justiciables peuvent y renoncer, il faut toutefois que cette renonciation soit encadrée afin de ne pas s'opposer à des intérêts essentiels.

Cette adaptation du principe de publicité dans la procédure prend tout son sens au sein de la procédure amiable. Certes, la justice doit être rendue publiquement. Pour autant, la réussite des règlements amiables nécessite une adaptation eu égard à son contexte, et ce, par le biais de la confidentialité du processus.

¹⁹⁰⁶ CEDH, 8 déc. 1983, *Axen c. Allemagne*, req. n° 8273/78, § 25 ; CEDH, 8 déc. 1983, *Pretto c. Italie*, req. n° 7984/77, § 21 ; CEDH, 22 févr. 1984, *Sutter c. Suisse*, req. n° 8209/78, § 26 ; v. aussi CEDH, 29 oct. 1991, *Helmers c. Suède*, req. n° 11826/85, § 33.

¹⁹⁰⁷ CEDH, 29 oct. 1991, *Helmers c. Suède*, préc., § 36.

¹⁹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁹⁰⁹ CEDH, 8 déc. 1983, *Pretto c. Italie*, préc., § 27 : « Aux yeux de la Cour, le but poursuivi en la matière par l'article 6 § 1 (art. 6-1) – assurer le contrôle du pouvoir judiciaire par le public pour la sauvegarde du droit à un procès équitable – n'est pas moins bien réalisé ».

¹⁹¹⁰ J.-C. SOYER et M. DE SALVIA, « Article 6 » in L.-E. PETTITI, E. DECAUX, P.-H. IMBERT (dir.), *La convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, 2^e éd., Economica, 1999, pp. 239 s., spéc. p. 266.

¹⁹¹¹ CEDH, 24 juin 1993, *Schuler-Zgaggen c. Suisse*, n°14518/89, § 58 ; CEDH, 21 févr. 1990, *Hakansson et Sturesson c. Suède*, n° 11855/85, § 66 ; CEDH, 10 févr. 1983, *Albert et Le Compte c. Belgique*, n°s 7299/75 et 7496/76, § 35.

490. Le principe de confidentialité, base fondamentale du succès des règlements amiables. La confidentialité est définie comme le caractère de ce qui est confidentiel, c'est-à-dire ce « qui est communiqué à quelqu'un sous l'interdiction, pour celui-ci, de le révéler à quiconque ; qui est livré (...) sous le sceau du secret (en confiance et en confiance) »¹⁹¹². La confidentialité revêt alors deux aspects : le secret et la confiance.

En effet, tout d'abord, la confidentialité « revient à garder quelque chose de privé et secret vis-à-vis de tous ceux qui ne sont pas autorisés à en avoir connaissance »¹⁹¹³. Dans les règlements amiables, le cercle de secret comprend les parties et le tiers intervenant et il exclut les tiers au sens large. Ainsi la confidentialité se distingue-t-elle de l'obligation au secret professionnel de l'avocat. Dans le procès, le cercle de confidentialité englobe l'une des parties et son conseil, tandis qu'il exclut naturellement l'autre, son adversaire. La logique du procès, qui met en exergue une confrontation des prétentions, implique une dimension confidentielle propre à chaque partie qui ne souhaiterait pas révéler des informations à l'autre. La divulgation de certaines informations lui causerait inéluctablement du tort. Les règles déontologiques de l'avocat lui imposent ainsi le « secret professionnel », dont la sanction est inscrite à l'article 226-13 du Code pénal. Le Conseil National des Barreaux définit le secret professionnel de l'avocat comme « un devoir pour tout avocat, qui en le respectant, garantit à tout citoyen l'absence d'ingérence des pouvoirs publics dans sa défense et ce quoi qu'il ait pu faire »¹⁹¹⁴. Le secret professionnel de l'avocat est là pour protéger le libre-échange entre une personne et son avocat, amené à le défendre et à le conseiller. L'avocat est ainsi considéré comme le « confident nécessaire du client »¹⁹¹⁵. Dès lors, le secret professionnel est « la base de la relation de confiance qui existe entre l'avocat et son client »¹⁹¹⁶ ; tout comme la confidentialité est la base de la relation de confiance entre les parties au processus amiable. La distinction repose sur la différence du périmètre du cercle du secret.

Parallèlement, les règlements amiables reposent sur la confiance que les parties vont s'accorder l'une à l'autre. L'objectif du processus amiable est de créer un rapprochement entre les points de vue des parties, initialement incompatibles. La solution issue du processus sera

¹⁹¹² G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., v° « Confidentialité » et « Confidentiel ».

¹⁹¹³ L. IZAC, « La confidentialité dans la médiation. Une garantie fonctionnelle au service de la loyauté », in L. CASAUX-LABRUNEE et J-F. ROBERGE (dir.), *Pour un droit du règlement amiable des différends. Des défis à relever pour une justice de qualité*, op. cit., pp. 281 s., spéc. p. 285.

¹⁹¹⁴ En ce sens, v. les articles 2.1, 2.2, 2.3 et 2 bis du Règlement intérieur national de la profession d'avocat.

¹⁹¹⁵ RIN, art. 2.1.

¹⁹¹⁶ CEDH, 24 juill. 2008, *André et autre c. France*, req. n° 18603/03, § 41.

dès lors « le produit » du dialogue entre les parties¹⁹¹⁷. Ces dernières sont les créatrices de la solution, qui est l'aboutissement de la procédure de règlement du différend. Le dialogue et la communication doivent ainsi être constructifs. Les discours vont avoir un impact certain dans l'évolution de la procédure de résolution du différend. Pour ce faire, les parties doivent nécessairement se confier, reconnaître certains éléments factuels qui étaient jusqu'alors inconnus de l'autre partie. Pour autant, la pleine implication des participants au règlement amiable suppose de prendre un risque. En se délestant d'une information secrète, la partie se livre et peut se sentir déposséder de sa force. Alors que le processus amiable ne représente pas une arène mais bien un lieu d'apaisement, le principe de confidentialité a dès lors un rôle protecteur. Il assure aux parties que leurs révélations resteront dans le cadre de ce processus amiable. Il garantit la confiance des parties en ce sens qu'il les incite à dialoguer à nouveau ensemble sereinement, sans risques. Ainsi, tandis que la confiance des justiciables en la justice étatique impose une transparence pour éviter tout arbitraire du juge, la confiance en la justice amiable suppose la confidentialité des échanges. Le principe de confidentialité apparaît dès lors propre au processus amiable afin d'assurer au mieux sa réussite. En effet, pour que le dialogue soit positivement appréhendé, il est essentiel que la parole des participants soit libre. La confidentialité du processus amiable est ainsi « une garantie essentielle de cette liberté de parole »¹⁹¹⁸. En effet, il ne faut pas omettre que l'accord amiable n'est pas automatiquement conclu. Il se peut que les parties ne s'entendent pas et que le différend se poursuive devant les tribunaux. Se pose alors la question du devenir des informations fournies durant le processus amiable. Peuvent-elles être présentées au juge ? Si la réponse s'avère être positive, il est évident que la divulgation de certaines déclarations causera probablement du tort à la partie qui aura œuvré honnêtement pour la réussite du règlement amiable. Par ailleurs, *quid* lorsque la procédure amiable aboutit à un accord ? La révélation de certains éléments peut, de la même manière, causer du tort à l'une ou l'autre des parties¹⁹¹⁹.

Ainsi, dans tous les cas, la connaissance du différend et des contours de sa résolution mérite d'être limitée au cercle restreint des parties au règlement amiable. Il en va de l'intérêt des règlements amiables et de la confiance des justiciables dans la justice amiable. Or, pour que

¹⁹¹⁷ L. IZAC, « La confidentialité dans la médiation. Une garantie fonctionnelle au service de la loyauté », in L. CASAUX-LABRUNEE et J-F. ROBERGE (dir.), *Pour un droit du règlement amiable des différends. Des défis à relever pour une justice de qualité*, op. cit., spéc. p. 283.

¹⁹¹⁸ L. IZAC, « La confidentialité dans la médiation. Une garantie fonctionnelle au service de la loyauté », art. préc., spéc. p. 286.

¹⁹¹⁹ En effet, pour la circonstance, certaines sociétés s'engagent dans un règlement amiable pour seule raison d'éviter une atteinte à leur réputation. L'accord trouvé est alors bénéfique puisqu'il évite la publicité du procès ; mais encore faut-il que la confidentialité de la réussite du règlement amiable soit préservée... À ce sujet, v. *infra*.

cette confiance soit assurée, il est indispensable que la loi assure le respect de ce principe de confidentialité. Il est alors nécessaire d'appréhender les fondements du cadre juridique de la confidentialité au sein des règlements amiables.

Paragraphe 2 : Le cadre juridique de la confidentialité au sein des règlements amiables

491. Un cadre juridique obscur, posant diverses interrogations. Si l'inscription du principe de confidentialité au sein des règlements amiables est certaine, ses contours demeurent relativement imprécis. Il sera alors question de s'intéresser à la consécration du principe de confidentialité (A) avant d'interroger sa portée (B) et les sanctions qui résultent de sa violation (C).

A) La consécration du principe de confidentialité au sein des règlements amiables

492. La confidentialité, un principe applicable tant aux médiations et conciliations judiciaires qu'extrajudiciaires. L'exigence de confidentialité a pris toute son importance avec l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 qui l'a érigé en principe fondateur des règlements amiables¹⁹²⁰. L'article 21-3 de la loi du 8 février 1995 dispose que « sauf accord contraire des parties, la médiation est soumise au principe de confidentialité. Les constatations du médiateur et les déclarations recueillies au cours de la médiation ne peuvent être divulguées aux tiers ni invoquées ou produites dans le cadre d'une instance judiciaire ou arbitrale sans l'accord des parties »¹⁹²¹. Tout en se saisissant de la possibilité offerte par le 8^e considérant de la directive Médiation de 2008, qui permet de transposer les dispositions aux processus amiables internes¹⁹²², l'ordonnance de 2011 a pris le parti de consacrer un cadre général de la

¹⁹²⁰ Ord. n° 2011-1540 du 16 nov. 2011 portant transposition de la dir. 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, JORF n°0266 du 17 nov. 2011, art. 1.

¹⁹²¹ L. n° 95-125 du 8 févr. 1995, préc.

¹⁹²² Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du conseil du 21 mai 2008 sur certains aspect de la médiation civile et commerciale, cons. 8 : « Les dispositions de la présente directive ne devraient s'appliquer qu'à la médiation des litiges transfrontaliers, mais rien ne devrait empêcher les États membres de les appliquer également aux processus de médiation internes ».

médiation¹⁹²³. À cet égard, le principe de confidentialité concerne tant la médiation judiciaire¹⁹²⁴ que conventionnelle¹⁹²⁵. La réelle nouveauté tient pourtant seulement de la consécration de ce principe dans les règlements amiables conventionnels. L'article 1531 du Code de procédure civile dispose que « la médiation et la conciliation conventionnelles sont soumises au principe de confidentialité dans les conditions et selon les modalités prévues à l'article 21-3 » précité. L'exigence de confidentialité était en effet déjà présente dans le cadre de la médiation judiciaire à l'article 131-14 du Code de procédure civile, introduit par le décret du 22 juillet 1996¹⁹²⁶ relatif à la conciliation et à la médiation judiciaires et portant application de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance de 2011 : « les constatations du médiateur et les déclarations qu'il recueille ne peuvent être ni produites ni invoquées dans la suite de la procédure sans l'accord des parties, ni en tout état de cause dans le cadre d'une autre instance ». En matière de conciliation judiciaire déléguée – créée par le décret n° 2010-1165 du 1^{er} octobre 2010¹⁹²⁷ –, l'article 129-4 du Code de procédure civile prévoit également une obligation générale de confidentialité dans les mêmes conditions que le conciliateur conventionnel.

Concrètement, il s'agit alors d'un élargissement du champ d'application de la confidentialité aux médiations et conciliations extrajudiciaires.

493. La confidentialité opposable *erga omnes*. À la lecture des articles relatifs aux règlements amiables judiciaires, il semblerait que l'exigence de confidentialité ne s'impose qu'à la seule personne du tiers intervenant. Or, la rédaction du texte introduit dans la loi de 1995 apparaît plus large que celle des articles 131-14 et 129-4 du Code de procédure civile. Par ce texte législatif, la confidentialité se trouve élargie *erga omnes*. En effet, tous les acteurs du processus amiables sont liés au respect du principe de confidentialité. Outre le tiers et les parties, toute personne ayant pris part au processus est également tenue au respect de ce principe. « En d'autres termes, pénétrer le cercle de la médiation, c'est aussi pénétrer le cercle de la confidentialité »¹⁹²⁸. Afin d'assurer le respect de ce principe essentiel à la réussite des

¹⁹²³ Cf. introduction n° 16.

¹⁹²⁴ CPC, art. 131-14.

¹⁹²⁵ CPC, art. 1531.

¹⁹²⁶ Décr. n° 96-652 du 22 juill. 1996 relatif à la conciliation et à la médiation judiciaires, art. 2.

¹⁹²⁷ Décr. n° 2010-1165 du 1^{er} oct. 2010 relatif à la conciliation et à la procédure orale en matière civile, commerciale et sociale, art. 1 ; N. GERBAY, « Premières vues sur le décret du 1^{er} oct. 2010 relatif à la conciliation et à la procédure orale en matière civile, commerciale et sociale », *Gaz. Pal.*, 12 oct. 2010, n° 285, p. 17.

¹⁹²⁸ L. IZAC, « La confidentialité dans la médiation. Une garantie fonctionnelle au service de la loyauté », in L. CASAUX-LABRUNEE et J-F. ROBERGE (dir.), *Pour un droit du règlement amiable des différends. Des défis à relever pour une justice de qualité*, op. cit., spéc. p. 289.

règlements amiables, et assoir sa légitimité, la loi et la jurisprudence ont affiné sa valeur et sa force.

494. Concernant le tiers médiateur tout d'abord, l'article 131-14 du Code de procédure civile, qui fait figure de précurseur en la matière, l'astreint au respect de la confidentialité du processus amiable. Ce principe a été confirmé par la Chambre criminelle de la Cour de cassation dans un arrêt en date du 28 février 2001¹⁹²⁹. À l'occasion d'un litige en matière familiale, la Cour de cassation censure l'arrêt des juges du fond qui avaient pris en compte le rapport du médiateur sans l'accord des parties et affirme que « les constatations du médiateur et les déclarations qu'il recueille ne peuvent être évoquées devant le juge saisi du litige qu'avec l'accord des parties »¹⁹³⁰. Dans un arrêt du 20 mars 2002¹⁹³¹, la Cour d'appel de Paris affirme expressément que « les opérations de médiation ordonnées par une juridiction sont soumises au principe de confidentialité » et précise les conséquences directes de cette confidentialité. Elle indique en effet que « le médiateur ne peut, sans l'accord express des parties, reproduire dans son rapport les déclarations faites par ces parties tout au long des opérations de médiation qui [ont] échoué. Il ne [peut] davantage donner son sentiment sur le fond de l'affaire, ni formuler des propositions de transaction sans violer les principes de confidentialité et de loyauté qui doivent présider au déroulement de la médiation et participent de sa nature même »¹⁹³². Le principe de confidentialité apparaît dès lors pour le médiateur comme une règle d'ordre déontologique, c'est-à-dire une règle représentant un devoir inhérent à la fonction assumée. Elle consiste en effet dans l'obligation absolue de secret tant à l'égard du juge que des tiers.

Quant au tiers conciliateur, l'obligation de confidentialité qui lui incombe est une règle déontologique qui ressort des dispositions relatives au statut ainsi qu'au serment prononcé lors de sa première prise de fonctions¹⁹³³.

Le tiers n'est cependant pas le seul acteur à être tenu par cette obligation.

495. Si le devoir de discrétion et de non-divulgation imposé dans les règlements amiables fait référence à l'obligation de secret, il s'apprécie au regard du premier alinéa de

¹⁹²⁹ Cass., Crim., 28 févr. 2001, n° 00-83.365, *Bull. crim.*, n° 54.

¹⁹³⁰ « Attendu que, pour déclarer Evelyne X... coupable de non-représentation d'enfant, l'arrêt attaqué énonce notamment que le centre de médiation familiale, saisi par le procureur de la République à la suite d'une plainte déposée par le père des enfants, a relevé dans son rapport que la mère avait une attitude manipulatrice incompatible avec un processus de médiation ; Mais attendu qu'en statuant par ce motif, sans avoir constaté l'accord des parties pour que ce document soit produit, la cour d'appel a méconnu le texte susvisé ».

¹⁹³¹ CA Paris, 20 mars 2002, *Gaz. Pal.*, 6-8 avr. 2003, p. 27, obs. LE TARNEC.

¹⁹³² CA Paris, préc.

¹⁹³³ « Je jure de loyalement remplir mes fonctions avec exactitude et probité et d'observer en tout les devoirs qu'elles m'imposent » : v. Direction des services judiciaires, *Guide de la conciliation de justice*, mars 2021, pp. 12 et 13.

l'article 24 du Code de procédure civile. Ce dernier dispose que « les parties sont tenues de garder en tout le respect dû à la justice ». Les acteurs du processus amiable sont ainsi tenus de protéger le sceau de la confidentialité du processus afin d'assurer, de manière pleine et entière, le respect dû à la justice amiable. En ce sens, le Livre Vert sur les Modes Alternatifs de Résolution des Conflits (MARC), qui avait été présenté par la Commission Européenne le 19 avril 2002, prévoyait que « l'obligation de confidentialité pèse d'abord sur les parties »¹⁹³⁴ et « surtout sur le tiers »¹⁹³⁵. Le principe de confidentialité lie ainsi l'ensemble des acteurs du processus amiable, qu'il s'agisse du tiers, des parties, et toute autre personne ayant pénétré le cercle du processus amiable. L'ordonnance de 2011 a consacré le principe de confidentialité en l'imposant à l'ensemble des acteurs du processus, mais encore, en élargissant son étendue.

496. La confidentialité, un principe de portée générale. La directive européenne 2008/52 oblige les États membres à protéger le principe de confidentialité en cas d'échec de la médiation et lorsque l'affaire est portée devant un tribunal¹⁹³⁶. L'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 impose une protection accrue et consacre « un principe général d'interdiction de divulgation : la confidentialité doit être respectée, que la médiation soit un succès ou un échec, qu'un tribunal soit saisi ou non »¹⁹³⁷. En effet, l'article 21-3, alinéa 2, de la loi de 1995, tel qu'issu de l'ordonnance de 2011, précise que toutes « les constatations du médiateur et les déclarations recueillies au cours de la médiation ne peuvent être divulguées (...) ». Le déroulement du processus est considéré dans son intégralité. Par la formulation utilisée, le principe de confidentialité s'applique « au cours de la médiation », c'est-à-dire qu'il innerve l'entier processus. La confidentialité est ainsi un principe directeur du règlement amiable, de son commencement à son terme, et que ce dernier aboutisse à un accord ou, au contraire, que le différend soit porté devant le tribunal. Eu égard à la portée générale du principe de confidentialité, l'ordonnance de 2011 offre une protection accrue. Pour autant, il arrive que le principe de confidentialité soit opposé à un autre droit fondamental ; tel a été le cas avec le droit à la liberté d'expression.

497. Le principe de confidentialité, restriction à la liberté de la presse. Ce devoir de confidentialité opposable à l'ensemble des participants au processus amiable implique qu'il ne

¹⁹³⁴ Livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial, COM (2002) 196 final, Bruxelles, 19 avr. 2002, art. 3.2.2.1 – Confidentialité, note 80.

¹⁹³⁵ Livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial, COM (2002) 196 final, Bruxelles, 19 avr. 2002, art. 3.2.2.1 – Confidentialité, note 81.

¹⁹³⁶ Dir. 2008/52/CE, préc., art. 7.

¹⁹³⁷ L. SCHENIQUE, « De la confidentialité en médiation », *LPA*, 18 juin 2014, n° 121, p. 6.

peut être faite aucune déclaration à la presse. La question a cependant fait l'objet d'un vif débat au regard de la nécessité d'informer le public sur une question d'intérêt général. En effet, au visa des articles 10 § 2 de la Convention européenne et L. 611-15 du Code de commerce, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a reconnu, dans un arrêt du 15 décembre 2015¹⁹³⁸, que le principe de confidentialité est une restriction à la liberté de la presse « dans la mesure de ce qui est nécessaire dans une société démocratique pour protéger les droits d'autrui et empêcher la divulgation d'informations confidentielles »¹⁹³⁹. Dans cet arrêt, elle précise notamment que cette restriction concerne tant la personne soumise à un devoir de confidentialité que les tiers, et enfin, que cette restriction ne vaut plus lorsque les informations en cause relèvent d'un débat d'intérêt général¹⁹⁴⁰. La cour d'appel de renvoi, dans un arrêt du 20 avril 2017¹⁹⁴¹, a par la suite retenu qu'il n'est pas justifié par rapport à l'intérêt général de porter à la connaissance des abonnés au site, « un compte rendu en temps réel du déroulement et du contenu des négociations de la procédure de prévention amiable ouverte au bénéfice des sociétés du groupe ». Elle a estimé que les articles litigieux risquaient de « compromettre l'issue de la procédure et fragiliser la situation des sociétés du groupe ». Elle en a ainsi déduit qu'ils constituaient « un trouble manifestement illicite », quand bien même la procédure amiable se soit conclue par une conciliation entre temps. La Chambre commerciale était alors de nouveau saisie sur cette difficulté. Dans son arrêt du 13 février 2019, elle précise « qu'en l'état de ces constatations et appréciations, desquelles il résulte que les articles litigieux, qui ont divulgué des données chiffrées confidentielles sur les difficultés des sociétés du groupe Consolis et les détails des négociations en cours que ces dernières menaient pour restructurer leur dette dans le cadre d'une procédure de conciliation couverte par la confidentialité prévue par l'article L. 611-15 du code de commerce, n'étaient pas de nature à nourrir un débat d'intérêt général sur les difficultés d'un grand groupe industriel et ses répercussions sur l'emploi et l'économie nationale, mais tendaient principalement à satisfaire les intérêts de ses abonnés, public spécialisé dans l'endettement des entreprises, et que leur publication risquait de causer un préjudice considérable aux sociétés du groupe Consolis ainsi qu'aux parties appelées à la procédure de

¹⁹³⁸ Cass., Com., 15 déc. 2015, n° 14-11.500, *Bull.* 2016, n° 841, *Com.* n° 602 ; *Act. proc. coll.* 2016, comm. 14, note Y. CHAPUT ; *Rev. proc. coll.* 2016, comm. 1, note Ch. DELATTRE ; *Act. proc. coll.* 2018, comm. 136, note D. VOINOT, B. GHANDOUR et Ch. DELATTRE ; *Procédure* 2016, comm. 107, B. ROLLAND, *LEDEN* 2016/1, n° 1, note P. RUBELLIN ; *D.* 2016, p. 5, note A. LIENHARD ; *RTD com.* 2016, p. 191, note C. MACORIG-VENIER ; *Rev. sociétés* 2016, p. 193, note Ph. ROUSSEL GALLE ; *JCP E* 2016, 1085, note T. STEFANIA.

¹⁹³⁹ Cass., Com., 15 déc. 2015, n° 14-11.500, préc.

¹⁹⁴⁰ Cass., Com., 15 déc. 2015, n° 14-11.500, préc. : « qu'il en résulte que le caractère confidentiel des procédures de prévention des difficultés des entreprises (...) fait obstacle à leur diffusion par voie de presse, à moins qu'elle ne contribue à la nécessité d'informer le public sur une question d'intérêt général ».

¹⁹⁴¹ CA Paris, Pôle 1, ch. 2, 20 avr. 2017, n° 16/02849 ; *Rev. proc. coll.*, n° 6, nov. 2017, comm. 192, note Ch. DELATTRE, « Violation du principe de confidentialité ».

prévention amiable et de compromettre gravement son déroulement et son issue, la cour d'appel qui, en dépit de l'usage inapproprié de l'expression “conforme à l'intérêt général” au lieu de “conforme à l'objectif légitime d'informer le public sur une question d'intérêt général”, a effectué la recherche invoquée à la quatrième branche et n'avait pas à effectuer celle invoquée à la troisième branche, a fait une juste application de l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; que le moyen n'est pas fondé »¹⁹⁴². Tout en consacrant la force de la confidentialité attachée au processus amiable, que celui-ci soit une réussite ou un échec, cette décision confirme fermement la position de la Cour de cassation.

À la suite d'une autre décision sanctionnant la violation du principe de confidentialité par un organe de presse¹⁹⁴³, la Chambre commerciale a rendu un arrêt important dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité¹⁹⁴⁴. Il se posait en effet la question de savoir si cette confidentialité, prévue à l'article L. 611-15 du Code de commerce et essentielle pour permettre aux mesures préventives de se dérouler en toute sérénité, était conforme à la Constitution ; précisément à l'article 11 de la DDHC et à l'article 34 de la Constitution, dont découle le principe selon lequel il appartient au législateur de prévoir les cas dans lesquels un citoyen doit répondre des abus de la liberté d'expression et de communication et d'assurer la conciliation entre cette liberté et les droits et libertés qui s'y opposent par des mesures nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi. La Chambre commerciale a pourtant dit n'y avoir lieu à renvoyer la question au Conseil constitutionnel en indiquant notamment : « Que la question n'est pas sérieuse, en ce que, si l'article L. 611-15 du Code de commerce ne précise pas expressément que des organes de presse peuvent engager leur responsabilité civile en diffusant des informations couvertes par la confidentialité qu'il institue à l'égard des procédures de conciliation et des mandats ad hoc, il n'en résulte pas pour autant que le législateur ait méconnu sa compétence faute de limiter les sanctions pouvant être prononcées à cette occasion, dès lors que cette confidentialité, qui cède lorsque la diffusion de telles informations contribue à l'information légitime du public sur un débat d'intérêt général, se justifie par la nécessaire protection due aux entreprises engagées par un processus de négociation avec leurs créanciers, une telle divulgation étant de nature à compromettre le succès

¹⁹⁴² Cass., Com., 13 févr. 2019, n° 17-18.049, P., *Act. proc. coll. 2019*, comm. 73, note B. THULLIER, « La confidentialité des traitements amiables de nouveau gagnante face à la liberté d'expression » ; *Rev. proc. coll.* 2019, comm. 157, note Ch. DELATTRE.

¹⁹⁴³ CA Versailles, 14 sept. 2017, n° 15/08941 : *JurisData* n° 2017-018531 ; *JCP* 2017. 1237, M. LOPEZ ; *LEDEN*, 2017/9, note F.-X. LUCAS ; *BJE* 2017, p. 398, B. THUILLIER.

¹⁹⁴⁴ Cass., Com., 4 oct. 2018, n° 18-10.688, *Rev. proc. coll.*, n° 6, nov. 2018, comm. 181, note Ch. DELATTRE, « Le principe de confidentialité de l'article L. 611-15 du Code de commerce face à une question prioritaire de constitutionnalité ».

du processus en cours, voire la pérennité de l'entreprise, et que la condamnation à indemnisation qui pourrait être prononcée par le juge, en ce cas, est nécessairement proportionnée, car limitée, en vertu du principe de réparation intégrale du dommage, au préjudice que cette divulgation aura provoqué, qui devra faire l'objet d'une démonstration concrète et que l'organe de presse est en mesure d'apprécier avant de s'y livrer ». Le principe de confidentialité est ainsi largement considéré et l'enjeu est tel que les juridictions n'hésitent pas à sanctionner à des dommages-intérêts les manquements à ce principe de confidentialité¹⁹⁴⁵.

Dès lors, que les parties parviennent à un accord ou, qu'au contraire, leur différend ne puisse être résolu que par le juge étatique, la confidentialité doit être appréhendée. La réussite du règlement amiable ne doit pas priver les parties de la confidentialité. À l'instar des jurisprudences susmentionnées, certains justiciables s'engagent en effet dans une procédure amiable afin d'éviter une mauvaise publicité. Les paroles et négociations réalisées pendant le processus doivent dès lors être conservées sous le sceau du secret. Il en va de la réussite et de l'engouement portés aux règlements amiables. Aussi, alors que la nouvelle rédaction issue de l'ordonnance de 2011 conduit à envisager le respect de la confidentialité *erga omnes*, *quid* des sanctions prévues en cas de violation à ce principe ?

B) Les conséquences et les sanctions de la violation du principe de confidentialité pour les participants au processus amiable

498. Une exigence légalement sanctionnée. La confiance des justiciables repose sur l'assurance que la confidentialité des échanges soit respectée. Le simple doute quant à son effectivité peut conduire à l'échec du processus. La précision des conséquences du non-respect du principe de confidentialité est alors gage de sa réussite. En effet, la violation de la confidentialité suppose des sanctions. Certes, les textes sont peu précis à ce sujet. En effet, aucune sanction n'est clairement affirmée en cas de violation du principe de confidentialité des règlements amiables. Pour autant, cette imprécision est résolue tant par le droit commun que par l'insertion de clauses pénales par les parties au processus amiable conventionnel. Ainsi, au côté de l'irrecevabilité de la preuve apportée qui est implicitement évoquée à l'article 21-3 de la loi n° 95-125 de 1995, le droit commun intervient afin d'engager la responsabilité de l'auteur de la violation. En ce sens, et ainsi que l'avait évoqué Monsieur Laurent IZAC, « ce sont donc

¹⁹⁴⁵ T. com. Paris, ord. réf., 22 janv. 2018, n° 2018001979, *Rev. proc. coll.* 2018, comm. 180, note Ch. DELATTRE, « Conséquences de la violation du principe de confidentialité ».

deux ordres de sanctions qui peuvent être utilement sollicitées. Une sanction procédurale au moyen de l'irrecevabilité de la preuve produite en violation du principe de confidentialité. Une sanction de fond au titre de la responsabilité de l'auteur de la violation ». Outre la possibilité d'engager la responsabilité civile, pénale ou disciplinaire de certains participants au processus amiable (1.), l'irrecevabilité est implicitement évoquée par les textes. Elle permet d'empêcher la production d'un élément de preuve recueilli lors du processus amiable (2.)

1. Violation du principe de confidentialité et engagement de la responsabilité de son auteur

499. La responsabilité, sanction de la violation du principe de confidentialité. Le manquement au respect du principe de confidentialité constitue une faute, qui sera sanctionnée sur le fondement de la responsabilité de son auteur. Selon la qualité de ce dernier, et le contexte dans lequel il agit, les responsabilités civile, pénale et disciplinaire pourront être envisagées. La responsabilité est en effet l'« obligation de répondre d'un dommage devant la justice et d'en assumer les conséquences civiles, pénales, disciplinaires »¹⁹⁴⁶. Il s'agit ainsi de l'obligation, pour une personne, de répondre des actes qu'elle a commis.

500. Engagement de la responsabilité civile. Lorsque la transgression cause un dommage à un tiers, l'auteur de celle-ci engage sa responsabilité civile. En vertu de l'article 1240 du Code civil, « tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer »¹⁹⁴⁷. Le non-respect du principe de confidentialité, inhérent aux règlements amiables, conduit ainsi à une faute de divulgation¹⁹⁴⁸. Dès lors, le préjudice causé à celui qui comptait sur le respect de la confidentialité doit être réparé. En vertu de l'article 131-14 du Code de procédure civile, le médiateur est tenu au respect de la confidentialité du processus amiable. Le manquement à ce principe constitue alors une faute qui appelle des sanctions attachées à la responsabilité de son auteur¹⁹⁴⁹. La responsabilité civile doit ainsi être engagée en vertu des articles 1240 et 1241 du Code civil. Quant au conciliateur qui violerait la confidentialité, imposée aux articles 129-4 et 1531 du Code de

¹⁹⁴⁶ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., v° « Responsabilité ».

¹⁹⁴⁷ Modifié par l'ord. n°2016-131 du 10 févr. 2016, art. 2 – C. civ., art. 1382 anc^l.

¹⁹⁴⁸ Une information considérée comme étant ou devant rester confidentielle est portée à la connaissance d'un large public (Cf CNRTL).

¹⁹⁴⁹ V. L. IZAC, « La confidentialité, principe directeur du processus de médiation en entreprise », *Lettre des médiations*, n° 4, nov. 2017, p. 37.

procédure civile, il engage également sa responsabilité civile envers les parties. Comme tout collaborateur occasionnel du service de la justice, sa responsabilité civile « professionnelle » peut être mise en cause, notamment pour violation de l'obligation de confidentialité.

Or, comme évoqué précédemment, l'ensemble des participants au processus amiable doit respecter ce principe de confidentialité. Par conséquent, cette sanction ne concerne pas seulement le tiers intervenant (médiateur ou conciliateur). Au contraire, elle s'applique à l'ensemble des participants au processus, à l'ensemble des personnes ayant pénétré le cercle amiable. Ainsi, les parties, leurs conseils, les experts sollicités, ou encore les tiers pourront être sanctionnés sur le fondement de la responsabilité civile s'ils commettent une violation du principe de confidentialité. Il reviendra alors au juge de calculer le montant des dommages-intérêts attribués au regard du préjudice subi à la suite de la faute de divulgation.

501. Engagement de la responsabilité pénale. La responsabilité pénale, quant à elle, suppose la culpabilité, soit une faute, et l'imputabilité de ladite faute à un individu. Cependant, en raison du principe de légalité¹⁹⁵⁰ qui est reconnu en la matière, l'engagement de la responsabilité pénale implique d'identifier un texte répressif sanctionnant précisément le manquement à la confidentialité. L'article 226-13 du Code pénal prévoit que « la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ». L'engagement de la responsabilité pénale s'apprécie ainsi au regard de deux éléments : la révélation d'une information à caractère secret et la qualité ou la mission de la personne détentrice de cette information et qui la révèle.

La responsabilité pénale est alors tout d'abord envisagée au titre de la violation du « secret professionnel ». Outre les conseils des parties dont les règles professionnelles imposent le respect de ce secret, se pose la question de savoir si les tiers intervenants (le médiateur et le conciliateur) sont également concernés en raison des fonctions et de la mission qu'ils exercent. L'article R. 15-33-34 du Code de procédure pénale prévoit explicitement que le médiateur pénal est tenu « à l'obligation de secret dans les conditions fixées par l'article 226-13 du code pénal ». La question s'est cependant posée concernant l'intervention de ce tiers dans les autres matières.

¹⁹⁵⁰ Principe fondamental du droit pénal moderne exprimé par la formule « *Nullum crimen, nulla poena sine lege* ». Pour précisions v. T. GARE et C. GINESTET, *Droit pénal. Procédure pénale*, 12^e éd., Dalloz, Coll. « HyperCours », p. 13 *sq.*

Pour certains auteurs, à défaut de référence dans le texte du Code pénal, la violation à l'obligation de confidentialité ne pourrait être pénalement sanctionnée¹⁹⁵¹. Or, auparavant, certaines dispositions précisait bien cette obligation de respecter la confidentialité du processus amiable. En effet, l'ancien article 24 de la loi de 1995, antérieur à l'ordonnance de 2011, disposait précisément que « le conciliateur et le médiateur sont tenus à l'obligation du secret à l'égard des tiers »¹⁹⁵². De la même manière, l'article 8 du décret du 20 mars 1978 relatif aux conciliateurs de justice¹⁹⁵³ énonçait que « le conciliateur de justice est tenu à l'obligation du secret. Les informations qu'il recueille ou les constatations auxquelles il procède ne peuvent être divulguées »¹⁹⁵⁴. Or, le débat sur la portée de la notion de confidentialité a été relancé par l'abandon du terme « secret » au sein de ce décret du 20 mars 1978¹⁹⁵⁵. Toute la question reposait, en effet, sur le fait de savoir si la confidentialité pouvait être assimilée au « secret professionnel » ; auquel cas, l'application de l'article 226-13 du Code pénal ne serait plus mise en doute. La suppression de cette exigence dans les textes tendait pourtant à exempter le conciliateur d'une telle sanction. Cependant, Madame Béatrice GORCHS-GELZER justifie l'abrogation de l'article 8 du décret de 1978 par le décret du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends¹⁹⁵⁶ au titre d'une unification du régime de la confidentialité « quelle que soit la qualité du tiers intervenant dans ou hors procès »¹⁹⁵⁷. La disparition de cette astreinte explicite du conciliateur au secret s'explique dès lors en raison de l'inutilité de la répétition dans plusieurs textes¹⁹⁵⁸. Reconnue dans le cadre de la médiation, la confidentialité s'impose nécessairement au conciliateur¹⁹⁵⁹. La confidentialité implique ainsi le secret du tiers¹⁹⁶⁰ et, de ce fait, la violation est sanctionnée.

¹⁹⁵¹ B. GORCHS-GELZER, « Le décret du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends. Une cote mal taillée entre changement des mentalités et continuité des pratiques », *Droit et procédure*, n° 5, 65^e année, mai 2012, pp. 117-125, spéc. p. 120 ; F. RONGEAT-LOUDIN, « Les compétences juridiques du médiateur », *Gaz. Pal.*, n° 25, janv. 2011, p. 19.

¹⁹⁵² Modifié par l'ord. n° 2011-1540 du 16 nov. 2011, art. 1.

¹⁹⁵³ Décr. n° 78-381 du 20 mars 1978 relatif aux conciliateurs de justice, art. 8, al. 1^{er}.

¹⁹⁵⁴ Article modifié par le décret n° 2012-66 du 20 janv. 2012 relatif à la résolution amiable des différends, JORF n° 19 du 22 janv. 2012, art. 43.

¹⁹⁵⁵ Décr. n° 78-38 du 20 mars 1978 relatif aux conciliateurs de justice, préc.

¹⁹⁵⁶ Décr. n° 2012-66 du 20 janv. 2012 relatif à la résolution amiable des différends, préc.

¹⁹⁵⁷ « Le décret abroge l'article 8 du décret de 1978 qui astreint le conciliateur de justice au secret, puisque l'article 21-3 de la loi de 1995 soumet la « médiation », notion globale couvrant la conciliation, à la confidentialité », art. préc.

¹⁹⁵⁸ Dans le même sens, le décret de 2012 remanie également l'article 1^{er} du décret de 1978 pour créer un renvoi. Alors que la mention selon laquelle les règlements amiables doivent porter sur des droits indisponibles est abrogée, la compétence du médiateur n'est pas pour autant étendue aux matières indisponibles.

¹⁹⁵⁹ Cette approche, admise par la présente étude, confirme le développement exposé en introduction relatif à l'obsolescence de la distinction médiation-conciliation (nos 25 s.).

¹⁹⁶⁰ V. not. G. CORNU (dir.) *Vocabulaire juridique, op. cit.*, qui renvoie la notion de « confidentialité » à celle de « secret » : v° « Confidentialité ».

En outre, l'appréciation des missions du médiateur et du conciliateur confirme l'application de l'article 226-13 du Code pénal. Concernant le médiateur, il opère bien la mission temporaire de rapprocher les parties dans le cadre d'un règlement amiable. Cette justification peut également être confirmée au regard des exceptions au principe de confidentialité présentées au sein de l'article 21-3 de la loi de 1995, qui s'inspirent largement de celles établies au sein du Code pénal. Quant au conciliateur, le *Guide de la conciliation de justice* de 2021 affirme en effet que « le conciliateur est passible de sanctions pénales s'il divulgue ce qu'il a appris à l'occasion de ses entretiens avec les parties »¹⁹⁶¹. Le conciliateur de justice, en sa qualité de collaborateur du service public de la justice, peut nécessairement être considéré comme dépositaire des informations « en raison d'une fonction temporaire »¹⁹⁶². En ce sens, l'article 226-13 du Code pénal leur est bien applicable et ils peuvent donc être sanctionnés pénalement.

Pour autant, malgré la réponse apportée par le *Guide de la conciliation de justice* précité, les questionnements issues de la pratique mettent en exergue la nécessité de préciser l'application de la sanction pénale prévue au sein du Code pénal.

502. Engagement de la responsabilité disciplinaire. Enfin, tout comme la responsabilité pénale, la responsabilité disciplinaire ne peut être envisagée qu'à l'égard de certains participants au processus amiable. En effet, elle ne sera admise que si l'auteur de la faute de divulgation appartient à une structure, un corps ou une institution dotée de règles déontologiques dans lesquelles est inclus le respect de la confidentialité. Ainsi qu'il a été évoqué précédemment, les conseils des parties sont concernés. Il en est de même pour le tiers intervenant qui a commis la faute de divulgation. En effet, il n'est pas rare que le médiateur soit affilié à un centre de médiation prenant généralement la forme juridique d'une association. La qualité de membre de l'association le soumet alors au respect d'un certain nombre de règles établies. Il existe en effet des principes fondamentaux de déontologie du médiateur, exposés dans divers règlements¹⁹⁶³. Le Code d'éthique et de déontologie des médiateurs professionnels

¹⁹⁶¹ Direction des services judiciaires (DSJ), Direction des affaires civiles et du sceau (DACS) et École nationale de la magistrature (ENM), *Guide de la conciliation de justice*, mars 2021 : réactualisation du Guide *Conciliateurs de justice*, juill. 2017 ; avec la contribution de la Fédération des associations de conciliateurs de justice de cour d'appel (ACA), Conciliateurs de France (CdF) pour un retour d'expérience, p. 13.

¹⁹⁶² V. N. FRICERO et a., *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, *op.cit.*, n° 121.73, p. 79.

¹⁹⁶³ V. not. l'obligation de confidentialité du médiateur affirmée au sein des articles 4 et 5 du Règlement de médiation de la Cour d'arbitrage de l'Europe du Nord (CAREN).

(Le CODEOME)¹⁹⁶⁴ institué par la Chambre professionnelle de la médiation et de la négociation, mentionne l'obligation de confidentialité dans son article 6.19. Le médiateur est en effet tenu « à la plus stricte confidentialité » sur tout élément communiqué à l'occasion de la médiation et au secret professionnel. Les médiateurs professionnels membres de la CMPN doivent alors se conformer audit Code. En outre, et à l'instar du Code de conduite européen des médiateurs de 2004¹⁹⁶⁵, a été instauré en France, en 2009, un Code national de déontologie du médiateur qui rappelle le principe de confidentialité au titre des règles qui doivent garantir le processus de médiation : « le médiateur ne divulgue ni ne transmet à quiconque le contenu des entretiens ni aucune information recueillie dans le cadre de la médiation, sauf s'il en a l'obligation légale ou s'il y a non-respect d'une règle d'ordre public. Le médiateur ne peut notamment pas faire état des éléments dont il a eu connaissance lors de son intervention et ne doit fournir aucun rapport à ce sujet »¹⁹⁶⁶. Ce Code définit un socle commun de valeurs et de pratiques de la médiation. Il précise les règles garantes de la qualité de médiateur, du processus et des modalités de la médiation, mais également les responsabilités et sanctions éventuellement encourues par le tiers-médiateur. De ce fait, une sanction disciplinaire pourra être prononcée à l'encontre du médiateur qui ne respecterait pas le principe de confidentialité. Quant à la sanction à proprement parler, elle peut varier selon les conséquences de la faute. Elle peut prendre la forme d'un blâme, mais également d'une exclusion définitive ou temporaire du médiateur fautif. Dans le cadre de la matière administrative, une Charte éthique des médiateurs dans les litiges administratifs a été consacrée par le Conseil d'État du 13 décembre 2017¹⁹⁶⁷. Cette dernière présente, de la même manière, les principes essentiels garantissant la qualité du médiateur et du processus de médiation engagée, ainsi que les sanctions envisagées en cas de manquement. Quant au conciliateur de justice, son statut est régi par le décret n° 78-381 du 20

¹⁹⁶⁴ Adopté en Assemblée générale le 24 juin 2006, le CODEOME engage les médiateurs professionnels titulaires du certificat d'aptitude à la profession de médiateur, seuls habilités par l'École Professionnelle de la Médiation et de la Négociation (EPMN) et la Chambre Professionnelle de la Médiation et de la Négociation (CPMN) à conduire le processus structuré de la médiation professionnelle et à l'usage du titre de « médiateur professionnel » défini dans le présent texte : cité in A. TAVEL (dir.), *Code de la médiation et du médiateur professionnel. Recueil des textes officiels et professionnels français et européens sur la médiation*, 2^e éd., préf. B. STEINMANN, Bordeaux, 2013, pp. 381 s.

¹⁹⁶⁵ Code de conduite européen des médiateurs de la Commission européenne, 2004, URL : <https://www.cmap.fr/wp-content/uploads/2016/01/code-de-conduite-europeen.pdf>.

¹⁹⁶⁶ Rédigé par le Rassemblement des Organisations de la Médiation (R.O.M.), présenté au Palais Bourbon le 5 févr. 2009.

¹⁹⁶⁷ Convention cadre nationale entre le Vice-président du Conseil d'État et le Président du conseil national des barreaux. À noter que le 22 mai 2019, le Conseil d'État a signé avec l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, une convention pour promouvoir la médiation comme mode de règlement des litiges ; cette signature venant parachever le cycle débuté en 2017 par les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel qui avaient signé avec les bâtonniers de leur ressort, et parfois avec les grandes administrations locales, des conventions cadres pour favoriser la médiation.

mars 1978 relatif aux conciliateurs de justice. Avant d'exercer sa mission, le conciliateur prête serment dans les termes suivants : « Je jure de loyalement remplir mes fonctions avec exactitude et probité et d'observer en tout les devoirs qu'elles m'imposent »¹⁹⁶⁸. Parmi les obligations déontologiques qui lui incombent, la confidentialité est mise en lumière. Un conciliateur peut dès lors voir sa responsabilité disciplinaire engagée en cas d'infraction aux règles déontologiques. Elle peut engendrer soit un non-renouvellement, soit une révocation du conciliateur.

Le comportement du tiers est ainsi analysé afin d'éviter tout manquement. Les parties n'ont dès lors plus à douter du cadre juridique mis en place pour la réussite du processus. En effet, des sanctions sont prévues en cas de violation de la confidentialité de celui-ci, et ce, quel que soit la qualité du participant. Le tiers n'est pas le seul acteur à être tenu par cette obligation. Nonobstant la force qui lui est reconnue pour permettre une plus grande réussite des règlements amiables, le principe de confidentialité ne doit pas porter atteinte au droit des parties de pouvoir présenter leur cause et d'être entendues sur le fond de celle-ci.

2. Violation du principe de confidentialité et irrecevabilité des preuves produites en justice

503. L'irrecevabilité des preuves issues du processus amiable. L'irrecevabilité conduit à faire échec à la production d'un élément de preuve provenant des échanges réalisés lors de la procédure amiable. Dans l'hypothèse où les parties ne s'entendent pas sur le différend à résoudre, elles présenteront leurs prétentions au juge afin d'obtenir gain de cause. Aussi est-il nécessaire d'apprécier les preuves qui peuvent être présentées au juge et les pièces placées sous le sceau de la confidentialité. En effet, alors que les parties sont tenues de respecter le principe de confidentialité, se pose nécessairement la question de la possibilité de présenter des arguments tirés du processus amiable afin d'assurer leur défense devant la justice étatique. Les pièces discutées durant le processus amiable doivent-elles rester soumises à la confidentialité originelle de la tentative de résolution du différend à l'amiable ? Si la portée générale du principe de confidentialité implique une large considération de son application, le rapport relatif à l'ordonnance de 2011 indiquait que la confidentialité ne portait pas sur les moyens de preuve

¹⁹⁶⁸ Décr. n° 78-38 du 20 mars 1978 relatif aux conciliateurs de justice, art. 8.

que détiennent les parties à défaut de médiation¹⁹⁶⁹. Cette précision tend à assurer le respect du droit d'accès à un tribunal.

En effet, une conciliation doit être opérée entre le respect du principe de confidentialité, qui est l'une des conditions *sine qua none* pour que les parties aient suffisamment confiance dans le processus amiable, et le droit à la preuve, qui permet à tout justiciable de se défendre de manière équitable. Le respect du droit à la preuve ne peut être mis en échec par la confidentialité¹⁹⁷⁰. Les parties peuvent ainsi faire valoir devant la juridiction saisie les moyens de preuve qu'elles auraient pu produire à défaut d'un processus amiable. Dès lors, quels sont les éléments nécessairement protégés par le principe de confidentialité ? La réponse pourrait être exposée négativement puisqu'il s'agit de tous les éléments qui ne concernent pas les moyens de preuve que les participants au processus amiable auraient pu produire à défaut d'un processus amiable. Concrètement, il s'agit des informations relatives aux contours de la procédure amiable, à son déroulement et à l'implication des parties pour la réussite de celle-ci. À ce titre, le Tribunal de grande instance de Paris avait, dans un jugement du 18 janvier 1999, reconnu l'étendue de la confidentialité : « spécialement, la clause de confidentialité insérée au compromis de médiation qui se borne à reprendre ce principe fondamental de toute médiation, par la généralité de ses termes, s'applique nécessairement non seulement aux informations purement techniques communiquées par les parties au médiateur, mais aussi à toutes les offres faites par chacune d'elles en vue de l'élaboration de la transaction recherchée »¹⁹⁷¹. La confidentialité concerne dès lors les pièces dont la partie n'aurait pu avoir connaissance autrement que dans le processus amiable, c'est-à-dire les constatations du médiateur ou du conciliateur et les déclarations recueillies. Alors que la parole doit rester libre, la confidentialité vise précisément les déclarations réalisées par les parties, les opinions présentées ainsi que les

¹⁹⁶⁹ Rapp. au Président de la République relatif à l'ord. n° 2011-1540 du 16 nov. 2011 portant transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, JORF n° 0266 du 17 nov. 2011, texte n° 9 : « il convient de préciser que la formulation empruntée ne sera pas de nature à empêcher les parties de faire valoir devant la juridiction saisie des moyens de preuve qu'elles auraient pu produire à défaut d'une médiation ».

¹⁹⁷⁰ La Cour de cassation fait notamment application du concept de « droit à la preuve » sur le fondement de l'art. 6 § 1 CESDH (v. Cass., Soc., 22 sept. 2021, n° 19-26.144). Précisément, ce concept est issu de l'arrêt CEDH, 10 oct. 2006, *L.L. c. France*, req. n° 7508/02. Dès lors, la production de telles pièces en cas d'échec du processus amiable ne devrait pas se heurter à une irrecevabilité.

¹⁹⁷¹ TGI Paris, 18 janv. 1999, *D.* 1999. 102.

propositions formulées pendant le processus¹⁹⁷². La Cour de cassation a rappelé la force de ce principe dans un arrêt du 29 janvier 2002 en jugeant qu'une association « ne pouvait se fonder sur une tentative de médiation qui avait échoué, ni, en raison de la confidentialité qui s'attache à cette procédure, demander que soient versées aux débats les pièces afférentes à la médiation »¹⁹⁷³. Plus récemment, dans un arrêt du 10 novembre 2016, la Cour de cassation a présenté de manière implicite, cette fois, l'importance attachée au principe de confidentialité. Dans cette affaire, un débiteur était poursuivi en paiement d'une dette et soulevait la prescription de l'action du créancier. Le tribunal ordonne alors une médiation et au cours de cette médiation, qui n'aboutit à aucun accord, des paiements partiels sont effectués par le débiteur. À l'issue du processus amiable, le créancier fait valoir que ces paiements valent reconnaissance de la dette et donc renonciation à la prescription précédemment opposée. La Cour d'appel de Paris déclare pourtant l'action du créancier irrecevable comme prescrite et la Cour de cassation rejette le pourvoi contre l'arrêt de la cour d'appel. Eu égard à la motivation des juges du fond ayant relevé que les paiements effectués par le débiteur « étaient intervenus au cours de la tentative de médiation ayant échoué et alors que les parties recherchaient une transaction » et que le débiteur « avait précédemment conclu en soulevant la prescription de la demande », la Cour de cassation estime que la cour d'appel en avait « exactement déduit que ces paiements (...) ne caractérisaient pas la volonté non équivoque du débiteur de renoncer à se prévaloir de la prescription acquise et a déclaré, à bon droit, irrecevable comme prescrite l'action engagée » par le créancier¹⁹⁷⁴. Dans cet arrêt, le moyen de droit présenté est certes la recherche de l'existence ou non de la renonciation d'un débiteur à se prévaloir d'une prescription acquise et la Cour de cassation ne vise, ni ne cite, la question de la confidentialité. Cependant, le refus de reconnaître les paiements comme ayant pu manifester une renonciation valable à la prescription résulte précisément du fait qu'il s'agissait de paiements « effectués au cours d'une tentative de médiation ayant échoué et alors que les parties recherchaient une transaction ». À défaut d'une telle circonstance, ces paiements auraient pu être reconnus comme suffisants pour démontrer la renonciation implicite mais non équivoque du débiteur à se

¹⁹⁷² V. CA Paris, 20 mars 2002, *Gaz. Pal.*, 6-8 avr. 2003, p. 27, obs. LE TARNEC, préc. : dans cette affaire, il a été admis qu'aucun élément du dossier n'établissait que la société intimée avait donné son accord pour l'établissement et la communication d'un rapport dans lequel le médiateur reproduisait les déclarations faites par les parties tout au long des opérations de médiation. La production de celui-ci ne pouvant être valablement admise qu'avec l'accord des parties, il avait été écarté des débats. – V. égal. CA Paris, 19 sept. 2001, *D.* 2001. AJ 3124 : la Cour d'appel de Paris avait écarté une lettre rédigée par le médiateur, du fait qu'elle contenait des éléments trahissant cette obligation de confidentialité – CA Paris, Ord., 24 sept. 1999, *Gaz. Pal.* 2000. 1. 122, obs. LACABARATS, dans le cadre d'une médiation conventionnelle.

¹⁹⁷³ Cass., Civ. 3^e, 29 janv. 2002, n° 00-19.422, Inédit.

¹⁹⁷⁴ Cass., Civ. 2^e, 10 nov. 2016, n° 15-25.681, Inédit.

prévaloir de la prescription qu'il connaissait avant d'effectuer ces paiements, pour l'avoir précédemment soulevée devant le tribunal. La portée de la confidentialité est alors renforcée ; elle englobe ce qui est dit mais également ce qui est fait au cours d'une procédure amiable. Le principe de confidentialité apparaît dès lors très strict, seul le consensualisme permettant d'y déroger.

Cependant, se pose la question concernant les preuves écrites. Les documents, pièces et preuves échangés pendant le processus amiable n'entrent pas dans la catégorie des « constatations » ou « déclarations » évoquée par l'article 21-3 de la loi de 1995. Dès lors, leur production et leur communication dans le cadre d'un procès postérieur à la procédure amiable semblent être permises. En effet, toute partie intéressée devrait pouvoir produire devant les tribunaux les éventuels documents, pièces et preuves échangés pendant le processus amiable ; à défaut, elle serait privée d'arguments pour défendre sa cause devant le tribunal. L'avocat conserve alors le droit de demander communication des pièces produites dont il aurait pu avoir connaissance en dehors du règlement amiable. Dans ce contexte, chaque partie se saisit ainsi de son droit à la preuve inhérent au procès équitable garanti par l'article 6 § 1 de la Convention européenne. Or, il pourrait être considéré qu'une preuve communiquée en violation de l'obligation contractuelle de confidentialité constitue une preuve « non conforme à la loi » au sens de l'article 9 du Code de procédure civile. Alors que le contrat est considéré comme la loi des parties¹⁹⁷⁵, la production et la communication d'une telle preuve entraîneraient son irrecevabilité.

504. La recherche d'un équilibre proportionnel entre confidentialité et droit à la preuve. La reconnaissance de la force du principe de confidentialité s'oppose à la pleine considération du droit de se défendre parce qu'un élément probatoire ne pourra être produit au procès. Réciproquement, le respect du droit à la preuve porte atteinte au principe de confidentialité propre aux règlements amiables. L'un ne peut s'accomplir pleinement en raison de l'application de l'autre. Cette dualité crée alors une certaine complexité qui peut laisser penser à l'apparition de contentieux relatifs à l'admissibilité des pièces devant les tribunaux¹⁹⁷⁶. À ce titre, le principe de confidentialité de l'amiable pourrait bien devenir l'objet du

¹⁹⁷⁵ C. civ., art. 1103.

¹⁹⁷⁶ La difficulté d'appréciation est également intervenue dans un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation qui avait approuvé les juges du fond de s'être référés au « compte-rendu d'intervention du médiateur ». Si la confidentialité semble être écartée dans cet arrêt, la solution peut s'expliquer en raison du doute existant concernant l'article 24 de la loi du 8 févr. 1995 (abrogé par la loi du 6 août 2015, dite « Loi Macron ») quant à la possibilité d'organiser une véritable médiation conventionnelle en cas de litige interne au droit du travail. Ladite disposition écartait le principe de confidentialité. Si une telle solution ne devrait être reproduite, l'emploi du terme « compte-rendu » du médiateur cause une certaine perplexité : Cass., Soc., 3 déc. 2014, n° 13-18.743.

contentieux¹⁹⁷⁷. Il s'agit pourtant de rechercher l'équilibre entre le respect de la confidentialité et la bonne administration de la justice traditionnelle. En effet, le principe de confidentialité, si important soit-il dans le cadre de la justice amiable, ne doit pas constituer un frein à la bonne administration de la justice étatique. De plus, si les parties qui tentent de régler leur différend à l'amiable sont privées des meilleures possibilités pour assurer leur éventuelle future défense, il est certain que le développement des règlements amiables connaîtra un déclin immédiat. Les parties saisiront le juge prioritairement pour résoudre leur litige plutôt que de risquer l'échec de la tentative amiable et la perte certaine du procès postérieur en raison de l'impossibilité de produire des pièces utiles à leur défense. À ce titre, l'ordonnance du Tribunal de grande instance de Auch rendue en date du 21 janvier 2011 a énoncé que « le fondement du principe général du droit que constitue la confidentialité repose sur le souci de favoriser les accords amiables sans compromettre le droit de chacun, en cas d'échec, à un débat judiciaire loyal »¹⁹⁷⁸. Le principe de confidentialité doit ainsi être combiné avec le droit à la preuve¹⁹⁷⁹ et un contrôle de proportionnalité doit être opéré. En ce sens, la Cour de cassation a notamment pu juger, au visa de l'article 9 du Code civil, ensemble les articles 6 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 9 du Code de procédure civile, « que le droit à la preuve ne peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie privée qu'à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi »¹⁹⁸⁰. Concrètement, il appert que si une partie n'a aucun autre moyen de prouver et produit un élément en violation de l'obligation de confidentialité, cette production sera soumise au contrôle de proportionnalité opéré par les juges¹⁹⁸¹. Le cas échéant, elle sera prise en compte ou écartée du débat en application de ce contrôle.

505. Prééminence du droit à la preuve en vertu du droit fondamental d'accès au juge. Pour être confidentielle, il faut que l'information ait été obtenue pendant le processus

¹⁹⁷⁷ Cf. C. BLERY, « Où l'amiable devient l'objet du contentieux... », *Dalloz actualité*, 10 mai 2021.

¹⁹⁷⁸ TGI Auch, ord. 21 janv. 2011.

¹⁹⁷⁹ V. en ce sens, Cass., Civ. 1^{re}, 5 avr. 2012, n° 11-14.177 : « Attendu qu'en statuant ainsi, sans rechercher si la production litigieuse n'était pas indispensable à l'exercice de son droit à la preuve, et proportionnée aux intérêts antinomiques en présence, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

¹⁹⁸⁰ Cass., Civ. 1^{re}, 25 févr. 2016, n°15-12.403, *Bull.* 2016, n° 845, I, n° 977 – v. plus récemment Cass., Soc., 22 sept. 2021, n° 19-26.144, Publié au bulletin.

¹⁹⁸¹ Le contrôle de proportionnalité peut être défini comme « le contrôle exercé par une juridiction et consistant à vérifier concrètement que l'application d'une règle de droit interne ne conduit pas à porter une atteinte disproportionnée à un droit fondamental garanti par une convention internationale ou par une norme nationale au regard du but légitime poursuivi par cette règle », *in* « Contrôle de proportionnalité : "une exigence nécessaire adaptation aux exigences européennes" », Entretien avec P. CHAUVIN, *Gaz. Pal.*, déc. 2016, n° 43, p. 13. – v. aussi C. ARENS, « Conclusion », *in Rev. Justice actualités (ENM)*, n° 24, « Le contrôle de proportionnalité », déc. 2020, pp. 138-142, disponible sur le site de la Cour de cassation.

amiable. « Plus précisément, une information ne sera confidentielle que si, inconnue jusqu'alors et ne pouvant être obtenue autrement, sa révélation aura été permise grâce à la médiation »¹⁹⁸². Ainsi, dans les cas où une partie pouvait déjà disposer d'une information produite au processus amiable, elle demeurera tout autant libre de la produire postérieurement. Une distinction apparaît alors entre l'information *évoquée* lors du processus et l'information *révélée* grâce au processus, qui sera elle seule soumise au principe de confidentialité. Certes, en pratique, la distinction est délicate, notamment au regard de l'origine exacte de l'information. Monsieur Laurent IZAC proposait ainsi de prévoir une présomption simple de confidentialité : « une information issue des échanges en médiation sera réputée avoir été révélée à cette occasion et être en conséquence couverte par le principe de confidentialité »¹⁹⁸³. Il sera pourtant possible de renverser cette présomption en établissant que l'information était déjà connue ou aurait pu être connue de façon licite. Or, la difficulté n'est pas résolue. La production d'une telle preuve n'est pas simple. La personne la plus à même de répondre à la question de l'origine d'une information ou d'un document produit devant le juge s'avère être le tiers intervenant au processus. Or, tant au regard de l'obligation de confidentialité qu'au regard de la neutralité qui le caractérise¹⁹⁸⁴, le tiers ne pourrait être appelé à témoigner concernant des propos tenus devant lui ou des documents qui lui auraient été montrés lors du processus. Toutefois, l'article 10 du Code civil prévoit que « chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité ». Si la mesure sollicitée doit avoir pour but la sauvegarde d'un droit¹⁹⁸⁵, le droit protégé dans ce contexte est le droit à la preuve et, plus largement, le droit au juge dans le sens de son droit de présenter ses prétentions¹⁹⁸⁶. Si le principe de confidentialité revêt une importance essentielle pour la réussite des règlements amiables, il ne doit pas pour autant porter atteinte au droit fondamental d'accès au juge. Dès lors, au-delà du besoin de clarification du régime, un contrôle de proportionnalité sera nécessairement effectué entre les conséquences d'une divulgation et la nécessité de prouver un élément factuel.

Le principe de confidentialité est alors nécessairement perturbé en raison de la reconnaissance du droit à la preuve. Eu égard aux imprécisions qui l'entourent, ce principe ne peut être reconnu comme absolu.

¹⁹⁸² L. IZAC, « La confidentialité dans la médiation. Une garantie fonctionnelle au service de la loyauté », in L. CASAUX-LABRUNEE et J.-F. ROBERGE (dir.), *Pour un droit du règlement amiable des différends. Des défis à relever pour une justice de qualité*, op. cit., pp. 281-301, spéc. pp. 298-299.

¹⁹⁸³ *Ibid.*, p. 299.

¹⁹⁸⁴ V. *infra* n^{os} 711 s.

¹⁹⁸⁵ Cass., Civ. 1^{re}, 6 nov. 1990, D. 1991. 353, note PREVAILT.

¹⁹⁸⁶ Cf. CPC, art. 30.

Paragraphe 3 : La relativité du principe de la confidentialité

506. Imprécisions, diversification et conséquences. Malgré l'importance reconnue au principe de la confidentialité, les imprécisions de son régime sont à l'origine d'un grand nombre de fragilités. En effet, qu'il s'agisse des imprécisions relatives à ses exceptions (A), ou de la diversification de son application selon les matières et selon les modes amiables (B), il est inévitable que les conséquences fragilisent ce principe (C).

A) Un principe de confidentialité et des exceptions imprécises

507. L'imprécision des exceptions au principe de confidentialité. Alors que le principe de confidentialité est largement défendu, ses exceptions ne sont que peu précises et causent des confusions dans son application. En effet, il existe deux exceptions au principe de confidentialité prévues par l'article 21-3 de la loi du 8 février 1995. La confidentialité sera tout d'abord écartée « en présence de raisons impérieuses d'ordre public ou de motifs liés à la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant ou à l'intégrité physique ou psychologique de la personne » et, également, « lorsque la révélation de l'existence ou la divulgation du contenu de l'accord issu de la médiation est nécessaire pour sa mise en œuvre ou son exécution »¹⁹⁸⁷.

508. Ordre public. La première difficulté réside dans la définition de l'ordre public, dont la prééminence est exposée à l'article 6 du Code civil : « on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public (...) ». Les caractères de l'ordre public se manifestent dans ses composantes mêmes¹⁹⁸⁸. Au sens traditionnel du terme, l'ordre public comprend la tranquillité, la sécurité et la salubrité publiques¹⁹⁸⁹. Pour autant, cette notion souveraine, à la fois puissante et obscure, est susceptible de varier selon les circonstances des époques. En raison des évolutions sociétales, le maintien de l'ordre public passe désormais également par la réglementation et l'interdiction de situations dans lesquelles le trouble n'est pas directement en cause. Aussi, l'ordre public comprend également la moralité publique, le

¹⁹⁸⁷ L. n° 95-125, 8 févr. 1995, préc., art. 21-3, al. 3.

¹⁹⁸⁸ V. J. BARTHELEMY, *Précis de droit public*, (Réimp. de l'édition de 1937), Dalloz, Coll. « Bibliothèque Dalloz », 2006, spéc. p. 81 ; G. LEBRETON, *Droit administratif général*, 11^e éd., Dalloz, Coll. « Cours », 2021, n°s 183 s., pp. 198 s.

¹⁹⁸⁹ Contenu issu de l'art. 97 de la loi du 5 avr. 1884 et repris par l'art. L. 2212-2 du CGCT.

respect de la dignité humaine et le respect des exigences du « vivre-ensemble »¹⁹⁹⁰. Si la jurisprudence exige l'existence de troubles sérieux à l'ordre public, il fait néanmoins l'objet d'une interprétation extensive qui interroge sur ses contours précis. Le tiers au processus amiable, qu'il soit juriste ou non de formation, rencontre dès lors une difficulté d'appréhension de la notion. En effet, alors que le cadre juridique impose la transparence en présence « de raisons impérieuses d'ordre public », le tiers intervenant au processus est contraint d'analyser et d'interpréter les déclarations et informations collectées au cours du processus amiable. Il lui revient de considérer si ces éléments entrent dans le cadre de la préservation de l'ordre public.

En outre, que faut-il entendre par l'expression « raisons impérieuses » ? Le principe de confidentialité peut être enfreint et le contenu du processus révélé en présence de raisons impérieuses, c'est-à-dire des raisons qui commandent « d'une façon absolue, n'admettant ni résistance, ni réplique »¹⁹⁹¹. Pour autant, cette rédaction législative est quelque peu lacunaire. Comment envisager ces raisons impératives auxquelles on ne peut céder ? Certains n'hésitent pas à énoncer que « cette expression peut contenir tout et n'importe quoi ! »¹⁹⁹². L'absence de limite affecte dès lors le principe de confidentialité au point de se questionner sur sa réelle existence. En effet, si l'exigence est considérée mais que ses exceptions ne sont pas limitées, le principe de confidentialité pourra être contourné autant de fois que nécessaire. L'essence même du principe est donc remise en cause par son exception, en raison d'un manque de précision.

509. Protection de l'intérêt supérieur de l'enfant et de l'intégrité physique ou psychologique de la personne. La confidentialité peut également être levée en présence « de motifs liés à la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant ou à l'intégrité physique ou psychologique de la personne ». Les difficultés d'appréhension de ces notions sont évidentes. En effet, comment appréhender l'intérêt de l'enfant ou l'intégrité psychologique d'une personne ? L'intégrité psychologique se rapporte à des éléments purement psychologiques ou intuitifs qui ne sont pas définis par les textes. Dès lors, comment un tiers intervenant, non professionnel, pourrait-il envisager de telles notions, qui ne sont pas non plus définies par le

¹⁹⁹⁰ V. G. LEBRETON, *op. cit.*, pp. 198 s. Concernant le « vivre-ensemble », qui serait issu de la loi du 11 oct. 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public (JORF n° 0237 du 12 oct. 2010), l'auteur énonce que celui-ci « contribue à façonner un “ordre public immatériel” qui vise à préserver la paix des consciences, alors que l'ordre public matériel du triptyque tranquillité – sécurité – salubrité se borne en quelque sorte à chercher à maintenir le calme dans rue ». Il ajoute également que le « vivre-ensemble » se démarque de la moralité publique « en ce qu'il protège les conditions essentielles de la sociabilité (...) et les valeurs fondamentales de la République » et qu'il se situe dès lors au niveau national et non à l'échelon local. Enfin, il le différencie de la dignité humaine en ce qu'il est conçu comme « un reflet des aspirations de la conscience collective des Français, et non comme un “concept absolu” forgé par la subjectivité des juges » (p. 206).

¹⁹⁹¹ J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), *Le Petit Robert*, *op. cit.*, v° « Impérieux ».

¹⁹⁹² L. SCHENIQUE, « De la confidentialité en médiation », *LPA*, 18 juin 2014, n° 121, p. 6.

législateur ? Ces différentes exceptions remettent donc entre les mains du tiers intervenant la survie de la confidentialité du processus, sans aucun guide précis. Il revient au tiers, de manière autonome et individuelle, d'interpréter les éléments dont il dispose et de décider s'ils entrent dans le domaine de la confidentialité ou de ses exceptions. Cette imprécision lui laisse ainsi une liberté totale d'appréciation. Cette liberté peut être appréciée dangereusement puisque la divulgation des informations issues du processus sera faite au choix du médiateur ou du conciliateur. Le bon déroulement de la justice amiable dépendra en ce sens de l'impartialité du tiers¹⁹⁹³. Mais encore, cette liberté peut le rendre défaillant. En effet, une confusion de sa part, en révélant une information qui constituerait, selon lui, une atteinte justifiant la divulgation mais qui, au contraire, n'en serait pas une, pourrait entraîner l'engagement de sa responsabilité pour violation de la confidentialité¹⁹⁹⁴. Ainsi, le constat d'un tel contexte laisse imaginer que le tiers ne révèle pas des éléments relevant des cas d'exceptions afin d'éviter toute poursuite ; ce qui compromet alors la confiance portée au tiers et l'efficacité des règlements amiables et de la justice dans sa globalité¹⁹⁹⁵.

510. Des lacunes législatives. Ces lacunes législatives seront nécessairement comblées par la jurisprudence. Pour autant, la réponse à ces difficultés dans le cadre des règlements amiables ne peut être apportée que par une formation approfondie des tiers intervenants. En effet, ces derniers doivent acquérir des connaissances juridiques relativement aux notions exploitées¹⁹⁹⁶. Certes, la mission originelle des médiateurs et des conciliateurs est de rapprocher les parties afin de résoudre un différend. À cet égard, il ne leur est demandée aucune qualité juridique particulière. Leur œuvre résulte de la pédagogie et de l'écoute active. Pourtant, l'institutionnalisation des règlements amiables les a insérés dans un cadre juridique dont il est nécessaire de connaître les contours. Eu égard aux imprécisions dévoilées, ces derniers doivent être d'autant plus préparés à la lecture des textes et de la jurisprudence. En cela, la confiance portée à la justice amiable ne sera que promue.

¹⁹⁹³ V. *infra* n^{os} 700 s.

¹⁹⁹⁴ Cf. *supra* n^{os} 499 s.

¹⁹⁹⁵ Ces imprécisions sont en effet doublement préjudiciables, tant du côté du tiers que de celui du processus amiable.

¹⁹⁹⁶ V. *infra* concernant le développement de la formation des tiers médiateurs et conciliateurs (n^{os} 690 s.).

B) Un principe de confidentialité et une application diversifiée

511. Relativité du principe de confidentialité au regard de son domaine d'application. La fragilité du principe de confidentialité peut également être constaté au regard de son domaine d'application. En effet, ce principe n'est pas applicable dans le cadre de la médiation pénale (A). Plus encore, son degré d'application diverge selon les types de modes amiables de résolution des différends (B).

1. Le principe de confidentialité et la matière pénale

512. La non-application du principe de la confidentialité dans la médiation pénale. La Chambre sociale de la Cour de cassation, dans un arrêt en date du 2 décembre 2009, a jugé que « les dispositions de l'article 24 de la loi du 8 février 1995 visent uniquement la conciliation et la médiation judiciaire en matière civile »¹⁹⁹⁷. Elle exclut ainsi la médiation pénale du champ d'application du principe de confidentialité. La médiation pénale n'est dès lors pas placée sous le sceau de la confidentialité. Il résulte de cette décision que les déclarations recueillies au cours d'une médiation pénale peuvent être utilisées sans l'accord des parties dans le cadre d'une instance civile. Dans ce cas d'espèce, une salariée avait été licenciée pour faute grave et contestait ce licenciement prononcé pour des vols commis au sein de l'entreprise. Au plan pénal, ces faits avaient fait l'objet d'une médiation pénale et d'un rappel à la loi avec un classement sans suite, conformément à l'article 41-1 du Code de procédure pénale. Ainsi, au cours de cette procédure pénale, des déclarations avaient été recueillies par le médiateur pénal. Or, pour statuer en faveur de l'employeur, le juge d'appel s'était appuyé sur ces déclarations. La salariée contestait alors ce point précis en arguant que « les déclarations recueillies devant le médiateur ou le conciliateur pénal ne peuvent être utilisées dans une autre instance », notamment une instance civile. La question du respect du principe de confidentialité dans le cadre d'une médiation pénale se posait alors nécessairement. En l'absence de recevabilité de telles déclarations, les vols n'auraient pas pu être prouvés. En conséquence, le licenciement n'aurait pas eu de cause réelle et sérieuse¹⁹⁹⁸. La Chambre sociale rejeta alors le pourvoi formé en refusant l'application du principe de confidentialité à la médiation pénale. Les déclarations

¹⁹⁹⁷ Cass., Soc., 2 déc. 2009, n° 07-45.698 ; J.-P. TRICOIT, « Principe de confidentialité et déclarations du médiateur pénal », *JCP G*, 15 mars 2010, n° 11, p. 295.

¹⁹⁹⁸ Ce qui signifie que le motif à l'origine du licenciement n'est pas reconnu valable par le juge, v. Code trav., art. L. 1232-1.

issues de la médiation pénale pouvaient ainsi être présentées devant les juridictions civiles. Cette solution se justifie au titre de l'objectif de la procédure pénale qui est la recherche de la manifestation de la vérité. Force est alors de constater un véritable affaiblissement du principe de confidentialité, qui est exclu dans le contexte d'une médiation pénale. Alors que certains auteurs affirment que cette solution n'est pas nouvelle, que la Chambre sociale a repris « un arrêt antérieur de la chambre criminelle statuant en ce sens dans un arrêt du 12 mai 2004¹⁹⁹⁹ après quelques errements »²⁰⁰⁰ relativement à l'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 28 février 2001²⁰⁰¹, des distinctions entre ces différents arrêts doivent être appréciées. Tout d'abord, l'arrêt du 2 décembre 2009 avait trait à une procédure prud'homale, alors que les deux arrêts antérieurs se rapportaient à une procédure pénale. En outre, la médiation envisagée dans le premier arrêt du 28 février 2001 était une médiation familiale alors que les médiations engagées dans les affaires ayant donné lieu aux décisions de 2004 et 2009 étaient des médiations pénales. Ainsi, il s'agit davantage d'une évolution jurisprudentielle que d'une reprise des solutions antérieures.

En effet, dans l'arrêt du 28 février 2001²⁰⁰², la Chambre criminelle constate que la chambre correctionnelle de la cour d'appel s'est référée au rapport du centre de médiation familiale, lequel relevait « l'attitude manipulatrice de la mère, incompatible avec le processus de médiation » pour la déclarer coupable de non-représentation d'enfant. Pour autant, au visa de l'ancien article 24 de la loi du 8 février 1995, selon lequel « les constatations du médiateur et les déclarations qu'il recueille ne peuvent être évoquées devant le juge saisi du litige qu'avec l'accord des parties », la Chambre criminelle casse la décision des juges du fond, le document ayant été produit à défaut d'accord des parties. Le principe de confidentialité, énoncé dans la loi de 1995, était alors largement reconnu et la Chambre criminelle affirmait sa force dans la procédure pénale.

Pour autant, dans l'arrêt du 12 mai 2004²⁰⁰³, la Chambre criminelle envisage la question sur un fondement juridique différent. En l'espèce, il ressortait des pièces du dossier qu'une médiation pénale avait été mise en œuvre mais avait échoué et que la mère, alors déclarée coupable de non-représentation d'enfant à une personne ayant le droit de le réclamer, avait

¹⁹⁹⁹ Cass., Crim., 12 mai 2004, n° 03-82.098, *Bull. crim.* 2004, n° 121 ; *Gaz. Pal.* 21-22 déc. 2004, p. 22, note Y. MONNET.

²⁰⁰⁰ J.-P. TRICOIT, « Principe de confidentialité et déclarations du médiateur pénal », *JCP G*, 15 mars 2010, n° 11, p. 295.

²⁰⁰¹ Cass., Crim., 28 févr. 2001, n° 00-83.365, *Bull. crim.* 2001, n° 54 ; *Bull. inf. C. cass.* 15 mai 2001, p. 23 ; *D.* 2001, p. 1517 ; *RJPF* nov. 2001, p. 29, note J.-J. TOUATI ; *Dr. pén.* 2001, comm. 95, note A. MARON.

²⁰⁰² Cass., Crim., 28 févr. 2001, n° 00-83.365, préc.

²⁰⁰³ Cass., Crim., 12 mai 2004, n° 03-82.098, préc.

refusé de collaborer à la médiation et avait préféré se réfugier dans un coin. Cette dernière, demanderesse au pourvoi, exposait le moyen selon lequel « les constatations du médiateur civil ou pénal et les déclarations qu'il recueille ne peuvent être évoquées devant le juge saisi du litige qu'avec l'accord des parties de sorte qu'en se fondant, pour confirmer la déclaration de culpabilité de Katy Y..., sur les constatations du médiateur concernant le comportement de Katy Y... sans requérir ni constater l'accord des parties, la cour d'appel a violé les articles 24 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 et 41-1 du Code de procédure pénale ». La Chambre criminelle va pourtant rejeter ce moyen non pas sur le fondement de l'article 24 qui prévoit l'exigence de confidentialité de la médiation, mais d'après l'ancien article 26 de la loi de 1995, devenu depuis lors l'article 23. Ce dernier énonce que les dispositions du chapitre relatif à la conciliation et à la médiation judiciaires « ne sont pas applicables aux procédures pénales »²⁰⁰⁴. Ainsi, la Cour de cassation ne base pas sa solution sur le principe de la confidentialité attaché à la médiation en elle-même, mais sur la nature de la procédure engagée. Le principe de confidentialité n'est pas recevable dans le cadre d'une procédure pénale.

Enfin, la Chambre sociale intervient avec son arrêt du 2 décembre 2009²⁰⁰⁵ et met fin aux interrogations relativement à la médiation pénale. Dans ce cas d'espèce précis, il s'agissait de s'intéresser à la divulgation des informations issues de la médiation pénale dans le cadre d'une procédure prud'homale. Ainsi, la Chambre sociale prend ici le parti de trancher avec force la question éludée par la Chambre criminelle quelques années plus tôt en se concentrant sur la procédure pénale.

513. Si cette solution laisse penser à la fragilisation du principe de confidentialité, elle s'explique davantage au regard de la considération portée à la médiation pénale. Le constat de la non-application du principe de confidentialité dans ce cadre confirme la démonstration présentée selon laquelle la médiation pénale est à distinguer des modes amiables de résolution des différends²⁰⁰⁶. En ce sens, il apparaît logique qu'elle ne respecte pas les principes inhérents aux règlements amiables. Cependant, la reconnaissance de l'exception du respect de la confidentialité d'un règlement amiable dans la procédure pénale témoigne au contraire d'une faiblesse. En effet, la divulgation des constatations du médiateur et des déclarations recueillies pendant un processus amiable est admise et ainsi lesdits éléments pourront être présentés devant

²⁰⁰⁴ Désormais prévu à l'art. 23, depuis l'ord. n° 2011-1540 du 16 nov. 2011, art. 1.

²⁰⁰⁵ Cass., Soc., 2 déc. 2009, n° 07-45.698, préc.

²⁰⁰⁶ Cf. introduction n° 30.

les juridictions pénales²⁰⁰⁷. La production de tels éléments issus de processus amiables²⁰⁰⁸ devant les juridictions pénales ou civiles renvoie à l'appréciation de l'administration de la preuve dans les deux matières.

514. Le principe de confidentialité et l'administration de la preuve pénale. En effet, la preuve pénale se démarque de la preuve civile en raison des enjeux qui l'entourent. En matière pénale, le débat probatoire motive une recherche de vérité pure²⁰⁰⁹. En ce sens, Madame le professeur Coralie AMBROISE-CASTEROT précisait que « cette tension vers une vérité suprême et absolue, une vérité infaillible, justifierait la violation de principes »²⁰¹⁰. À l'instar du principe de loyauté de la preuve, la quête de vérité de la matière pénale implique nécessairement d'écarter le principe de confidentialité inhérent aux règlements amiables. Toutefois, la mise à l'écart de ce principe directeur n'est que la conséquence de la mise à l'écart du principe de loyauté de la preuve en matière pénale. En effet, en adéquation avec le principe de liberté de la preuve pénale, établi à l'article 427 du Code de procédure pénale, la jurisprudence a admis que la preuve déloyale apportée par un particulier au procès pénal était recevable²⁰¹¹. Les parties privées ne sont pas astreintes au respect de la loyauté en procédure pénale²⁰¹². Le fondement juridique avancé afin de justifier la violation du principe de loyauté est le respect d'un débat contradictoire. En ce sens, la matière pénale, consacre la recevabilité d'une preuve déloyale à la condition d'un débat contradictoire²⁰¹³. Le principe du contradictoire dévoile ainsi un rôle correcteur de la violation du principe de loyauté de la preuve, là où la

²⁰⁰⁷ En référence à l'arrêt précité Cass., Crim., 12 mai 2004, n° 03-82.098, le principe de confidentialité ne s'applique pas dans le cadre d'une procédure pénale.

²⁰⁰⁸ Sans considération de la médiation pénale, celle-ci étant exclue du domaine d'application du principe de confidentialité au regard de sa nature (v. *supra* n° 512).

²⁰⁰⁹ *A contrario*, « en matière civile, le débat probatoire a une finalité différente », il motive « une démonstration des données de fait et de droit adaptée à la situation litigieuse » : N. LEGER, « Enregistrement clandestin et loyauté de la preuve », *JCP G*, n° 8, 23 févr. 2005, II. 10025. La matière civile privilégie les données produites par les parties en raison de la formule selon laquelle « le procès est la chose des parties ». En effet, le procès civil est, avant tout, un outil permettant aux justiciables de se défendre, alors que le procès pénal privilégie la manifestation de la vérité. Ce, en raison des avantages protégés : les intérêts particuliers dans la matière civile, l'intérêt général dans la matière pénale.

²⁰¹⁰ C. AMBROISE-CASTEROT, « Recherche et administration des preuves en procédure pénale : la quête du Graal de la Vérité », *AJ Pénal*, 2005, p. 261.

²⁰¹¹ Cass., Crim., 15 juin 1993, *Bull. crim.* n° 210, *D.* 1994. 613, note MASCALA ; *Dr. pénal*, févr. 1994, p. 3, obs. LESCLOUS et MARSAT – Cass., Crim., 6 avr. 1994, *Bull. crim.* n° 136, *Gaz. Pal.*, 21 juill. 1994, p. 18, note DOUCET.

²⁰¹² CEDH, 12 juill. 1988, *Schenk c. Suisse*, req. n° 10862/84, §46 : « Si la Convention garantit en son article 6 (art. 6) le droit à un procès équitable, elle ne régit pas pour autant l'admissibilité des preuves en tant que telle, matière qui dès lors relève au premier chef du droit interne. La Cour ne saurait donc exclure par principe et *in abstracto* l'admissibilité d'une preuve recueillie de manière illégale (...) Il lui incombe seulement de rechercher si le procès [du requérant] a présenté dans l'ensemble un caractère équitable ».

²⁰¹³ Cass., Crim., 30 mars 1999, *Bull. Crim.* n° 59, *Procédures* 1999. Comm. 215, obs. BUISSON ; *RG proc.* 1999. 640, Chron. REBUT ; *D.* 2000. 391, note GARE – v. égal. Cass., Crim., 26 avr. 1987, *Bull. crim.* n° 171 – Crim., 12 juin 2003 ; *RSC* 2004. 427, obs. BUISSON.

matière civile n'admet aucune transgression²⁰¹⁴. L'exclusion du principe de confidentialité dans le cadre d'une médiation pénale peut alors s'expliquer à ce titre. En effet, la question de la recevabilité des enregistrements clandestins lors d'une séance de médiation pourrait se poser. Il existe en effet, en droit processuel, deux régimes probatoires opposés en présence de preuves apportées par une partie privée. Si la matière civile met en exergue un régime de sanction rigide quant à l'administration de la preuve²⁰¹⁵, la matière pénale est plus souple à cet égard²⁰¹⁶. L'enregistrement clandestin d'une médiation pourrait être produit par un particulier devant le juge pénal. Ainsi, la non-application de la confidentialité au sein de la médiation pénale s'explique. Nonobstant les justifications de cette levée de la confidentialité dans la médiation pénale, le principe de confidentialité est bien fragilisé. En effet, la violation de la confidentialité est admise dans le cadre de la procédure pénale. Les constatations du médiateur peuvent alors être utilisées librement, et sans l'accord conjoint des parties dans la mesure où, pour ce genre de procédure, la loi du 8 février 1995 exclut le principe de la confidentialité. L'article 23 de la ladite loi prévoit en effet que « les dispositions [du chapitre relatif à la conciliation et à la médiation judiciaires] ne sont pas applicables aux procédures pénales ». Le Code de procédure pénale ne prévoit, quant à lui, aucune prohibition. Si cette solution rompt avec les développements susmentionnés reconnaissant la force de la confidentialité au sein des règlements amiable, les spécificités de la matière sont à l'origine de cette distinction d'application.

2. Une application du principe de confidentialité diversifiée selon les modes amiables de règlement des différends

515. Un principe de confidentialité et une diversité des modes amiables de résolution des différends. Il a déjà été précisé que l'ordonnance de 2011 avait consacré un cadre général et unifié de la médiation²⁰¹⁷. Depuis lors, le principe de confidentialité concerne tant les médiations et conciliations judiciaires que conventionnelles. Pour autant, qu'en est-il des autres modes amiables de résolution des différends ? *Quid* de l'application de la

²⁰¹⁴ Il est à noter que le principe du contradictoire est alors, dans ce contexte, davantage considéré dans la matière pénale que dans la matière civile. Ceci est d'autant plus singulier que ce principe est perçu comme le socle de la procédure civile.

²⁰¹⁵ V. not. Cass., Civ. 2^e, 7 oct. 2004, n° 03-12.653, *Juris-Data* n° 2004-025068 ; *JCP G* 2005, II. 10025, comm. LEGER, préc.

²⁰¹⁶ Cass., Crim., 15 juin 1993, préc. – v. également Cass., Ass. plén., 10 nov. 2017, n°17-82.028 ; *JCP G* 2017, 1376, note C. RIBEYRE.

²⁰¹⁷ Cf. introduction n° 16.

confidentialité au sein de la procédure participative ou du processus collaboratif ? Chaque mode amiable dispose d'un régime qui le caractérise. Ainsi, la confidentialité est considérée différemment en leur sein. Le constat d'un cadre peu précis quant à l'application de la confidentialité aux médiations et conciliations pourrait laisser penser à une nébuleuse similaire dans le domaine des autres modes amiables. Or, la question de l'application du principe de confidentialité transparait davantage ; mais elle est très contrastée. En effet, la confidentialité apparait limitée dans le cadre de la procédure participative (a) et renforcée dans le cadre du processus collaboratif (b).

a. Une confidentialité limitée dans le cadre de la procédure participative

516. L'absence de représentation du principe de confidentialité dans le cadre de la procédure participative. Si le principe de confidentialité a été repris par les dispositions légales relatives aux médiations et conciliations conventionnelles, il n'est nullement évoqué dans le cadre de la procédure participative assistée par avocat. Ni le Code civil, ni le Code de procédure civile n'ont expressément prévu de dispositions à cet égard. La valeur de ce principe, appréhendé telle une garantie essentielle de succès des règlements amiables, dans le cadre de cette procédure interroge. Le principe de confidentialité n'est pas considéré en tant que tel, mais va être analysé au regard de la relation entre les avocats et de la relation entre les parties elles-mêmes.

517. La confidentialité et les avocats. Selon l'article 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques : « en toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense, les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci, les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères à l'exception pour ces dernières de celles portant la mention "officielle", les notes d'entretien et, plus généralement, toutes les pièces du dossier sont couvertes par le secret professionnel ». Dès lors, le secret professionnel de l'avocat doit être respecté dans le cadre d'une procédure participative. La violation dudit secret est sanctionnée tant pénalement à l'article 226-13 du Code pénal, que par une action disciplinaire ou une action en responsabilité professionnelle²⁰¹⁸. Cette obligation du secret est pourtant

²⁰¹⁸ H. ADER, A. DAMIEN et a., *Règles de la profession d'avocat*, 2016/2017, Dalloz, Coll. « Dalloz Action », 2016, spéc. n° 422.00 s. – v. *supra* n°s 498 s.

quelque peu malmenée. En effet, le juge d’instruction peut saisir les correspondances échangées entre le client et son avocat dès lors qu’elles ne concernent pas l’exercice des droits de la défense²⁰¹⁹. D’autre part, une obligation de déclaration de soupçon à TRACFIN²⁰²⁰ pèse sur les avocats lorsque la transaction porte notamment sur l’achat et la vente de biens immeubles ou de fonds de commerce²⁰²¹. À ce sujet, la Cour européenne justifie que cette obligation de déclaration de soupçon ne porte pas une atteinte disproportionnée au secret professionnel des avocats dans la mesure où elle « ne concerne (...) que des activités éloignées de la mission de défense confiée aux avocats, similaires à celles exercées par les autres professionnels soumis à cette obligation »²⁰²².

Dans le prolongement du Conseil d’État²⁰²³ et de la Cour de justice²⁰²⁴, la Cour européenne reconnaît cependant qu’en vertu de l’article 8 de la Convention européenne, « la correspondance entre un avocat et son client, quelle qu’en soit la finalité, jouit d’un statut privilégié quant à sa confidentialité »²⁰²⁵. La Cour accorde une protection renforcée aux échanges entre les avocats et leurs clients et indique que « cela se justifie par le fait que les avocats se voient confier une mission fondamentale dans une société démocratique : la défense des justiciables. Or un avocat ne peut mener à bien cette mission fondamentale s’il n’est pas à même de garantir à ceux dont il assure la défense que leurs échanges demeureront confidentiels. C’est la relation de confiance entre eux, indispensable à l’accomplissement de cette mission, qui est en jeu »²⁰²⁶.

Dans un arrêt en date du 25 février 2016²⁰²⁷, la Cour de cassation a rappelé, sur le fondement de l’article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971, que seules les correspondances échangées entre l’avocat et son client ou entre l’avocat et ses confrères, les notes d’entretiens

²⁰¹⁹ Cass., Crim., 7 mars 1994, n° 93-84.93, *Bull. crim.*, n° 87 ; *JCP* 1994. II. 22251, note MARTIN – Crim. 30 juin 1999, n° 97-86.318, *Bull. Crim.*, n° 172.

²⁰²⁰ Le Traitement du renseignement et action contre les circuits financiers clandestins est un service de renseignement placé sous l’autorité du ministère de l’Économie, des Finances et de la Relance. Afin de lutter contre les circuits financiers, le blanchiment d’argent et le financement du terrorisme, ce service est chargé de recueillir, analyser et enrichir les déclarations de soupçons que les professionnels assujettis sont tenus, par la loi, de lui déclarer.

²⁰²¹ C. mon. fin., art. L. 561-1 et s.

²⁰²² CEDH, 6 déc. 2012, *Michaud c. France*, req. n° 12323/11, § 127.

²⁰²³ CE, 10 avr. 2008, n° 296845, *D.* 2008, p. 2322, C. CUTAJAR, *AJDA* 2008, p. 1085, *RFD adm.* 2008, p. 575 et p. 711, *RTD civ.* 2008, p. 444.

²⁰²⁴ CJCE, 26 juin 2007, aff. C-305/05, *Ordre des barreaux francophones et germanophones et a.*, *D.* 2007, p. 1972, *D. Avocat* 2008. p. 944, nov. 2007 - janv. 2008, *Rev. sc. crim.* 2008, p. 168.

²⁰²⁵ CEDH, 6 déc. 2012, *Michaud c. France*, préc., § 117 ; CEDH, 25 mars 1992, *Campbell c. Royaume-Uni*, req. n° 13590/88, §§ 46-48 ; voir aussi, not. CEDH, 30 janv. 2007, *Ekinci et Akalin c. Turquie*, n° 77097/01, § 47 ; cela vaut, pour toutes les formes d’échanges entre les avocats et leurs clients.

²⁰²⁶ CEDH, 6 déc. 2012, *Michaud c. France*, préc., § 118.

²⁰²⁷ Cass., Civ. 1^{re}, 25 févr. 2016, n° 14-25.729 ; *D.* 2016. 550, ; *Légipresse* 2016. 142 ; *RTD Civ.* 2016, p. 439, P. THERY.

et les pièces du dossier sont couvertes par le secret professionnel. Néanmoins, « le secret professionnel des avocats ne s'étend pas aux documents détenus par l'adversaire de leur client, susceptibles de relever du secret des affaires, dont le refus de communication constitue l'objet même du litige ». Le secret professionnel couvre ainsi la correspondance entre avocats. L'article 3.1 du Règlement intérieur national de la profession d'avocat (RIN) dispose notamment que « tous échanges entre avocats, verbaux ou écrits quel qu'en soit le support (papier, télécopie, voie électronique) sont par nature confidentiels ». Dès lors, à l'exception des correspondances qui portent la mention « officielle », les autres ne peuvent être produites en justice. La confidentialité de ces correspondances est alors garantie. Dans le cadre d'une procédure participative, il s'agira pour les avocats, en accord avec leur client, d'imputer le caractère « officiel » aux correspondances qui concrétisent les accords envisagés ou actés et qui méritent d'être connus de tous. Quant aux autres pièces produites, et qui ne revêtent pas la qualification de « correspondances », elles sont communiquées par l'intermédiaire des avocats selon les modalités prévues dans la convention. Le Code de procédure civile ne prévoit aucune obligation de secret. Au contraire, l'article 1545 du Code de procédure civile précise l'établissement d'un bordereau pour la communication de ces pièces. Essentielles à la résolution amiable du différend, les pièces sont listées dans la convention de procédure participative et ne sont dès lors pas couvertes par le secret professionnel.

518. La confidentialité et les parties. *Quid* de la confidentialité dans les rapports entre les parties et les tiers ? En vertu du consensualisme, les parties sont libres de consacrer le respect de la confidentialité par une clause dans la convention de procédure participative. Pourtant, lorsque le différend n'est pas résolu intégralement à l'issue de la tentative de résolution amiable, la question de la confidentialité pose de nombreuses difficultés. L'échec d'une procédure participative démontre en effet les limites du principe de confidentialité.

Tout d'abord, dans le cas où un accord partiel est trouvé entre les parties à la procédure, elles peuvent saisir le juge à l'effet qu'il statue sur le différend résiduel par une requête conjointe²⁰²⁸. Or, l'article 1560 du Code de procédure civile précise que cette requête contient, à peine d'irrecevabilité que le juge peut relever d'office, d'une part « les points faisant l'objet d'un accord entre les parties, dont elles peuvent demander au juge l'homologation », mais également « les prétentions respectives des parties relativement aux points sur lesquels elles restent en litige, accompagnées des moyens de fait et de droit sur lesquels chacune de ces

²⁰²⁸ L'autre possibilité étant de saisir le juge conformément aux règles régissant la procédure applicable devant lui : CPC, art. 1560.

prétentions est fondée, avec l'indication pour chaque prétention des pièces invoquées »²⁰²⁹. De même, il ajoute que la requête doit également être accompagnée, à peine d'irrecevabilité, des pièces prévues à l'article 2063 du Code civil, notamment « les pièces et informations nécessaires à la résolution du différend ou à la mise en état du litige et les modalités de leur échange », et, « le cas échéant, du rapport du technicien, ainsi que des pièces communiquées au cours de la procédure conventionnelle ». L'ensemble du déroulement de la procédure participative est alors dévoilé au juge. Bien que ce dernier soit lui-même tenu au secret professionnel et que la présentation de la requête conjointe n'autorise nullement aux parties de méconnaître la clause de confidentialité insérée dans leur convention participative à l'égard des tiers, le principe de confidentialité est inefficace.

Dans le cas d'une procédure de jugement de l'entier différend²⁰³⁰, les parties peuvent saisir le juge pour trancher leur litige, selon diverses modalités. Quel que soit le choix réalisé par les parties pour introduire leur demande en justice, le droit à la preuve et le respect des droits de la défense inhérent au droit à un procès équitable impliquent qu'elles puissent apporter les pièces échangées dans le cadre de la procédure participative afin de se défendre devant le juge. En outre, l'article 1563 du Code de procédure dispose que « la requête contient un exposé des moyens de fait et de droit et est accompagnée de la liste des pièces mentionnées au troisième alinéa de l'article 1560 », susmentionné. Il appert ainsi, sans aucun doute, que le droit à la preuve prime sur la confidentialité de la procédure participative ; qui est reconnue de manière indirecte par le biais du secret professionnel des avocats et contractuellement par la clause potentiellement introduite par les parties.

519. Justification de l'affaiblissement de la force du principe de confidentialité dans le cadre de la procédure participative. La fragilité reconnue au principe de confidentialité dans le cadre d'une procédure participative s'explique notamment en raison de son aboutissement, celle-ci permettant également une mise en état conventionnelle du litige. En ce sens, outre l'ambition de résoudre le différend à l'amiable, elle œuvre pour réduire le temps consacré à la résolution judiciaire. À ce titre, elle envisage le règlement contentieux potentiel futur. L'imposition d'une confidentialité stricte porterait alors atteinte à cet autre objectif qui lui est reconnu. En effet, les avantages de la confidentialité peuvent être des obstacles à la résolution du litige dans un court délai puisque le juge ne peut se baser sur des éléments qui dépendent du processus amiable réalisé antérieurement. Devant le juge, l'affaire est présentée

²⁰²⁹ Outre les mentions prévues par l'art. 57 du CPC.

²⁰³⁰ CPC, art. 1562 et s.

en l'état où elle se trouvait avant l'engagement des parties dans la tentative d'un règlement à l'amiable. À défaut de concessions de la part des parties, la durée du règlement du différend se prolonge. Le temps de l'amiable peut alors conduire à nuire au temps global de la procédure puisqu'il n'est pas utile dans la suite de celle-ci.

Le principe de confidentialité s'apprécie ainsi différemment selon les objectifs propres à chaque mode amiable. Son application est tout autre dans le cadre du processus collaboratif.

b. Une confidentialité renforcée dans le cadre du processus collaboratif

520. Obligation de confidentialité dans le processus collaboratif. Le processus de droit collaboratif repose sur l'engagement contractuel des parties et de leurs avocats conseils, matérialisé dans une charte collaborative. Les deux avocats et leurs clients s'engagent contractuellement à diverses obligations : « pour les clients à négocier de bonne foi, en transparence afin de parvenir à une résolution globale et acceptable pour l'un et l'autre ; pour les avocats à conseiller et à assister leurs clients dans la négociation, à sécuriser celle-ci et à se désister en cas d'échec ; ensemble : à ne pas saisir de manière contentieuse une juridiction pendant le processus et à des négociations confidentielles »²⁰³¹. Les négociations sont ainsi placées sous le sceau de la confidentialité et encadrées par une clause contenue dans la charte collaborative. La confidentialité est ici d'autant plus renforcée. Elle est assurée à la fois dans la relation avocat-client et dans la relation des avocats entre eux par le secret professionnel²⁰³². L'échange des pièces et les comptes rendus de séances sont par principe confidentiels. Les avocats en sont séquestres et ces pièces sont revêtues de la mention « confidentiel – droit collaboratif ». Dès lors, en cas d'échec du processus, elles ne pourront être évoquées ou communiquées devant les tribunaux²⁰³³, ni à quiconque sans un accord préalable et exprès des parties.

521. Violation de la clause de confidentialité. La charte collaborative est une convention régie par les articles 1101 et suivants du Code civil. En ce sens, le respect des obligations des signataires est assuré par les mécanismes de droit civil. Une partie qui ne

²⁰³¹ C. BUTRUILLE-CARDEW, « Les atouts du processus collaboratif dans le nouveau divorce par consentement mutuel », *AJ Fam.* 2018. 52.

²⁰³² V. N. FRICERO et a., *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, *op.cit.*, n° 432.11, p. 649.

²⁰³³ La production d'un tel document confidentiel devant une juridiction constitue une preuve déloyale et cette attitude est sanctionnée par la jurisprudence : Cass., Soc., 16 mars 2011, n° 09-43.204, Inédit.

respecterait pas cette obligation contractuelle s'expose à une condamnation à des dommages-intérêts sur le fondement de la responsabilité contractuelle. Quant aux avocats qui interviennent en tant que conseils, la réglementation professionnelle des avocats s'applique²⁰³⁴.

522. Une confidentialité renforcée au regard des enjeux du processus collaboratif.

Le principe de confidentialité s'apprécie davantage encore dans le processus collaboratif, et ce, en considération de l'obligation de désistement. La charte collaborative précise en effet qu'en cas d'échec du processus, pour quelque cause que ce soit, « les avocats et les experts se déchargeront irrévocablement du dossier et ne pourront plus intervenir d'aucune manière dans la résolution de celui-ci ». Ainsi, les avocats ne pourront jamais représenter leur client au contentieux. En effet, en cas d'échec du processus, les avocats collaboratifs ne poursuivent plus leur intervention et ne pourront donc pas assurer la défense des intérêts de leurs clients dans le cadre d'une procédure contentieuse. Dès lors, dans ce contexte, les participants au processus commenceront une procédure contentieuse, assistés de nouveaux avocats qui n'auront pas accès aux documents issus du processus collaboratif. La reconnaissance de la confidentialité est telle, qu'en cas de succession de conseils, alors que le processus de droit collaboratif prend fin, le conseil qui est intervenu ne communiquera aucun dossier. Quant aux rapports établis par les tiers intervenants, ils ne pourront également être communiqués au successeur qu'avec l'accord exprès et écrit des parties²⁰³⁵.

L'action en justice n'est pas une option dans ce processus collaboratif, dont le seul enjeu est de trouver un accord amiable. Le fait que l'avocat limite son mandat²⁰³⁶ consacre ainsi un climat de négociation transparent et sécurisé pour les parties. Tous les acteurs sont impliqués dans le processus, ce qui crée une véritable dynamique d'ensemble.

Force est alors de constater que les enjeux du règlement amiable impliquent une considération plus ou moins forte au principe de confidentialité, et ce, en raison de la potentielle poursuite du règlement du différend devant le juge.

²⁰³⁴ Not. au titre des règles déontologiques et de leur responsabilité professionnelle, v. *supra* n° 517.

²⁰³⁵ À noter qu'il est tout de même préférable de faire signer un accord de confidentialité à ces tiers.

²⁰³⁶ Au même titre qu'un médiateur qui ne peut jamais, même lorsqu'il est également avocat, représenter ensuite une des parties en cas d'échec de la médiation.

C) La fragilité du principe de confidentialité liée à la sauvegarde d'une procédure équitable

523. Le risque d'instrumentalisation par les parties. Outre les imprécisions qui sont sources de difficultés dans l'application du principe de confidentialité en lui-même, il est des cas où les participants aux processus amiables vont se servir de la force de la confidentialité afin de détourner l'application du principe à leur avantage. Le principe de confidentialité est alors instrumentalisé par les parties au processus. Alors que le principe de confidentialité garantit aux parties de ne pas révéler ultérieurement les déclarations recueillies pendant le déroulement du processus, ces dernières vont présenter certains éléments qui leur sont défavorables dans le but de les placer sous le sceau de la confidentialité et de les soustraire à l'analyse du juge. Il s'agit ainsi d'un stratagème des parties, à travers une manipulation du principe de confidentialité. Elles prennent le parti d'avouer pleinement les faits défavorables pendant le processus, et ce, afin que leurs méfaits soient protégés par le secret. Le principe, jusqu'alors présenté comme une garantie du succès du processus amiable, est détourné de son but originel. Cette problématique n'est pourtant envisagée ni par la directive, ni par le législateur. Ainsi, comment résoudre ce risque d'un détournement du principe ? Comment faire la distinction entre les éléments apportés de bonne ou de mauvaise foi dans la procédure amiable ? Il est à noter que les exceptions au principe de confidentialité susmentionnées imposent au tiers médiateur une obligation de divulgation lorsqu'il s'agit de faits constitutifs d'une infraction pénale ou entrant dans les limites posées par le législateur au secret. Le comportement des parties et de leurs conseils n'est dès lors pas sans limites. Cependant, la problématique est la même que celle précédemment évoquée. Il apparaît nécessaire que les tiers intervenants, médiateurs et conciliateurs, soient davantage formés sur ce point. Dès l'instant où la force du principe est employée de manière négative par des parties malintentionnées, il apparaît un doute quant à la portée qui doit lui être reconnue. Cela met en exergue une fragilité supplémentaire du principe de confidentialité.

Pour autant, si cette instrumentalisation du principe de confidentialité par les parties mérite d'être surveillée attentivement, il n'en reste pas moins qu'un autre principe directeur du procès est à prendre en considération : le principe de loyauté²⁰³⁷. En effet, le « procédé déloyal » a été défini par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation comme un « stratagème qui, par un contournement ou un détournement d'une règle de procédure, a pour objet ou pour effet de

²⁰³⁷ V. *supra* n° 210 s. et *infra* n°s 596 et 606 s.

vicier la recherche de la preuve en portant atteinte à l'un des droits essentiels ou à l'une des garanties fondamentales de la personne suspectée ou poursuivie »²⁰³⁸. Transposée au contexte de l'étude, cette définition conduit en effet à reconnaître que la machination employée par une partie, pour détourner le principe de confidentialité – si essentiel à la procédure amiable – de son but initial afin de vicier la recherche de la preuve lors du procès, revient à porter atteinte aux droits de tout justiciable de se défendre devant le juge. En ce sens, cette instrumentalisation porte atteinte au principe du droit au procès équitable et doit être considéré comme déloyale. Le problème est alors résolu par le biais de l'attention portée à un autre principe processuel. Ainsi, la confidentialité de la procédure amiable cède sa place au respect du principe de loyauté. L'appréciation globale de la procédure et la coopération entre les différents principes fondamentaux processuels minimisent les fragilités intrinsèques au principe de confidentialité.

En outre, si le principe de confidentialité démontre sa puissance au regard des besoins de l'amiable, il s'affaiblit lors de l'homologation de l'accord.

524. La réintégration du principe de publicité. Alors qu'au cours du processus amiable le principe de publicité de la justice s'efface au profit du principe de confidentialité, il en est autrement lorsque le règlement amiable fait l'objet d'une homologation du juge. En effet, la résolution amiable nécessite une discrétion afin que les justiciables s'en saisissent. Toutefois, lorsque l'accord est homologué par le juge, le principe de publicité reprend ses droits ; l'homologation étant un jugement public. Il appert ainsi une survivance du principe de publicité, qui est de nouveau considéré une fois le processus amiable finalisé.

Cette alternance dans l'application de ces deux principes met d'autant plus en avant les liens entre la justice amiable et la justice étatique, et leur complémentarité.

525. Synthèse relative au principe de confidentialité. Nouvellement créé par l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011²⁰³⁹, le principe de confidentialité constitue inéluctablement une garantie d'efficience du processus amiable. Le fait d'imposer le respect de ce principe offre un espace de liberté pour les parties qui n'hésitent plus à se confier dans le cadre d'un processus amiable. Elles œuvrent librement dans le but de conclure ensemble un accord. La confidentialité apparaît alors comme la quintessence du processus amiable. Elle assure la cohésion et la coopération des acteurs afin de réaliser l'objectif du règlement amiable. En effet, la réussite du processus n'est pas certaine, elle reste hypothétique. Dès lors, le secret des échanges élude tout doute des participants au processus quant à la divulgation

²⁰³⁸ Cass., Ass. plén., 9 déc. 2019, n° 18-86.767, *Bull.* n° 650,

²⁰³⁹ Ord. de transposition de la dir. 2008/52, préc.

d'informations qui pourraient leur causer du tort. Pour autant, les avantages de ce principe de confidentialité ont des conséquences sur la procédure appréhendée de manière générale.

En effet, la force du principe de confidentialité dessert la résolution judiciaire du différend ultérieure. Dans le cas d'un échec de la procédure amiable, et lorsque l'affaire est présentée devant le juge, ce dernier ne peut se baser sur la procédure amiable engagée antérieurement. La protection des déclarations et constatations issues du processus amiable, qui les rendent inaccessibles, allonge la durée des procédures et tend à priver les justiciables de leur droit au juge. Ce risque tempère alors la puissance donnée au principe de confidentialité, à tel point qu'il s'en trouve fragilisé. En raison des lacunes législatives, de son champ d'application imprécis ou encore du risque d'instrumentalisation des parties, le principe de confidentialité du processus amiable est mis à mal. Il serait alors opportun que le législateur se saisisse de la question afin de préciser les contours de l'application de ce principe au sein des règlements amiables. Pour l'heure, il s'efface en effet au profit d'autres principes fondamentaux processuels afin de garantir un règlement du différend équitable.

Après avoir triomphé au sein de la procédure amiable, au détriment du principe de publicité protégé par la Cour européenne, le principe de confidentialité s'incline à son tour lors de l'homologation. La résurgence du principe de publicité, issu du droit au procès équitable, démontre la fragilité de la confidentialité, principe propre au règlement amiable. Le procès équitable est privilégié. Le principe de confidentialité pourrait alors être qualifié de « principe mou » ou de « principe à géométrie variable » puisqu'il s'adapte aux besoins de la procédure engagée et peut varier selon les circonstances. Néanmoins, ce constat permet de reconnaître l'existence d'une véritable coopération entre les principes inhérents à la justice amiable et les principes fondamentaux processuels afin de rendre le système judiciaire plus efficace.

Conclusion du Chapitre 1

526. Convergence des efforts, pour une justice efficace et rapide. D'aucuns reconnaissent l'intérêt de favoriser les règlements des différends à l'amiable. Ainsi que l'a réaffirmé le Parlement européen dans son rapport de 2017²⁰⁴⁰, « conformément au programme “la justice au service de la croissance” et à la stratégie Europe 2020, la médiation peut être

²⁰⁴⁰ Commission des aff. jurid., K. CHRYSOGONOS (rapporteur), Rapp. sur la transposition de la dir. 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, 2016/2066 (INI), 27 juin 2017, in https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0238_FR.html.

perçue comme un moyen de rendre le système judiciaire plus efficace et les procédures moins longues et moins coûteuses, réduisant ainsi les obstacles auxquels sont confrontés les citoyens et les entreprises ». Pour ce faire, les règlements amiables se soumettent à l'exigence de célérité, qui renvoie au respect du délai raisonnable promu par la Cour européenne des droits de l'homme. Les règlements amiables supposent une durée raisonnable afin d'aboutir à un accord mutuellement satisfaisant. Bien que la rapidité soit mise en exergue comme qualité essentielle des règlements amiables, il s'agit davantage du temps raisonnable et utile à la réussite du processus. Aussi, la célérité revêt le caractère d'exigence et n'est pas un principe directeur, au même titre que dans les procédures contentieuses étatiques. Seul le domaine de l'arbitrage a reconnu la célérité comme un principe directeur de la procédure. L'article 1464 du Code de procédure civile impose en effet que « les parties et les arbitres agissent avec célérité »²⁰⁴¹. Alors que les modes alternatifs de résolution des différends – comprenant l'arbitrage²⁰⁴² – sont vantés pour leur rapidité en réponse à la lenteur des procès, il apparaît cohérent que les dispositions relatives à l'arbitrage aient consacré cette exigence de célérité. La célérité participe en effet à l'efficacité de ces autres modes de règlement des différends. Dès lors, si l'absence d'une consécration expresse dans le cadre des textes relatifs à l'amiable interroge, elle se déduit, à n'en pas douter, des réticences à poser un cadre juridique précis à ces modes qui prônent la liberté des participants. Pourtant, force est de constater que cet impératif de procédure s'apprécie tant au sein de la justice amiable que de la justice étatique. Cela s'explique notamment en raison de l'articulation entre les procédures amiables et les procédures étatiques traditionnelles. Dans les cas où la tentative amiable n'aboutit pas à un accord, la procédure de règlement du différend se poursuit devant la justice étatique. Dès lors, la durée de la résolution du différend en cause sera comptabilisée de manière globale, associant le temps de l'amiable et le temps du contentieux.

527. Divergence d'appréciation quant à la publicité de la justice. Si l'efficacité des règlements amiables suppose une convergence avec la justice étatique au titre du respect de l'exigence de célérité, elle implique une certaine divergence quant à la transparence du processus. La publicité – principe lié à la justice étatique – est nécessairement mise de côté le temps du processus amiable, au profit de la confidentialité.

La réussite de la tentative amiable exige un don de soi au titre d'une motivation à dialoguer. À cet égard, les parties doivent s'assurer que leurs propos ne pourront pas être

²⁰⁴¹ CPC, art. 1464, al. 3.

²⁰⁴² Cf. introduction pour la distinction.

réutilisés ultérieurement contre elles dans le cadre d'un procès ou dans le but de causer du tort à leur image. Si un tel risque existe, elles abandonneront, en toute logique, cette possibilité de régler leur différend à l'amiable. La confidentialité participe ainsi de l'efficience et du développement des règlements amiables. Pourtant, ce principe démontre des fragilités inéluctables, notamment au titre des rapports étroits établis entre la justice amiable et la justice étatique. En outre, il se soumet à la publicité qui s'inscrit dans la démocratie participative actuelle. Utile à l'information des citoyens, au nom desquels la justice est rendue, la publicité réintervient afin de démontrer le mérite de la justice amiable lors de l'homologation.

CHAPITRE 2 : POUR UNE COOPERATION DANS LE PROCESSUS AMIABLE

528. L'esprit de coopération dans le processus amiable. La résolution des différends à l'amiable tente de maintenir des relations apaisées entre les parties, pour le présent et pour l'avenir. Contrairement à la traditionnelle analogie établie entre la guerre et la procédure contentieuse²⁰⁴³, la tentative de résolution d'un différend à l'amiable ne s'apparente pas à un combat mais à une discussion constructive. La communication est privilégiée au glaive, qui est le symbole de la guerre, des combats ou de la puissance du pouvoir judiciaire. Cependant, afin que la qualité du processus amiable soit assurée, encore faut-il que cette coopération soit encadrée.

529. Coopération et équilibre de la procédure. La coopération s'apprécie comme l'« action de participer à une œuvre commune »²⁰⁴⁴. Chaque partie au processus apporte ainsi son concours et sa collaboration en vue de résoudre leur différend à l'amiable. Alors que la coopération des parties au processus est significative de la réussite des règlements amiables des différends, il est nécessaire d'appréhender les différents principes qui conduisent à assurer celle-ci. L'article 6 § 1 de la Convention européenne énonce en effet que « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement ». Le danger réel des processus amiables est de percevoir un déséquilibre significatif²⁰⁴⁵ entre les parties, qui entraînerait non pas une solution négociée mais une solution imposée au partenaire le plus faible. Ce rapport de force existant peut conduire à un détournement de la procédure amiable. Seul le droit est à même de rétablir l'égalité nécessaire au bon déroulement du processus amiable.

²⁰⁴³ V. not. expression de DEMOLOMBE précitée (n° 149) : l'action, « c'est le droit mis en mouvement, c'est le droit à l'état d'action au lieu d'être à l'état de repos ; le droit à l'état de guerre, au lieu d'être à l'état de paix ». – Bien que ce rapprochement soit, lui-même, désormais archaïque.

²⁰⁴⁴ J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), *Le Petit Robert, op. cit.*, v° « coopération ».

²⁰⁴⁵ La loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 a introduit à l'art. L. 442-6, I, 2° du Code de commerce la notion de déséquilibre significatif, qui s'inspire du droit de la consommation. Elle permet de sanctionner, sur le terrain de la responsabilité, les clauses abusives entre professionnels. Modifié par l'ord. n° 2019-359 du 24 avr. 2019, art. 2, l'art. L. 442-1, I, 2° du C. com., anc. art. L. 442-6, I, 2°, énonce : « I. - Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services : (...) 2° De soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ». L'ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats et du régime général de la preuve des obligations a également introduit dans le Code civil le déséquilibre significatif à l'art. 1171 qui opère, de façon inédite, un véritable contrôle des clauses abusives dans le droit commun des contrats.

À cet égard, le législateur québécois a pris le parti de consacrer, de manière explicite, la coopération comme un principe procédural général tant en ce qui concerne le système judiciaire que les modes amiables de prévention et de résolution des différends²⁰⁴⁶. Inscrit dès la disposition préliminaire du Nouveau Code de procédure civile, le ton est donné quant au changement de culture souhaité. Au-delà de l'évolution constatée quant à l'élargissement de l'offre de justice²⁰⁴⁷, le législateur codifie également de nouveaux principes de procédure, tels que la coopération²⁰⁴⁸. Si ce principe n'est pas reconnu comme tel dans le droit positif français, il fait son œuvre à travers d'autres principes fondamentaux processuels issus du droit à un procès équitable. Ces derniers innervent les règlements amiables afin d'assurer leur bon déroulement et leur réussite. Il s'agira alors d'apprécier la place du principe de l'égalité des armes (Section 1) et du principe du contradictoire au sein des règlements amiables (Section 2), avant de s'intéresser au principe émergent de coopération loyale (Section 3).

Section 1 : Le principe de l'égalité des armes et les règlements amiables

530. L'égalité des armes (ou des discours) pour rétablir l'équilibre de la procédure.

La formulation du principe de l'égalité des armes, qui symbolise une égalité procédurale, crée une distanciation certaine avec la procédure amiable. En effet, la force des parties à un règlement amiable ne se trouve pas dans les armes dont elles disposent mais dans leur discours. N'est-il d'ailleurs pas admis que « la plume est plus puissante que l'épée »²⁰⁴⁹ ? Aussi, l'égalité possède une importance essentielle pour le bon déroulement du processus amiable. Chaque

²⁰⁴⁶ N. Cpc, chap. C-25.01, disposition préliminaire, al. 2 : « Le Code vise à permettre, dans l'intérêt public, la prévention et le règlement des différends et des litiges, par des procédés adéquats, efficaces, empreints d'esprit de justice et favorisant la participation des personnes. Il vise également à assurer l'accessibilité, la qualité et la célérité de la justice civile, l'application juste, simple, proportionnée et économique de la procédure et l'exercice des droits des parties dans un esprit de coopération et d'équilibre, ainsi que le respect des personnes qui apportent leur concours à la justice ». En ce sens, v. égal. la jurisprudence *Tremblay c. Bergeron*, 2016 QCCS 1199, [2016] J.Q. n° 2302 ; *Emballages 2M inc. c. Multi-Portions inc.*, 2015 QCCS 5751, [2015] J.Q. n° 13673 ; *Droit de la famille* – 16795, 2016 QCCS 1554, [2016] J.Q. n° 2951 ; *Droit de la famille* – 16721, 2016 QCCS 1376, J. E. 2016-650 ; 9125-2833 *Québec inc. c. École de musique Orphéus inc.*, 2015 QCCS 5015, [2015] J.Q. n° 11339. – S. A. L. HOUNTOHOTEGBE, « Le principe de coopération dans les modes amiables de prévention et de règlement des différends : ébauche d'un cadre théorique pour des processus de qualité », in L. CASAUX-LABRUNEE et J.-F. ROBERGE (dir.), *Pour un droit du règlement amiable des différends. Des défis à relever pour une justice de qualité*, Paris, LGDJ, 2018, pp. 215-235.

²⁰⁴⁷ N. Cpc, chap. C-25.01, disposition préliminaire, al. 1^{er}.

²⁰⁴⁸ V. not. C. PICHE, « La Disposition préliminaire du N. cpc », *La chronique de LexisNexis*, 18 juin 2015, in <https://www.droit-inc.com/article15646-La-Disposition-preliminaire-du-N-cpc>.

²⁰⁴⁹ Adage attribué à l'écrivain anglais Edward Georges BULWER-LYTTON, dans la pièce « Richelieu ou le complot », 1839. – Selon le *Cambridge Dictionary*, ce dicton (« the pen is mightier than the sword ») est utilisé pour souligner que penser et écrire ont plus d'influence sur les personnes et les événements que le recours à la force ou à la violence.

partie doit être en mesure d'apprécier de manière égale l'opportunité d'une issue amiable. Plus encore, une inégalité de statut ne doit pas entraver la solution d'un différend à l'avantage de l'une des parties. Il est alors nécessaire d'apprécier l'application du principe de l'égalité des armes et son équivalent dans les règlements amiables (§1) ainsi que les remèdes propres à garantir le respect de ce principe (§2).

Paragraphe 1 : Le principe d'égalité des armes et son équivalent dans les règlements amiables

531. Égalité des armes et droit à un procès équitable. Les règlements amiables reposent sur la collaboration des parties dans la construction d'une solution au différend qui les oppose. Avant d'appréhender les rapports de force pouvant exister entre les parties au processus amiable et la question de l'égalité qui en découle (B), il convient d'étudier les contours du principe de l'égalité des armes (A). Si le principe n'apparaît en tant que tel ni dans la Convention européenne, ni dans les textes relatifs aux règlements amiables, l'égalité des armes est une composante autonome de la garantie d'un procès équitable. Se pose alors la question de son application au sein des règlements amiables.

A) Le principe processuel fondamental de l'égalité des armes et l'amiable

532. Égalité des droits procéduraux. L'égalité est le principe selon lequel « tous les individus ont, sans distinction de personne, de race ou de naissance, de religion, de classe ou de fortune, ni, aujourd'hui, de sexe, la même vocation juridique au régime, charges et droits que la loi établit »²⁰⁵⁰. Le principe d'égalité démontre sa prééminence du fait qu'il est le premier principe mis en lumière dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. Son article premier dispose en effet que « les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits ». Or, pour que l'égalité, inhérente à la vie citoyenne, soit pleinement assurée, la loi des 16-24 août 1790 précisait déjà que « tous les citoyens, sans distinction, plaideront en la même forme »²⁰⁵¹. Cette égalité des droits procéduraux fait aujourd'hui référence à l'égalité des armes.

²⁰⁵⁰ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., v° « Égalité ».

²⁰⁵¹ L. des 16-24 août 1790, art. 16.

Or, *quid* de ce principe ? Comment est-il consacré ? Comment est-il appréhendé en droit processuel ? Et, dès lors, peut-il être considéré au sein des règlements amiables ? Ces différentes interrogations conduisent à l'étude de l'accommodation du principe de l'égalité des armes au sein des règlements amiables (1.), afin de corriger les déséquilibres possibles entre les parties aux processus et de garantir l'horizontalité de la relation (2.).

1. L'accommodation du principe de l'égalité des armes au sein des règlements amiables

533. Consécration du principe de l'égalité des armes en droit processuel.

L'exigence d'égalité procédurale est immédiatement affirmée par l'article 14 § 1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966²⁰⁵². Elle apparaît comme une composante autonome du procès équitable et revêt une importance considérable. En droit européen, il s'agit d'ailleurs de « l'expression autonome du procès équitable la plus anciennement mise en valeur par la Commission EDH, dès 1959²⁰⁵³, puis par la Cour EDH²⁰⁵⁴ elle-même »²⁰⁵⁵. Précisée dans une formule émise par la Commission européenne dans un avis du 16 juillet 1968²⁰⁵⁶, l'appréciation de cette exigence de l'égalité des armes a été par la suite constamment reprise par la Cour européenne. D'abord définie comme donnant à la défense une « entière égalité de traitement par rapport à l'accusation et à la partie civile »²⁰⁵⁷, la conception postérieurement retenue est plus souple. Les deux organes européens confirment en effet que l'exigence de l'égalité des armes « implique alors l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause, y compris ses preuves, dans des conditions qui ne

²⁰⁵² Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 14 § 1 : « Tous sont égaux devant les tribunaux et les cours de justice. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil (...) ». – Outre cette égalité procédurale, la jurisprudence du Comité des droits de l'homme de l'ONU a développé, par la suite, la notion d'égalité des moyens : Constatation du 24 mars 1993, aff. n° 307/1988, *John Campbell c. Jamaïque*, A/48/40, partie I, p. 201, et partie II, p. 49 : v° « Égalité des armes », *Rep. Proc. civ.*, n° 607.

²⁰⁵³ Comm. EDH, avis du 30 juin 1959, *Szwabowicz c. Suède*, req. n° 434/58, Annuaire II, p. 535.

²⁰⁵⁴ CEDH, 27 juin 1968, *Neumeister c/ Autriche*, req. n° 1936/63, § 22 ; CEDH, 17 janv. 1970, *Delcourt c. Belgique*, req. n° 2689/65, § 28.

²⁰⁵⁵ S. GUINCHARD, « Procès équitable – Garanties procédurales », mars 2017 (actualisation : déc. 2020), *Dalloz, Rép. Proc. civ.*, n° 600 ; *Id.* et a., *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable, op.cit.*, n° 625, p. 1164.

²⁰⁵⁶ Comm. EDH, avis 16 juill. 1968, *Struppatt c. RFA*, req. n° 2804/66, DR, Annuaire, vol. XI, p. 400.

²⁰⁵⁷ CEDH, 23 nov. 1976, *Engel et a.*, req. 5100/71. Cette définition « aurait pu laisser penser à une égalité purement arithmétique » : Y. STRICKLER, « Le droit à un procès équitable », in R. CABRILLAC (dir.), *Libertés et droits fondamentaux, op. cit.*, pp. 605-620, spéc. n° 742.

la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire »²⁰⁵⁸. Il ne s'agit plus de comparer le rapport entre les différentes parties en conflit mais de veiller à ce que chaque partie bénéficie des conditions procédurales nécessaires pour avoir accès à une procédure équitable. Cette égalité procédurale doit être observée quelle que soit la qualité des parties, qu'il s'agisse d'un différend entre simples particuliers ou entre l'État et un individu²⁰⁵⁹.

À l'instar des autres droits fondamentaux processuels, le principe de l'égalité des armes est appréhendé tel un droit naturel processuel²⁰⁶⁰. À ce titre, le professeur OPPETIT n'hésitait pas à mettre en exergue le lien naturel entre égalité, justice et état de droit²⁰⁶¹. Face à ce constat, la force de ce principe dans l'ensemble des procédures de règlements des différends est indéniable. L'égalité des parties dans la défense de leurs intérêts doit être privilégiée. Comment aboutir à une réponse judiciaire équitable sans la possibilité de présenter ses prétentions comme peut le faire son adversaire ? Comment aboutir à une solution mutuellement satisfaisante sans la possibilité de faire valoir ses arguments au même titre que l'autre partie au processus ? Ces questions rhétoriques encouragent dès lors à reconnaître l'exigence de l'égalité dans toutes les relations processuelles. Ainsi, la justice est vouée à affirmer l'application d'un principe d'égalité pour la défense des parties dans l'instance et pour la réussite du dialogue dans les règlements amiables. Il s'agit d'une garantie essentielle à sa bonne administration. Pour autant, peut-on véritablement évoquer un principe d'égalité des *armes* au sein des règlements amiables ?

534. Difficile application du principe de l'égalité des armes dans les règlements amiables en raison d'une terminologie inadaptée. Affirmer que le principe de l'égalité des armes trouve une assise dans les règlements amiables des différends est assez paradoxal. En effet, la terminologie crée le doute : une égalité des *armes*. Or, dans le processus amiable, il n'est en aucun cas question d'armes. Les règlements amiables démontrent, au contraire, l'ambition de résoudre un différend sereinement par le dialogue et l'écoute de l'autre²⁰⁶². Pour autant, la conceptualisation guerrière attribuée à ce principe de l'égalité des armes s'applique-

²⁰⁵⁸ CEDH, 27 oct. 1993, *Dombo Beheer c. Pays-Bas*, req. n° 14448/88, § 33 ; *Gaz. Pal.* 1994. 460 – CEDH, 22 févr. 1996, *Bulut c. Autriche*, req. n° 17358/90, § 47 – CEDH, 23 oct. 1996, *Ankerl c/ Suisse*, req. n° 17748/91, § 38 ; *JCP* 1997. I. 4000, n° 21, obs. SUDRE – CEDH, 18 mars 1997, n°22209, *Foucher c. France*, req. n° 22209/93, § 34 – CEDH, 12 mai 2005, *Öcalan c. Turquie*, req. n° 46221/99, § 140 – CEDH, 26 janv. 2017, *Faig Mammadov c. Azerbaïdjan*, req. n° 60802/09, § 19.

²⁰⁵⁹ G. COHEN-JONATHAN, « L'égalité des armes selon la Cour européenne des droits de l'homme », *LPA*, 2002, n° 238, p. 21.

²⁰⁶⁰ S. GUINCHARD et a., *Droit processuel, op. cit.*, pp. 1172 s.

²⁰⁶¹ B. OPPETIT, *Philosophie du droit*, Dalloz, Coll. « Bibliothèque Dalloz », 2022, p. 117.

²⁰⁶² Bien que les mots soient régulièrement considérés comme des armes : « Il sait que le mot juste atteint plus sûrement la cible que l'arme la plus perfectionnée », Rolland JACCARD, à propos de Wittgenstein.

t-elle au procès ? Comment appréhender cette notion d'« armes » ? Il s'agit d'une référence historique, mais anachronique, dans le sens où elle évoque les combats judiciaires du Haut Moyen Âge qui opposaient des hommes munis d'épées. Or, toute forme contemporaine de procédure de résolution des différends, à laquelle est appliquée ce principe processuel fondamental, est instituée pour résoudre pacifiquement les conflits²⁰⁶³. Dès lors, et ainsi que le reconnaît Monsieur le professeur Emmanuel JEULAND, « on peut regretter l'usage d'une consonance guerrière »²⁰⁶⁴. Si les règlements amiables sont bien éloignés de cette vision du combat, l'auteur affirme également qu'« il faudrait cesser de parler de perdant et de gagnant du procès comme s'il s'agissait d'une guerre ou d'un jeu »²⁰⁶⁵. La formulation du principe se trouve ainsi éloignée non pas seulement des règlements amiables, mais également des règlements contentieux. Il est alors opportun de comprendre l'application du principe de l'égalité des armes comme une égalité de la défense des justiciables dans le procès et comme une égalité des discours dans le processus amiable. Outre la terminologie proprement dite, l'application du principe de l'égalité des armes se trouve altérée en raison de ses objectifs.

535. Difficile application du principe de l'égalité des armes dans les règlements amiables en raison d'objectifs discordants. Certains auteurs précisent que « le respect de l'égalité des armes est la condition d'une égalité des chances (d'emporter la conviction) devant un juge »²⁰⁶⁶. Appréhendé ainsi, le principe de l'égalité des armes ne peut être applicable aux règlements amiables. En effet, les parties ne tentent pas de convaincre le médiateur (ou le conciliateur), mais œuvrent conjointement afin de trouver un accord mutuellement satisfaisant. Pour autant, l'égalité des armes est définie « positivement, comme la garantie d'un équilibre procédural complet, et négativement, comme la traque de toute forme d'inégalité injuste, de désavantage ou de privilège d'une partie au détriment d'une autre »²⁰⁶⁷. Il convient alors de s'assurer qu'une partie au processus amiable « n'est pas désavantagée par la crainte que pourrait lui inspirer l'autre partie »²⁰⁶⁸. À défaut, dans le cas d'un abus de supériorité d'une partie sur l'autre, ne peut-on considérer que l'inégalité manifeste prive la partie faible de l'éventualité favorable d'une résolution équitable du différend à l'amiable et, de ce fait, d'un évitement du juge ? Il peut en effet exister un déséquilibre économique flagrant entre les parties, notamment

²⁰⁶³ V. J.-H. ROBERT, « L'égalité des armes », *Droit pénal*, n° 12, Déc. 2002, 12.

²⁰⁶⁴ E. JEULAND, *Droit processuel général*, op. cit., n° 233, pp. 344-345.

²⁰⁶⁵ *Ibid.*

²⁰⁶⁶ S. GUINCHARD et a., *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, op.cit., n° 813, p. 1501.

²⁰⁶⁷ A. LEMASSON, « Justice internationale pénale : procédure », *Rép. Dr. pén. et proc. pén.*, oct. 2019, n° 219.

²⁰⁶⁸ L. CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, op. cit., p. 139.

selon la taille de l'entreprise, ou encore dans le cadre d'une relation entre un donneur d'ordre et un sous-traitant. Il peut également exister un déséquilibre procédural, notamment lorsqu'une partie n'est pas assistée par un avocat. Ce déséquilibre entre les parties peut dès lors heurter le principe selon lequel elles disposent des mêmes opportunités d'une issue amiable de leur différend. Cela conduit ainsi à une rupture d'égalité et le droit à un règlement amiable est atteint dans sa substance.

536. Difficile application du principe de l'égalité des armes dans les règlements amiables en raison de sa nature pour partie contractuelle. Enfin, eu égard à la nature hybride du processus amiable, le droit des contrats doit être apprécié relativement aux déséquilibres possibles. *Quid* de l'emprise du droit des contrats à ce sujet ? Le droit des contrats pourrait tout d'abord reprendre ses droits en raison de la perte de chance de résoudre son différend à l'amiable. La perte de chance, notion consacrée par la Cour de cassation dans un arrêt en date du 18 mars 1975²⁰⁶⁹, se caractérise comme étant la privation d'une probabilité raisonnable de la survenance d'un événement positif ou de la non-survenance d'un événement négatif. L'abus de puissance de l'une des parties au processus amiable sur l'autre peut causer la disparition d'une éventualité favorable : celle d'aboutir à un accord amiable et d'éviter la saisine du juge. En droit de la responsabilité civile, le dommage doit être direct, personnel, actuel et certain²⁰⁷⁰. Le caractère direct nécessite d'étudier les causes du préjudice, c'est-à-dire d'analyser si le dommage découle de la faute commise. Le caractère personnel signifie que le préjudice invoqué doit être éprouvé par la victime elle-même. Le caractère actuel du dommage implique qu'il doit pouvoir être apprécié au jour où le juge statue. Il n'est pour autant pas nécessaire que la hauteur du préjudice soit déterminée au jour du jugement. Le dommage peut être futur, pour autant qu'il puisse être, lors du procès, précisément quantifiable²⁰⁷¹. Quant au caractère certain, il signifie précisément « que le dommage ne doit pas être simplement éventuel pour donner lieu à réparation »²⁰⁷². Cependant, la Cour de cassation admet qu'un préjudice peut être caractérisé s'il présente un caractère de probabilité suffisante : « la perte de chance implique seulement la privation d'une potentialité présentant un caractère de probabilité raisonnable et non un

²⁰⁶⁹ Cass., Crim., 18 mars 1975, n° 74-92.118, *Bull. crim.*, n° 79, p. 223.

²⁰⁷⁰ Selon la jurisprudence constante de la Cour de cassation, « la seule preuve exigible [est] celle d'un préjudice personnel direct et certain » : Cass., Civ. 2^e, 24 oct. 2019, n° 18-15.827 : *JurisData* n° 2019-019206 – Cass., Civ. 2^e, 12 nov. 1986, n° 85-14.486 : *JurisData* n° 1986-701939.

²⁰⁷¹ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Les obligations, 2. Le fait juridique*, par J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, 12^e éd., Sirey, 2007, § 136. ; Y. BUFFLAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil. Les obligations*, 17^e éd., Sirey, Coll. « Université », oct. 2020, spéc. p. 791.

²⁰⁷² M. BACACHE-GIBEILI, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, t. 5, *Economica*, coll. « Corpus Droit Privé », Traité de droit civil, 3^e éd., 2016, n° 11, spéc. n° 374.

caractère certain »²⁰⁷³. En revanche, dans les cas où l'établissement du dommage est trop aléatoire, les juges refusent de l'indemniser. On parle alors d'un dommage éventuel²⁰⁷⁴.

Aussi, comment apprécier le préjudice subi par la partie faible dans le cadre d'un processus amiable ? Peut-il être considéré comme certain alors que la résolution du différend à l'amiable est, elle-même, incertaine ? En effet, malgré le respect de l'équilibre de la procédure amiable, rien ne garantit la réussite de celle-ci. Les parties sont libres de s'accorder ou non. Pourtant, le fait d'être privé d'une égalité au sein du processus cause un risque supplémentaire de ne pas réussir le règlement du différend à l'amiable et de devoir se défendre devant le juge. Cette éventualité favorable – de résoudre son différend à l'amiable ou de ne pas saisir la justice étatique – dont est privé le justiciable pourrait alors être assimilée à une véritable perte de chance²⁰⁷⁵. La jurisprudence de la Cour de cassation tend en effet à reconnaître qu'à défaut d'être certain, le préjudice peut tout de même être indemnisé, à la condition que l'évènement favorable se serait probablement réalisé si la faute n'avait pas été commise²⁰⁷⁶. À titre d'illustration, a notamment été considérée comme perdue la chance, pour un candidat, de réussir à un examen ou à un concours, si un accident l'empêche de s'y présenter²⁰⁷⁷. Pour autant, force est d'admettre que la réussite n'était pas assurée. Dès lors, ce qui a été perdu ne présentait-il pas le caractère éventuel ? Dans le même sens, a été indemnisée la perte de chance de gagner un procès par la faute d'un avocat²⁰⁷⁸. Alors que le conseil avait laissé passer le délai pour interjeter appel, son client a été indemnisé même si la chance de réformation de jugement était faible. L'aléa judiciaire n'empêche dès lors pas l'indemnisation de la perte de chance. Cette souplesse s'explique car il ne s'agit pas d'accorder à la victime une indemnité égale aux conséquences de la réalisation effective de la chance perdue. Ce serait sinon supposer que le plaideur aurait assurément gagné son procès et le candidat obtenu son examen ou son concours. Il s'agit seulement de considérer la valeur de la chance perdue²⁰⁷⁹. La partie qui commettrait un abus, par le truchement du déséquilibre à son avantage, pourrait alors être tenue d'indemniser

²⁰⁷³ Cass., Civ. 3^e, 7 avr. 2016, n° 15-14.888.

²⁰⁷⁴ V. Cass., Civ. 1^{re}, 19 déc. 2006, *JCP G* 2007. II. 10052, note S. HOCQUET-BERG ; *D.* 2007, chron. p. 2897, Responsabilité civile, par Ph. BRUN et P. JOURDAIN, I, A, 1, par Ph. BRUN ; *RTD civ.* 2007, p. 352, obs. P. JOURDAIN ; *Resp. civ. et assur.* 2007, comm. n° 64, note Ch. RADE.

²⁰⁷⁵ V. not. Cass., Civ. 1^{re}, 22 mars 2012, n° 11-10.935 et 11-11.237, *Bull.* 2012, I, n° 68 : « Attendu que la perte de chance présente un caractère direct et certain chaque fois qu'est constatée la disparition d'une éventualité favorable ».

²⁰⁷⁶ Si tant est que les juges n'accordent pas une indemnité égale aux conséquences de la réalisation effective de la chance perdue.

²⁰⁷⁷ Cass., Civ. 2^e, 17 févr. 1961, *Gaz. Pal.*, 1961. I. 400.

²⁰⁷⁸ Cass., Civ. 1^{re}, 16 janv. 2013, *JCP* 2013. 1291, n° 1, obs. P. STOFFEL-MUNCK ; *D.* 2014. 50, obs. P. BRUN.

²⁰⁷⁹ V. F. TERRE, S. SILMER, Y. LEQUETTE et F. CHENEDE, *Droit civil. Les obligations*, 12^e éd., Dalloz, Coll. « Précis », 2018, n° 924, pp. 1005 s.

son partenaire en vertu de l'article 1240 du Code civil ; au titre notamment du gain de temps perdu eu égard à la prolongation de la procédure, des démarches effectuées afin de s'engager dans un processus amiable – qui a été un échec de sa propre cause –, et enfin des frais engagés dans le procès qui aurait pu être évité. Or, il reviendra à la partie victime de ce déséquilibre du processus amiable de démontrer, qu'à défaut de cette inégalité – dont l'autre participant a tiré parti – un accord aurait été conclu²⁰⁸⁰. Cependant, ce n'est pas tant l'inégalité qui est sanctionnée que l'abus commis par la partie forte au détriment de la partie faible²⁰⁸¹.

537. Le droit des contrats investit également le contexte de l'amiable en raison de la considération portée à l'autonomie de la volonté ; ce qui cause une autre difficulté à laquelle s'expose l'application de ce principe de l'égalité des armes. Nonobstant une importante évolution quant à l'appréciation du déséquilibre des contrats depuis la réforme de 2016, le législateur a maintenu l'absence de sanction de la lésion. En effet, aux termes du nouvel article 1168 du Code civil, « dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement ». Dès lors que le consentement des parties existe et n'est pas vicié, il est considéré que le déséquilibre contractuel entre les prestations est réputé avoir été accepté. La valeur de l'engagement libre l'emporte sur le déséquilibre contractuel. Il s'agit d'une application stricte de l'autonomie de la volonté selon laquelle les parties ont accepté le déséquilibre en connaissance de cause. L'application du principe de l'égalité des armes semble ainsi réfutée en raison de l'acceptation des parties. Or, *quid* lorsque les parties ne se sont pas engagées volontairement dans un processus amiable ? En effet, le développement des règlements amiables obligatoires impose de porter une attention d'autant plus précise à ce principe puisque l'argument du consensualisme et de l'acceptation des parties dès le début du processus amiable ne vaut plus. Plus encore, il est important de souligner que des exceptions au principe d'absence de sanction de la lésion ont été consacrées afin de préserver l'équilibre du contrat. Il existe des exceptions explicites prévues par les textes, telles que les actes accomplis par les mineurs ou les majeurs incapables, ainsi que des exceptions implicites afin de sécuriser les accords. C'est notamment le cas pour les contrats onéreux lorsque les engagements pris par les parties sont assortis d'une contrepartie illusoire ou dérisoire²⁰⁸², ou en présence d'un déséquilibre

²⁰⁸⁰ En effet, le plaideur n'ayant aucune chance d'obtenir la cassation d'un arrêt ne subit pas de dommage du fait que l'avocat au conseil ait omis de soutenir un pourvoi : Cass., Ass. plén., 3 juin 1988, n° 87-12.433, *Bull. Ass. plén.*, n° 6, p. 9, *Gaz. Pal.* 1988, 2, *Pan. Jur.* 180, *RTD civ.* 1989, 81, obs. P. JOURDAIN. La chance de succès doit alors être démontrée.

²⁰⁸¹ Cf. étude de la loyauté n°s 210 s. et *infra* n°s 596 et 606 s.

²⁰⁸² C. civ., art. 1169.

lésionnaire dû à un dol²⁰⁸³. Malgré l'importance apportée à l'autonomie de la volonté, l'équilibre est ainsi largement pris en considération.

Force est de constater les difficultés à reconnaître une parfaite application du principe de l'égalité des armes au sein des règlements amiables. Pour autant, le droit positif évolue et tend à attribuer une importance d'autant plus grande à ce principe d'égalité dans les rapports entre les justiciables. À l'instar de l'intégration du droit à un procès équitable dans le droit processuel, le déséquilibre des relations est apprécié attentivement et doit être corrigé. Le principe d'égalité des armes innerve ainsi les procédures de règlement des différends afin de rétablir l'équilibre nécessaire à la bonne justice.

2. Le rôle du principe de l'égalité des armes pour corriger les déséquilibres et garantir l'horizontalité des pouvoirs entre les parties

538. Principe de l'égalité des armes et système accusatoire. Le principe de l'égalité des armes implique qu'« aucun intervenant dans le procès ne doit bénéficier d'un statut hors norme lui permettant d'accéder à des informations ou à des preuves qui ne seraient pas mises à la disposition des autres parties »²⁰⁸⁴. Souvent confondu avec le principe de la contradiction²⁰⁸⁵, nul doute que le principe de l'égalité des armes est un principe autonome. Mettant en valeur les apports de ces deux principes, Madame le professeur Élisabeth ZOLLER justifie notamment que « la règle du contradictoire opère dans le champ de la procédure inquisitoire, celle de l'égalité des armes fait sens dans le champ de la procédure accusatoire »²⁰⁸⁶. Nonobstant l'archaïsme de ces deux modèles traditionnels, les réflexions doctrinales et jurisprudentielles relatives à cette distinction ont permis de forger le droit processuel actuel. En effet, les caractéristiques des procédures accusatoire et inquisitoire ont souvent été réduites à deux ensembles de variables opposées. La procédure accusatoire privilégie le rôle des parties²⁰⁸⁷. Ses traits juridiques sont

²⁰⁸³ C. Civ., art. 1137.

²⁰⁸⁴ J.-J. BARBIERI (dir.), *Procédure civile 20-21, Mémento pratique*, Levallois-Perret, éd. Francis Lefebvre, 2020, n° 1046.

²⁰⁸⁵ Les deux principes sont régulièrement envisagés de façon simultanée dans une même affaire. – Pour l'étude du principe du contradictoire v. *infra* n°s 557 s.

²⁰⁸⁶ E. ZOLLER, « Procès équitable et *due process* », *D.* 2007, p. 517.

²⁰⁸⁷ Ce régime a la particularité de responsabiliser les parties et de les rendre maîtresses de la procédure. En effet, ces dernières recherchent, apportent et discutent des preuves au soutien de leur cause. Le procès est alors perçu comme la chose des parties. Cette procédure accusatoire s'harmonise notamment avec les régimes démocratiques, ceux qui permettent aux citoyens de participer à la vie publique et qui accordent une place prééminente à l'individu et à ses droits au sein de la société. L'intérêt individuel est largement protégé et cette procédure s'accorde avec le développement de l'individualisme post-moderne (v. *supra* n°s 137 s.). L'encadrement juridique est alors minime au vu de l'importance donnée au sentiment populaire.

caractérisés par trois éléments fondamentaux, à savoir la publicité²⁰⁸⁸, l'oralité²⁰⁸⁹ et le contradictoire²⁰⁹⁰. *A contrario*, la procédure inquisitoire a pour objectif de rétablir l'ordre au sein de la société²⁰⁹¹. Ce modèle se caractérise par une procédure écrite²⁰⁹², secrète²⁰⁹³ et non contradictoire²⁰⁹⁴.

À cet égard, il apparaît que le principe du contradictoire comble les lacunes du système inquisitoire. Dans le cadre de la procédure pénale²⁰⁹⁵, par exemple, le délinquant dispose de la possibilité d'exposer ses arguments. Il n'est plus soumis au secret et le juge ne domine plus le déroulement de la procédure. *A contrario*, le principe de l'égalité des armes protège des défaillances de la procédure accusatoire. Le droit d'être à égalité neutralise tant la supériorité de l'État, que celle d'une partie par rapport à l'autre. L'horizontalité des pouvoirs de chacun est mise en relief. Certes, et à l'instar de l'étude du Professeur SPENCER²⁰⁹⁶, les lignes entre les deux systèmes se sont de plus en plus estompées en raison des emprunts mutuels d'une tradition à l'autre. Pour autant, les procédures amiables mettent en exergue un environnement procédural gouverné par les parties qui œuvrent pour la résolution de leur propre différend. La résolution amiable est ainsi la chose des parties, plus encore que ne peut l'être le procès²⁰⁹⁷. Le principe de l'égalité des armes trouverait alors à s'appliquer dans les règlements amiables avec plus de force que dans le procès, et ce, afin de rétablir les risques de déséquilibre inhérents aux relations *inter partes*. Bien que les parties fassent figure de juges de leur propre cause, un tiers peut intervenir pour les guider dans le dialogue. Le médiateur ou le conciliateur, en vertu de son

²⁰⁸⁸ Le caractère public fait référence à l'aspect démocratique, la justice est rendue en présence du peuple et sous son contrôle. Les questions de droit à trancher peuvent être résolues par tout homme de bon sens conscient de ses droits et de ses devoirs. Par conséquent, le recours à un technicien n'est pas nécessaire.

²⁰⁸⁹ Le caractère oral se justifie en raison d'une époque où l'écriture n'était pas encore répandue. Le débat entre les parties était nécessaire dans une quête de résolution du différend.

²⁰⁹⁰ Le caractère contradictoire de la procédure est aujourd'hui le principe essentiel de la procédure civile. Les deux adversaires dialoguent ensemble, s'écoutent et partagent leurs arguments devant un arbitre neutre qui enregistre leur contestation. – Pour une étude précise du principe du contradictoire, v. *infra* n^{os} 557 s.

²⁰⁹¹ Dans le cadre d'une procédure inquisitoire, le juge dirige le procès et les parties ne sont que peu considérées. Cette procédure tente davantage les dirigeants d'un État centralisé, notamment si le régime est à tendance autoritaire.

²⁰⁹² Il est dressé acte de chacun des événements qui se succèdent, aussi bien des constatations réalisées que des témoignages entendus, des déclarations des parties, y compris l'exécution de la sentence.

²⁰⁹³ Contrairement à la procédure accusatoire, la procédure inquisitoire est secrète dans la quasi-totalité de son déroulement. La publicité risque de troubler l'efficacité de la marche de la justice. Le système permet une répression énergique et rapide.

²⁰⁹⁴ Cette procédure n'est pas contradictoire du fait que le justiciable n'a qu'un rôle passif, la procédure est secrète à son égard. Les droits de la défense sont alors bafoués.

²⁰⁹⁵ Longtemps envisagée comme inquisitoire.

²⁰⁹⁶ J. R. SPENCER, « La procédure pénale française vue par un anglo-saxon » in *La procédure pénale en quête de cohérence*, sous l'égide de la Cour de cassation, Actes du cycle de conférences organisé à Paris du 19 janv. au 22 juin 2006, Paris, Dalloz, Coll. « Thèmes et commentaires », 2007, pp. 227 et s. – Pour les détails de la procédure pénale anglaise : J. R. SPENCER, *La procédure pénale anglaise*, PUF, 1998, Coll. « Que sais-je ? », 127 p.

²⁰⁹⁷ Cf. L. FLISE et E. JEULAND, *Le procès est-il encore la chose des parties ?*, IRJS éd., Coll. « Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc », t. 65, 2015, 162 p.

impartialité²⁰⁹⁸, doit veiller à ce que les parties soient traitées de manière égale. À ce titre, la Recommandation du Conseil de l'Europe sur la médiation civile affirme que « le médiateur devrait (...) veiller au respect de l'égalité des armes pendant le processus de médiation »²⁰⁹⁹. Le principe de l'égalité des armes apparaît, en ce sens, comme le corollaire du principe d'impartialité du tiers. Bien que l'affirmation de l'exigence de son respect se fasse à travers le rôle du tiers, force est de constater que le principe de l'égalité des armes est clairement reconnu dans la justice amiable. Il intervient en effet pour rétablir le déséquilibre découlant des rapports de force entre les parties au processus.

B) Les rapports de force entre les parties au processus amiable et le principe de l'égalité des armes

539. Corriger les déséquilibres. Dans *La guerre du Péloponnèse*, THUCYDIDE écrivait : « Dans le monde des hommes, les arguments de droit n'ont de poids que dans la mesure où les adversaires en présence disposent de moyens équivalents et que, si tel n'est pas le cas, les plus forts tirent tout le parti possible de leur puissance tandis que les plus faibles n'ont qu'à s'incliner »²¹⁰⁰. Certes, les arguments de droit ne sont pas les éléments primordiaux du discours des parties engagées dans un règlement amiable. Comme évoqué précédemment, les parties ont la liberté d'user des règles de droit ou non afin de résoudre leur différend²¹⁰¹. Le différend peut très bien être résolu par le biais d'une approche médiane, ou non-juridique. Or, dans ce contexte, le risque apparaît de voir la partie forte user de sa puissance pour désigner les règles applicables au règlement du différend en cause. En ce sens, le respect du principe de l'égalité des armes mérite une attention toute particulière.

Il n'existe aucune référence à l'égalité des armes dans la loi n° 95-125 du 8 février 1995, ni dans le Code de procédure civile. Or, la pratique des solutions négociées démontre qu'il faut se garder d'une approche naïve de l'égalité des armes contractuelle²¹⁰². Les relations interpersonnelles ainsi que les évolutions sociétales font apparaître l'existence d'inégalités

²⁰⁹⁸ Cf. *infra*, chap. dédié à l'exigence d'un tiers impartial n°s 700 s.

²⁰⁹⁹ Recommandation Rec(2002)10 du Comité des Ministres aux États membres sur la médiation en matière civile, 18 sept. 2002, pt. 12.

²¹⁰⁰ THUCYDIDE, *La guerre du Péloponnèse*, t. 2, Gallimard, 1964, p. 120.

²¹⁰¹ V. *supra* n°s 147 s.

²¹⁰² V. N. FRICERO, « Modes alternatifs de règlement des conflits et procès équitable », in *Libertés, justice, tolérance. Mél. en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 839-853, spéc. n° 8, p. 845.

entre les partenaires. Ces inégalités sont diverses. Elles peuvent être relatives à leur puissance économique ou à leur savoir technique. Elles entraînent un déséquilibre qui risque d'entraver la conciliation harmonieuse des intérêts des individus. La justice amiable doit ainsi envisager cette défaillance. Si les participants au processus amiable sont les artisans de celui-ci, la processualisation implique que les garanties fondamentales du droit processuel agissent tel un maître d'œuvre afin que la solution obtenue soit juste. Il ne s'agit pas d'imposer « une équivalence des prestations réciproques, un équilibre parfait des pouvoirs et un esprit caritatif de la part de cocontractants »²¹⁰³, sinon les parties seraient privées de toute liberté dans la résolution de leur différend et les modes amiables perdraient leur essence. Il s'agit davantage de « corriger les déséquilibres contractuels excessifs et abusifs qui n'ont d'autre justification qu'un rapport de force inégalitaire ou qu'un bouleversement des circonstances économiques »²¹⁰⁴. Dès lors la justice amiable est nécessairement saisie par le droit processuel et le principe de l'égalité des armes. Les parties doivent nécessairement disposer de moyens symétriques pour tenter de régler leurs conflits. À cet égard, certains ont pensé la « règle d'or » comme le fondement moral à la recherche d'équilibre contractuel²¹⁰⁵. Il s'agit d'une « réponse morale donnée à une menace de violence inhérente aux situations asymétriques des interactions humaines, lorsque quelqu'un exerce un pouvoir sur un autre »²¹⁰⁶. La logique de réciprocité, qui ressort de cette règle, permet de préserver le dialogue contemporain et de sauvegarder les intérêts de la partie la plus faible ; afin que soient respectées tant la dignité que la liberté de chaque partie dans le processus amiable.

Si en matière civile les inégalités sont exceptionnelles, il en est autrement en matière pénale, administrative, ou encore fiscale. Dans ces différents contentieux, l'intérêt de la société est privilégié à l'intérêt individuel. Les deux intérêts ne sont en effet pas sur le même plan et l'intérêt public s'impose parce qu'il est la chose publique, la *res publica*. Ainsi que le souligne le Doyen CORNU, « l'administration poursuit le bien public, la répression protège la société. La dette fiscale est impérative »²¹⁰⁷. En outre, le différend en cause oppose un simple citoyen à la puissance publique. La puissance publique est en effet partie prenante, qu'il s'agisse de l'autorité administrative, l'autorité judiciaire ou l'administration fiscale. Cette supériorité, inhérente à la puissance publique, crée ainsi un déséquilibre au sein de la relation tendant à

²¹⁰³ D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit. Mél. en hommage à François Terré*, op. cit., spéc. n° 31.

²¹⁰⁴ *Ibid.*

²¹⁰⁵ G. HILGER, « Règle d'or et équilibre contractuel », *LPA*, 5 nov. 2019, n° 221, p. 6.

²¹⁰⁶ J. MICHEL, « Règle d'or et logique d'équivalence », *Raisons politiques*, 2010/4, n° 40, p. 115.

²¹⁰⁷ G. CORNU, « Les modes alternatifs de règlement des conflits. Rapp. de synthèse », in *Rev. intern. de dr. comp.*, vol. 49, n° 2, avr.-juin 1997, p. 320.

résoudre le différend. Pour autant, des procédures alternatives ont tout de même réussi à se développer au sein de ces matières ; non sans difficulté.

540. La matière pénale : rapport entre le ministère public et l’auteur des faits. Dans le procès pénal, le ministère public jouit de prérogatives exorbitantes tout au long de la procédure pénale ; que ce soit pendant la phase de l’enquête, par le déclenchement des poursuites, jusqu’au jugement de l’action publique. Cette figure prééminente se perçoit également, lors du jugement, par la place qu’il occupe dans le tribunal. Les magistrats du parquet s’adressent au tribunal en prenant la parole debout. Ils sont ainsi placés à un niveau supérieur par rapport aux avocats. Cette différence de statut dans l’espace du prétoire a d’ailleurs été appréhendée comme une violation du principe de l’égalité des armes. Pour autant, la Cour européenne a répondu que « la circonstance dénoncée ne suffit pas à mettre en cause l’égalité des armes, dans la mesure où, si elle donne au ministère public une position “physique” privilégiée dans la salle d’audience, elle ne place pas l’“accusé” dans une situation de désavantage concret pour la défense de ses intérêts »²¹⁰⁸. L’essentiel réside dans la possibilité pour le justiciable de se défendre de manière équitable. Bien que l’égalité ne soit pas liée à l’identité des parties, il est indéniable que cet organe de la puissance publique, chargé de représenter les intérêts de la société tout entière, dispose d’une force inégale à celle de l’auteur des faits. En effet, « il jouit, en vérité, de prérogatives de nature à rompre l’égalité des armes »²¹⁰⁹. Or, en vertu du principe de l’opportunité des poursuites²¹¹⁰, ce dernier a la possibilité de mettre en œuvre une procédure alternative aux poursuites. Malgré l’antagonisme apparent de la logique d’intégration du consensus dans le champ de la répression²¹¹¹, les mesures alternatives aux poursuites ont largement investi la matière pénale. À l’image d’un mécanisme contre-intuitif, ces stratégies d’évitement du juge se sont développées dans cette matière pourtant hostile au règne de l’échange et des négociations. Néanmoins, cet essor des alternatives au juge dans la matière pénale revêt une certaine ambivalence. Un paradoxe apparaît tant au regard de la conciliation contestable avec les impératifs de justice qu’au regard de la faiblesse de l’une des parties au processus²¹¹². Celle-ci fait face à un accusateur, représentant de la société et garant de l’ordre public, et aux victimes. Au regard de ce

²¹⁰⁸ CEDH, 2 oct. 2003, *Morillon c. France*, n° 71991/01 – CEDH, 9 déc. 2003, *Chalmont c. France*, n° 72531/01 – CEDH, 31 mai 2012, *Diriöz c. Turquie*, n° 38560/04, § 25.

²¹⁰⁹ L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 10^e éd., LexisNexis, 2017, n° 355, pp. 294-295.

²¹¹⁰ CPP, art. 40-1.

²¹¹¹ Opposition entre les objectifs de l’action publique et les négociations réalisées lors d’une mesure alternative aux poursuites.

²¹¹² À ce titre, v. G. GINESTET, « Médiation pénale et justice restaurative. L’indispensable adhésion des parties à la médiation », art. préc.

déséquilibre, se pose la question de savoir quelle valeur accorder à cette mesure alternative à la justice étatique. En effet, quelles sont les conséquences de cette différence de statut entre le ministère public et les justiciables dans le cadre des mesures alternatives aux poursuites ? La pression subie par l'auteur des faits peut entraver son consentement²¹¹³. En outre, comme précédemment précisé, la médiation pénale n'emporte pas extinction de l'action publique²¹¹⁴. De ce fait, l'autorité publique conserve la main malgré la réussite de la procédure. Le ministère public détient ainsi les pleins pouvoirs sur ce processus. Dans un tel contexte, se pose alors la question de la place de l'égalité.

541. La matière administrative : rapport entre l'administration et l'administré. Le procès administratif, quant à lui, témoigne d'un rapport entre l'administré et l'administration. Ce rapport est d'autant plus inégalitaire que l'administration représente l'État et son pouvoir. Ainsi, « aux droits d'un individu souvent isolé, l'administré, s'oppose presque toujours la puissance d'une administration auréolée de son prestige et des nécessités supérieures, souvent tirées de l'ordre public, qu'elle est censée incarner »²¹¹⁵. À ce titre, elle est titulaire de prérogatives exorbitantes et d'un pouvoir discrétionnaire liés à sa puissance publique, qui la place dans une position de supériorité face au justiciable²¹¹⁶. Cette situation d'inégalité induit notamment le privilège du préalable²¹¹⁷. Le droit administratif apparaît de ce fait comme le droit des personnes structurellement inégales. L'omnipotence historique de l'administration et la perception d'un État tout puissant étaient ancrées dans la société et ont laissé une marque persistante. Il a, en effet, fallu attendre l'arrêt *Blanco* du 8 février 1873²¹¹⁸ pour qu'une véritable responsabilité de l'État soit enfin consacrée, et l'arrêt *Tomaso Grecco* du 10 février 1905²¹¹⁹ pour que le Conseil d'État reconnaisse la responsabilité pour faute de l'État. Jusque-là, l'État régnait en maître et se prévalait de l'adage de l'Ancien Régime selon lequel « le souverain ne

²¹¹³ Cf. *supra* n^{os} 315 s.

²¹¹⁴ V. *supra* n^o 413.

²¹¹⁵ J.-M. LE GARS, « Les méthodes d'instruction et d'examen des moyens de la requête – aspects français », *La rev. adm.*, 52^e année, n^o 7, Presses universitaires de France, 1999, p. 109.

²¹¹⁶ V. not. J. CHEVALIER, « Le droit administratif, droit de privilège ? », *Pouvoirs* 1988, n^o 46, p. 57.

²¹¹⁷ L'administration n'a pas besoin de l'autorisation du juge pour faire appliquer et exécuter ses actes administratifs unilatéraux. L'acte administratif est alors exécutoire sans contrôle préalable du juge sur sa légalité.

²¹¹⁸ T. confl., 8 févr. 1873, *Blanco*, Rec. Lebon, p. 63. Les faits de cet arrêt, fondateur en la matière, étaient les suivants : une enfant avait été renversée et blessée par un wagonnet d'une manufacture de tabac, exploitée en régie par l'État. Le père avait saisi les tribunaux judiciaires pour faire déclarer l'État civilement responsable du dommage, sur le fondement des articles 1382 à 1384 du Code civil. Le Tribunal des conflits attribua la compétence pour connaître du litige à la juridiction administrative.

²¹¹⁹ CE, 10 févr. 1905, *Tomaso Grecco*, Rec. Lebon, p. 139.

peut mal faire »²¹²⁰. L'État, qui représentait jusqu'alors la force correspondant à la « pure violence », a évolué pour incarner la puissance qui serait « une autorité légitime, c'est-à-dire fondée en droit »²¹²¹. Au regard du contexte dans lequel est né le droit administratif, le professeur Prosper WEIL énonçait notamment que « l'existence même d'un droit administratif relève du miracle »²¹²². L'État, jadis perçu comme l'émanation de Dieu sur terre, est désormais jugé par sa propre loi. Ainsi, envisager qu'une partie administrative – l'État ou l'une de ses collectivités – puisse s'entendre avec un citoyen et accepte de s'engager dans une procédure amiable conduit à penser que le miracle se perpétue. Pourtant, la mise en œuvre des règlements amiables en droit administratif nécessite une considération du principe de l'égalité des armes d'autant plus importante. La supériorité de l'administration lui permet de contrôler le déroulement de la procédure amiable. À cet effet, la médiation se déroulera selon les modalités qu'elle-même détermine. Pour illustration, selon ses intérêts, l'administration peut envisager de retarder l'échéance du processus alors même que le particulier aspire à un règlement rapide du différend. Or, si l'administration dispose de prérogatives de puissance publique, elle est également contrainte au respect de dispositions normatives précises qui se justifient au regard de l'intérêt supérieur qu'elle défend. Afin de maintenir l'ordre et la cohésion sociale, l'administration est subordonnée à un certain nombre de contraintes. De ce fait, si le déséquilibre de la relation entre l'administration et l'administré peut être dénoncé au titre des moyens d'actions et des privilèges qui sont reconnus à l'administration, la balance supporte un contrepoids en raison des sujétions qui lui sont imposées. L'administration n'est pas libre d'agir de manière autonome. Elle est « enserrée dans un corset de règles de compétence et de hiérarchie, fixées par les lois et les règlements, et auxquelles il n'est pas possible de déroger par un simple acte de volonté pour régler un différend, voire même pour faciliter les rapports des administrations avec les administrés »²¹²³. Au titre de ces règles contraignantes, les mécanismes

²¹²⁰ L'État, étant l'expression de la souveraineté, ne pouvait être déclaré responsable. Il était considéré que « *le propre de la souveraineté est de s'imposer à tous, sans qu'on puisse réclamer d'elle aucune compensation* », LAFERRIERE. L'administration répondait alors à un régime d'irresponsabilité et n'avait pas à réparer les dommages qu'elle causait.

²¹²¹ Notes n° 7 de Monsieur Gérard MAIRET, Chapitre III Du droit du plus fort, p. 71, in J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, Paris, Le Livre de poche, Coll. « Les Classiques de la philosophie », 2011, p. 267. Le professeur MAIRET met ici en exergue le constat réalisé par J.-J. ROUSSEAU selon lequel le « mot de droit n'ajoute rien à force ; il ne signifie rien du tout » (p. 71).

²¹²² P. WEIL, D. POUYAUD, *Le droit administratif*, 23^e éd., PUF, 2010, p. 5.

²¹²³ A. LYON-CAEN, « Les modes alternatifs de règlement des litiges en droit administratif », in *RID comp.*, Vol. 49, n° 2, avr.-juin 1997, p. 421.

de contrôle de l'administration sont omniprésents²¹²⁴. L'avenir de l'accord amiable est encore incertain du fait qu'il peut rester suspendu à la décision des organes de contrôle. La signature de l'accord par une collectivité locale reste subordonnée à l'autorisation de l'assemblée délibérante. Quant aux actes des collectivités territoriales, ils restent suspendus à l'acquiescement du représentant de l'État dans le département – le préfet – chargé d'en contrôler la légalité. La difficulté est alors d'autant plus grande de conclure un accord amiable en droit administratif.

542. La matière fiscale : rapport entre l'administration fiscale et le contribuable.

Enfin, les litiges fiscaux ont également été saisis par les modes amiables de règlement des différends. Précisément, « plus de 99 % des litiges opposant le contribuable à l'administration fiscale trouvent une solution non juridictionnelle, soit parce que le contribuable a accepté les rappels d'impôts, soit parce qu'une issue non contentieuse a permis de clore le différend »²¹²⁵. Outre les modes alternatifs au règlement des litiges qui peuvent se rattacher à la procédure de contrôle, à la procédure de rectification ou à la procédure contentieuse, il peut également être envisagé des modes amiables. Ces derniers soulignent davantage, encore, le dialogue entre le contribuable et l'administration dans la résolution du différend. La médiation et la conciliation, dans ce domaine, permettent un rapprochement entre ces deux parties et une meilleure compréhension de l'analyse retenue par le service des impôts. La faveur des modes amiables de règlement des différends en matière fiscale se traduit tout d'abord par le dépôt d'une réclamation auprès du centre des impôts. Postérieurement, si l'individu estime que sa demande n'a pas été traitée de manière satisfaisante, il a la possibilité de saisir le conciliateur fiscal départemental²¹²⁶ ou le médiateur des ministères économiques et financiers²¹²⁷. Enfin, la juridiction gracieuse regroupe l'ensemble des procédures qui permettent au contribuable

²¹²⁴ Cette absence de liberté totale de l'administration se justifie au regard de son aptitude à user des deniers publics. En effet, si l'administré dispose de son patrimoine comme il l'entend et peut, par conséquent, négocier de manière autonome, l'administration emploie les fonds versés par les contribuables au profit de l'intérêt général. Elle ne peut par conséquent en disposer librement et l'utilisation des fonds publics par l'administration lors de la conclusion d'un accord amiable nécessite le contrôle du comptable public et du contrôleur financier. Ce dernier a un rôle d'autant plus important concernant les dépenses de l'État du fait que toute transaction doit lui être soumise et que, conformément à l'article 5 de la loi du 10 août 1922, son examen portera sur « *l'exactitude de l'évaluation* ».

²¹²⁵ S. LAMBERT-WIBER, « Les Modes alternatifs au règlement des litiges fiscaux », *LPA*, n° 102, mai 2007, p. 8.

²¹²⁶ Le conciliateur fiscal départemental est issu de la mise en œuvre d'un programme d'engagements de qualité du service rendu à l'usager pris par les directions générales des impôts et de la comptabilité publique. Il s'agit du programme « Pour vous faciliter l'impôt : un programme des engagements », de 2004. Le conciliateur départemental se prononce sur toute question relative à l'assiette, au calcul ou au paiement de l'impôt. En revanche, il n'est pas compétent pour les litiges relatifs à un contrôle fiscal externe.

²¹²⁷ Décr. n° 2002-612 du 26 avr. 2002 instituant un médiateur du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie.

d'obtenir de l'administration une mesure de bienveillance²¹²⁸. En vertu de l'article L. 247, 3° du Livre des procédures fiscales, l'administration peut, par voie de transaction, accorder sur la demande du contribuable, une atténuation d'amendes fiscales, de majorations d'impôts et d'intérêts de retard²¹²⁹. Une fois la transaction conclue, le contribuable s'engage, en plus de verser la somme fixée par l'administration, à renoncer à toute procédure contentieuse née ou à naître visant les pénalités ou les droits qu'elle concerne²¹³⁰. Les concessions semblent ainsi plus grandes pour le contribuable que pour l'administration ; ce qui ne surprend guère en raison de la puissance de l'administration fiscale. Ainsi que le souligne le Doyen CORNU, « il s'agit évidemment ici d'alternatives institutionnalisées (sous la coupe d'une autorité administrative) et dominées – sans note péjorative – par sa bonne volonté. On fuit ou on diffère le contentieux, mais on n'échappe pas à l'État (on est très loin de la médiation libre) »²¹³¹. L'égalité des participants est un leurre. Elle est naturellement non respectée et la puissance publique conserve la maîtrise du processus amiable. Le Doyen CORNU affirmait ainsi « qu'en ces matières, les modes alternatifs ne sont pas dans leur “biotope”, dans leur milieu naturel d'épanouissement »²¹³². Pour autant, les règlements amiables se sont développés dans ses matières ; à tel point qu'ils y sont plus utilisés encore qu'en matière civile, qui est pourtant leur domaine de prédilection. Or, ce constat s'explique notamment par le fait que la puissance publique conserve une maîtrise certaine de la procédure.

543. Un déséquilibre inhérent aux relations sociales. Bien que le déséquilibre soit clairement apparent dans ces différentes matières, il peut également être présent en matière civile ou commerciale. En effet, les processus amiables réalisés entre un employeur et un salarié, ou encore entre une société et un consommateur, mettent en exergue une différence de puissance. Il est dès lors nécessaire de corriger ces déséquilibres inhérents aux rapports sociaux. Le droit au procès équitable intervient afin de rétablir l'équilibre nécessaire à toute procédure,

²¹²⁸ Ces mesures gracieuses peuvent consister en une remise totale ou partielle d'impositions, de pénalités et de frais de poursuites ou en une décharge totale ou partielle de la responsabilité des personnes tenues au paiement d'impositions dues par des tiers : v. G. ABATE et a., *Fiscal*, 6^e éd., LexisNexis, Lexis Pratique, 2021, p. 9903 et s., spéc. n° 9904 et s.

²¹²⁹ À la différence des remises et modérations, il est à noter que la transaction ne peut pas porter sur le principal de l'impôt et que les pénalités qu'elles visent ainsi que, le cas échéant, les impositions auxquelles elles s'ajoutent, ne doivent pas être définitives.

²¹³⁰ LFP, art. L. 251. – Monsieur le professeur Jean-Pierre CASIMIR indiquait, à ce titre, que « l'action fiscale est éteinte par l'exécution de la transaction. Les réclamations ou instances en cours deviennent alors sans objet », cité in J.-L. ROSSIGNOL, « Attention transaction ! Du recours à la transaction lors d'un litige avec l'administration fiscale », *LPA*, 17 févr. 2003, n° 34, p. 6.

²¹³¹ G. CORNU, « Les modes alternatifs de règlement des conflits. Rapport de synthèse », in *Rev. internationale de droit comparé*, vol. 49, n° 2, avr.-juin 1997, pp. 313-323, spéc p. 321.

²¹³² *Ibid.*, p. 320.

qu'elle soit amiable ou judiciaire. Il permet ainsi d'offrir aux justiciables la possibilité d'obtenir un accord équitable. Au déséquilibre factuel initial entre les parties au processus s'est substitué un équilibre dans la procédure amiable. Il n'est en effet pas concevable que le droit érige la non-équivalence en règle générale et institutionnalise des processus non-équitable. Les inégalités seront ainsi absorbées par le biais de remèdes procéduraux qui répondent à l'exigence du principe de l'égalité des armes.

Paragraphe 2 : Les remèdes pour garantir le principe de l'égalité des armes au sein des règlements amiables

544. Lutter contre l'inégalité contractuelle. La contractualisation des rapports sociaux met nécessairement en exergue des rapports de force entre les parties qui tentent de résoudre leur différend à l'amiable. Il est alors question de lutter contre cette inégalité contractuelle et d'éviter que la partie faible cède devant la volonté de la partie forte. Le tiers intervenant a, dès lors, un rôle essentiel à jouer. Les parties doivent en effet détenir une information égalitaire sur le processus qui leur est proposé (A). D'autre part, la question de l'égalité émerge également au regard de l'assistance d'un professionnel du droit (B).

A) L'égalité dans la connaissance du processus amiable

545. Obligation d'information. Afin d'appréhender la procédure amiable, il importe que les parties aient une égale connaissance des méthodes du règlement des différends dans lequel elles s'engagent. Dans le cadre d'un règlement amiable, l'égalité des armes consiste, d'une part, en une égalité dans l'appréciation de l'opportunité d'une issue amiable du différend et, d'autre part, dans l'obtention d'informations concernant le processus en lui-même. Les parties qui s'engagent dans un règlement amiable doivent nécessairement avoir connaissance de la substance de cet « autre » processus apte à résoudre leur différend. La connaissance s'apparente notamment à l'« action ou l'acte (...) d'être informé de l'existence de quelque chose »²¹³³. Madame le professeur Natalie FRICERO affirmait ainsi la nécessité de faire peser sur le médiateur conventionnel « une obligation d'information égalitaire et effective des parties

²¹³³ CNRTL, v° « Connaissance », 2.

sur les éléments du différend, les enjeux de la solution, et le processus de négociation »²¹³⁴. L'auteur ajoutait que « l'accès égal aux informations constitue un enjeu démocratique »²¹³⁵. Cette obligation, qui pèse sur le tiers missionné, est de nature à favoriser la transparence et à sécuriser la procédure amiable pour l'ensemble des participants. En sus d'être garant de l'ordre public, le tiers crée un espace de confiance légitime entre les parties²¹³⁶. Pour ce faire, il est attentif au bon déroulement du processus et à la conclusion d'un accord équilibré. La solution trouvée ne doit pas satisfaire uniquement l'une des parties mais doit répondre aux besoins et intérêts de chacun des participants. Afin que le consentement des parties soit libre et éclairé, il est nécessaire que ces dernières soient renseignées de manière égalitaire. Aussi, le tiers doit-il s'assurer de la parfaite compréhension des parties. À ce titre, par exemple, si la langue employée dans le processus n'est pas familière de l'une des parties, cette dernière peut en pratique se trouver désavantagée si les propos ne sont pas traduits²¹³⁷. Pour répondre à cette problématique, les parties peuvent choisir deux langues, avec services d'interprétation. Les conseils du tiers seront alors essentiels dans les cas où l'ensemble des participants ne connaît pas la langue de la procédure amiable choisie initialement. La présence d'un traducteur dans ce cadre de l'amiable peut en effet s'avérer essentielle. Les modes amiables sont largement considérés comme un « agir communicationnel »²¹³⁸ naturel. Aussi, afin de favoriser le côté dialogique, il est important que la dimension interculturelle soit mise en avant, afin de rapprocher les parties. Or, chaque langue rend compte de la spécificité culturelle et psychologique d'une communauté. Il sera alors question, pour l'interprète, d'employer des moyens tels que la reformulation, la démonstration, l'explication ou la simplification. Les règlements amiables nécessitent une compréhension réciproque. À défaut, aucun accord ne pourra être retenu.

²¹³⁴ N. FRICERO et a., *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, op. cit., n° 221.123, p. 220 – v. aussi N. FRICERO, « Modes alternatifs de règlement des conflits et procès équitable » in *Libertés, justice, tolérance. Mél. en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, vol. 1, 2004, p. 845.

²¹³⁵ *Ibid.*

²¹³⁶ V. l'interview de J.-C. MAGENDIE : « Le médiateur doit veiller à ce que l'accord ne viole pas des règles d'ordre public ou qu'il n'intervienne pas au terme d'un processus qui ne serait pas conforme au principe d'égalité des armes », in C. SLOBODANSKY, « Quand la médiation vient au secours des chefs d'entreprise », *LPA*, n° 246, p. 3.

²¹³⁷ Cf. CESDH, art. 6 § 3, a. – CEDH [GC], 18 oct. 2006, *Hermi c. Italie*, req. n° 18114/02, § 68 – CEDH, 19 déc. 1989, *Kamasinski c. Autriche*, req. n° 9783/82, § 79 : Toutefois, cette même décision précise qu'une traduction verbale de l'acte d'accusation peut aussi donner suffisamment d'informations sur les charges si elle permet à l'accusé de préparer sa défense (§ 81). Le respect du droit à un procès équitable implique pour l'essentiel que le justiciable comprenne l'objet du différend.

²¹³⁸ En référence à la *Théorie de l'agir communicationnel* de Jürgen HABERMAS (*Théorie de l'agir communicationnel. Tomes 1 et 2*, Paris, Fayard, 1987 (1981)). L'auteur a reconstruit un modèle de rationalité basé sur la communication. L'agir communicationnel est ainsi lié à la façon d'être ensemble par le langage.

Également, l'article 76 de la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées²¹³⁹ prévoit que « devant les juridictions administratives, civiles et pénales, toute personne sourde bénéficie du dispositif de communication adapté de son choix. Ces frais sont pris en charge par l'État ». Il doit en être de même dans le cadre des règlements amiables des différends. À l'instar de l'article 23-1 du Code de procédure civile²¹⁴⁰, un interprète en langue des signes ou en langage parlé complété, ou toute personne qualifiée maîtrisant un langage ou une méthode permettant de communiquer avec les sourds doit être désigné lorsque l'une des parties au processus amiable est atteinte de surdité. Cette désignation pourrait alors être réalisée par le tiers, sauf dans le cas où la partie atteinte de surdité se présenterait assistée d'une personne de son choix en mesure d'assurer la communication avec elle et les autres participants au processus.

Alors que le déséquilibre apparaît dès l'ouverture de la procédure, le défaut de compréhension par l'une des parties la prive assurément de son droit d'accès à la justice. Tout comme la défense dans le procès, les négociations dans le cadre de la justice amiable ne pourront être assurées. Dès lors, la première étape nécessaire réside dans l'explication des contours du processus amiable, des méthodes et des enjeux. Le tiers donne les indications qui visent à faire comprendre le fonctionnement de la procédure aux parties. Ainsi, chaque partie, quelles que soient les tensions économiques qui peuvent exister, sera en mesure de réaliser des choix consentis et d'envisager la suite de la résolution de son différend en pleine connaissance de cause. L'information est l'étape préliminaire et essentielle au bon déroulement du règlement amiable. Elle assure le respect du principe de l'égalité des armes et de l'accès à la justice. Le tiers au processus participe de ce fait activement à la réussite du règlement amiable.

546. Participation active du tiers en cas d'inégalités entre les parties inhérentes à la procédure. Comme précisé précédemment, certaines matières mettent en exergue des rapports de force dans la relation *inter partes*. Cette situation est notamment observable dans le cadre de la procédure prud'homale, laquelle oppose un employeur et un salarié. Le conseil de prud'hommes tente, avant tout procès, de parvenir à un accord entre les parties. La procédure commence devant le bureau de conciliation et d'orientation²¹⁴¹ qui, en vertu de l'article R. 1454-

²¹³⁹ L. n° 2005-102 du 11 févr. 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, JORF n° 36 du 12 févr. 2005, texte n° 1.

²¹⁴⁰ CPC, art. 23-1 ; Décr. n° 2004-836 du 20 août 2004 portant modification de la procédure civile, art. 2. – À noter que ce dispositif de communication adapté est également prévu tout au long de la procédure pénale : v. CPP, art. 63-3 dans le cadre de la garde à vue, art. 121 dans le cas d'une instruction, art. 408 et 345 dans la phase de jugement. Les témoins sourds bénéficient également d'un interprète que ce soit lors de la phase d'enquête, d'instruction ou de jugement (CPP, art. 102, 345, 408 et 443).

²¹⁴¹ C. trav., art. L. 1454-1 à L. 1454-3 et R. 1454-7 à R. 1454-18.

10 du Code du travail, « entend les explications des parties et s’efforce de les concilier »²¹⁴². Lors de cette tentative de conciliation, chaque partie est ainsi invitée à exposer ses arguments. Or, la matière prud’homale est source d’inégalités entre les parties en conflit. Ainsi, la Chambre sociale de la Cour de cassation a insisté sur la « participation active » du bureau de conciliation dans le cadre d’une procédure prud’homale, qui se traduit par une obligation d’informer les parties de leurs droits²¹⁴³. La Chambre sociale a affirmé que « la conciliation, préliminaire obligatoire de l’instance prud’homale, est un acte judiciaire qui implique une participation active 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 ; que si ces conditions de validité du procès-verbal de conciliation ne sont pas remplies, la juridiction prud’homale peut être valablement saisie »²¹⁴⁴. L’égalité dans la connaissance du processus et des droits de chaque partie revêt une importance essentielle sur le déroulement de la procédure prud’homale. En effet, le défaut d’information crée un déséquilibre tel que l’accord ne sera pas valide. L’égalité des parties au processus prime alors sur la liberté. Sans une pleine conscience des conséquences de son engagement personnel et de ses droits, le justiciable ne peut être considéré comme libre d’agir. Ainsi, l’égalité des armes contractuelle permet la libre expression des parties. La liberté peut alors être envisagée comme le corollaire de l’égalité de la connaissance.

Dans le même sens, le déséquilibre mis en lumière dans le cadre d’une médiation de la consommation a conduit à leur règlementation par les articles L. 611-1 et suivants du Code de la consommation. En effet, la médiation de la consommation met en présence un professionnel et un consommateur. Il est alors essentiel que le droit et le tiers intervenant régulent ce déséquilibre inhérent au rapport établi.

Si les règlements amiables permettent aux parties de régler de manière autonome leur différend, ils ne doivent pas avoir pour effets d’éluder des droits fondamentaux protégés. Afin de reconnaître clairement les contours du processus amiable et d’assurer l’égalité de la connaissance des parties au processus, certains règlements amiables imposent une formalisation de l’engagement.

²¹⁴² C. trav., art. R. 516-13 ancien.

²¹⁴³ Cass., Soc., 28 mars 2000, n° 97-42.419, Bull. 2000, V, n° 135, p. 103 : *D.* 2000. 537, note J. SAVATIER – Cass., Soc., 5 déc. 2007, n° 06-40. 634, *RDT* 2008. 119, note E. SEVERIN.

²¹⁴⁴ Cass., Soc., 28 mars 2000, préc.

547. Formalisation de l'engagement pour un équilibre informationnel. Les modes amiables sont consensuels et l'oralité est privilégiée. Dès lors, le discours du médiateur doit être informatif. Il doit être clair, précis et compréhensible pour l'ensemble des parties. Se pose pourtant la question de savoir si, dès le début du processus, les parties devraient formaliser par écrit leur engagement dans le processus amiable. La formalisation de la volonté des parties de s'engager conventionnellement dans un règlement amiable permet de clarifier le processus et de fournir une ligne directrice en vue de la résolution du différend. Pour autant, cette première étape limite le comportement des parties, elle est « de nature à cristalliser le litige »²¹⁴⁵. La formalisation s'oppose alors à l'environnement des règlements amiables qui est hostile à l'enserrement et à la délimitation. En effet, le processus amiable se retrouve enfermé dans des limites étroites qui peuvent causer son échec. Certains auteurs affirment, malgré tout, qu'il y a « beaucoup à gagner d'un exposé relativement précis des termes du litige »²¹⁴⁶. L'information fournie par le biais de ces directives préalables au processus amiable contribue à la « pérennité »²¹⁴⁷ du règlement amiable en ce qu'il permet d'établir clairement son objet et d'éviter de futurs contentieux relativement à son interprétation. Plus encore, la clarté de l'information donnée permet de s'assurer du caractère non-équivoque de la renonciation au droit au juge. Les parties ont conscience des conséquences de leur engagement sur leur action en justice. Leur engagement est ainsi réalisé en connaissance de cause. Cette prise de conscience est utile au profane qui est informé, tout comme au sachant. L'établissement d'une explication écrite profite dès lors à l'ensemble des parties au processus. L'égalité des armes contractuelle est respectée grâce à l'information donnée et consacrée par le tiers.

548. Cette précision préalable au processus amiable est notamment effective dans le cadre de la convention de procédure participative prévue aux articles 2062 et suivants du Code civil. Il s'agit d'une « convention par laquelle les parties à un différend s'engagent à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend ou à la mise en état de leur litige »²¹⁴⁸. L'article 2063 du Code civil précise le contenu de cette convention écrite, à savoir le terme, l'objet du différend, les pièces et informations nécessaires à la résolution du différend ou à la mise en état du litige et les modalités de leur échange, ainsi que, le cas échéant, les actes contresignés par avocats que les parties s'accordent à établir. La procédure conventionnelle participative est alors conduite dans un cadre de négociations structuré par la

²¹⁴⁵ S. GUINCHARD et a., *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, op.cit., p. 1502.

²¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 1503.

²¹⁴⁷ *Ibid.*

²¹⁴⁸ C. civ., art. 2062.

convention. En effet, « la convention de procédure participative a pour objet de décrire et d'organiser la procédure qui sera suivie lors des discussions entre les parties »²¹⁴⁹. Les individus sont libres de soumettre à la procédure participative une partie ou leur entier différend. Pour autant, le périmètre de l'objet du litige est précisément appréhendé, ce qui implique un encadrement des discussions des parties. Les parties auront alors de manière égalitaire connaissance des contours et du déroulement de la procédure, dans le respect du principe de l'égalité des armes.

Or, il faut bien reconnaître que la règlementation de la procédure participative assistée par avocats est envisagée au regard de l'un de ses objectifs, qui est de se substituer à la mise en état judiciaire de l'affaire. En est-il de même des autres règlements amiables tels que la médiation et la conciliation ? Il est certain que la formalisation de l'engagement apporterait une clarté au processus, mais apporterait-elle l'efficacité recherchée ? Le principe de l'égalité des armes est en effet pleinement respecté dans un tel cas, mais l'essence des règlements amiables n'est-elle pas perturbée ? Le projet initial de la procédure ne doit pas être négligé. L'objectif est de résoudre le conflit humain dans son intégralité afin d'assurer une relation sereine entre les parties dans le futur. Aussi, cette nécessité d'informer les parties ne doit être appréhendée comme une contrainte et une limitation à la liberté inhérente aux règlements amiables. Elle doit au contraire permettre l'équilibre et l'efficacité de ces modes de résolution des différends. Chaque situation mérite alors une perception propre selon les besoins en présence, et le rôle du tiers revêt une importance d'autant plus essentielle. Il a en effet un véritable impact sur l'application du principe.

Outre cette égalité dans la connaissance du processus, se pose régulièrement la question de savoir si le principe de l'égalité des armes n'est pas menacé lorsque l'une des parties est accompagnée par un avocat dans le processus amiable et que l'autre se présente seule.

B) L'égalité par l'assistance d'un professionnel du droit

549. Situation de désavantage en raison de l'assistance ou non par avocat. En vertu du principe d'égalité des armes, toute partie doit avoir la possibilité raisonnable de participer au processus amiable « dans des conditions qui ne la désavantagent pas d'une manière

²¹⁴⁹ C. PEULVE, « La dimension processuelle de la procédure participative », *LPA*, 16 avr. 2012, n° 76, p. 6. – en référence à l'article 2063 du Code civil.

appréciable par rapport à la partie adverse »²¹⁵⁰. Comme précédemment évoqué, la terminologie d'« adversaire » n'est pas adaptée dans le cadre des modes amiables. En effet, l'amiable invite à un rapprochement entre les parties qui doivent agir non pas l'une contre l'autre mais ensemble pour trouver un accord qui satisfasse leurs intérêts mutuels. La naissance d'un différend provoque toutefois une atteinte dans la relation entre les deux parties. L'engagement et la bonne volonté de celles-ci dans le processus permettront ainsi de proscrire cette qualification contraire à l'ambition de l'amiable. Or, pour aboutir à la réussite de cette procédure, encore faut-il que les parties soient placées sur un pied d'égalité. À défaut, la nature même de la justice amiable « est remise en cause »²¹⁵¹. Aussi, ce principe de l'égalité des armes n'est-il pas menacé lorsque seule l'une des parties au processus amiable est accompagnée par un avocat ? Cette question peut être également envisagée dans le cadre d'une procédure étatique, lorsque la représentation n'est pas obligatoire²¹⁵².

Dans les procédures où la représentation par avocat n'est pas obligatoire, les parties peuvent se défendre elles-mêmes ou bien être représentées par un avocat, si elles le souhaitent. Dès lors, « il est normal de se demander si les procédures orales, de manière concrète, ne placent pas la partie qui fait le choix de comparaître sans avocat dans une situation de net désavantage par rapport à celle qui s'entoure des services d'un professionnel du droit »²¹⁵³. Dans de telles hypothèses, l'avocat conseille et protège les intérêts de son client. Précisément, dans le cadre du procès, il l'informe du déroulement de la procédure judiciaire et des règles de droit que le juge peut mettre en œuvre. Dans le cadre d'un règlement amiable, il l'aide à apprécier la pertinence de l'accord. La partie investie dans le processus est ainsi guidée et conseillée afin de co-élaborer un accord qui satisfera ses besoins et ses intérêts. L'autre partie, quant à elle, sera seule à envisager les conséquences de cet accord. Elle ne bénéficiera alors pas des mêmes conditions dans la résolution de son différend²¹⁵⁴. Quelle que soit la procédure envisagée, la

²¹⁵⁰ CEDH, 30 juin 1959, *Szwabowicz c. Suède*, req. n° 434/58, préc.

²¹⁵¹ M. REVERCHON-BILLOT, « La justice participative : naissance d'un vrai concept », *RTD Civ.* 2021, p. 297, spéc. n° 20.

²¹⁵² La loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 et le décret n° 2019-1333 du 11 déc. 2019 ont élargi la représentation obligatoire à de nouveaux domaines, tout en la déconnectant du caractère écrit de la procédure : S. AMRANI-MEKKI, « Décret n° 2020-1452 réformant (encore !) la procédure civile. Des corrections sans grands bouleversements », *JCP* 2020. 1404. Devant le tribunal judiciaire, le principe est désormais la représentation obligatoire : CPC, art. 760. Pour autant, la représentation par avocat n'est pas imposée dans un nombre limité d'hypothèses prévues à l'art. 761 du CPC. – v. not. G. MAUGAIN, « Assignation », *rep. Proc. civ.*, Dalloz, juill. 2021, n° 90 et s.

²¹⁵³ C. BOUTY, *Rép. pr. civ.*, v° « Procédure orale : dispositions communes », juill. 2020 (actualisation nov. 2020), n° 149 ; v. aussi E. TRAVIER et R. CROS, « Les procédures orales à l'aune de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme : mort ou résurrection ? », *Procédures*, 2007. 5, spéc. n° 10.

²¹⁵⁴ L'article 7.2 du Règlement intérieur national de la profession d'avocat (RIN) prévoit toutefois que « l'avocat seul rédacteur d'un acte veille à l'équilibre des intérêts des parties. Lorsqu'il a été saisi par une seule des parties, il informe l'autre partie de la possibilité qu'elle a d'être conseillée et de se faire assister par un autre avocat ».

Cour européenne n'a pas donné de réponse à cette interrogation. Certains auteurs estiment dès lors que dans de telles procédures, « la représentation par avocat reste possible et relève du libre choix de chaque partie, ce qui permet de soutenir qu'il n'y a pas de rupture d'égalité au plan théorique »²¹⁵⁵. Pourtant qu'en est-il sur le plan pratique ? Le Comité des droits de l'homme de l'ONU affirme clairement le caractère essentiel de l'assistance d'un avocat pour assurer le respect de l'égalité des armes. En effet, la première application de l'égalité des armes s'est faite à propos du droit à l'assistance d'un avocat en matière pénale²¹⁵⁶. Dans l'affaire *Robinson c. Jamaïque*²¹⁵⁷, le Comité souligne que l'absence d'un défenseur, même si, dans une certaine mesure, elle est imputable à l'accusé, rend le procès inéquitable. La volonté du justiciable est accessoire et le constat réalisé est objectif : l'absence d'assistance crée un déséquilibre. Le Comité poursuit en indiquant que « le refus du Président du tribunal d'accorder un renvoi pour permettre à l'auteur de bénéficier des services d'un défenseur soulève des questions d'équité et d'égalité devant les tribunaux ». De ce fait, la violation a été prononcée au nom de l'inégalité des armes. Alors que la liberté d'être assisté ou non au cours d'une procédure interroge quant au respect du principe de l'égalité des armes, une différence doit nécessairement être observée entre la procédure amiable et la procédure étatique de résolution des différends.

550. Importance du conseil dans le cadre de l'amiable. Dans le cadre de la justice étatique, le juge élabore la solution. Tout au long de la procédure, sa mission est de rechercher l'équilibre entre des enjeux et des intérêts de nature différente. Il œuvre afin de rétablir les déséquilibres qui peuvent subvenir entre les parties. Pour ce faire, il peut rétablir la balance en ordonnant des mesures d'instruction²¹⁵⁸ ou en relevant d'office des moyens de droit²¹⁵⁹. Le rôle du tiers dans les règlements amiables est totalement différent. En effet, les règlements amiables sont conduits par les parties elles-mêmes. Le tiers n'intervient ni pour trancher le différend, ni pour affirmer la solution qui lui semble la plus juste. L'objectif des parties n'est pas de convaincre le tiers mais de construire un accord ensemble afin de résoudre le différend qui les oppose. Le comportement des parties est alors plus important que dans le cadre d'une procédure étatique. Le juge qui, lors du procès, sert de garde-fou aux malversations et aux influences

²¹⁵⁵ C. BOUTY, *Rép. pr. civ.*, v° « Procédure orale : dispositions communes », juill. 2020 (actualisation nov. 2020), n° 150, cité in M. REVERCHON-BILLOT, « La justice participative : naissance d'un vrai concept », art. préc., n° 20.

²¹⁵⁶ Il est à noter que les constatations réalisées sont rendues en matière pénale, mais la généralité de leurs formules les rend transposables à la matière civile.

²¹⁵⁷ Constatation du 30 mars 1989, aff. n° 223/1987, *Robinson c. Jamaïque*, A/44/40, p. 250.

²¹⁵⁸ CPC, art. 10 et 143 à 284-1.

²¹⁵⁹ V. not. CPC, art 125 concernant la possibilité, pour le juge, de relever d'office les fins de non-recevoir. Le juge doit cependant, au préalable, inviter les parties à présenter leurs observations en vertu du principe du contradictoire : v. en ce sens Cass, Civ. 2^e, 13 oct. 2016, n° 15-25.995, note M. KEBIR.

négligentes entre les parties, n'est pas présent au processus amiable. Le tiers, quant à lui, agit en tant qu'accompagnateur des parties pour un bon déroulement du processus. À ce titre, le déséquilibre entre les statuts des participants peut avoir des conséquences bien plus importantes sur la solution du différend que celui pouvant exister dans le cadre d'une procédure judiciaire. L'application de l'égalité des armes mérite ainsi une attention plus particulière encore dans le cadre des règlements amiables. En effet, la partie faible qui se présente seule, sans avocat, peut être influencée par l'autre partie qui est accompagnée d'un professionnel du droit. Le conseil dispose de compétences acquises, telles que des compétences analytiques précises, une aptitude à s'exprimer et à se faire comprendre. Il est également doté d'une capacité à évaluer la faisabilité d'une solution. L'avantage est alors certain pour la partie assistée. Elle est plus disposée à proposer une solution réalisable et à son avantage. Le profane peut ainsi être influencé et acquiescer à des concessions qu'il n'aurait peut-être pas acceptées s'il avait été accompagné. Force est alors de constater que la liberté de choix d'être assisté occulte la garantie processuelle de l'égalité des armes, et l'équilibre de la procédure amiable. Les parties au processus sont privées d'un dialogue équitable. Aussi, deux questions se posent : d'une part, la liberté de ne pas être assisté est-elle une liberté réelle si les parties n'ont pas connaissance des conséquences d'un tel choix ? D'autre part, dans ce contexte, et afin de rétablir ce déséquilibre, doit-il être envisagé d'imposer une assistance par avocat obligatoire ?

551. La liberté d'être assisté. Afin de répondre à la première question, il convient de rappeler que le règlement amiable est présenté comme un lieu de paroles et de paix afin de résoudre le différend en cause sereinement. Pour autant, l'attitude des parties mérite d'être examinée précisément. Ainsi que le rappelait le Doyen CARBONNIER une distinction doit être opérée entre « les coups bas » et « les simples ruses de guerre »²¹⁶⁰. La prudence est de mise dans le cadre des règlements amiables et le principe de l'égalité des armes permet de corriger les déséquilibres qui peuvent compromettre la réussite du processus. Afin que celui-ci aboutisse à un accord équitable, il est souhaitable que les parties soient placées dans une situation identique : accompagnées d'un avocat ou non. À ce titre le dernier alinéa de l'article 131-7 du Code de procédure civile, ajouté par le décret n° 2022-245 du 25 février 2022²¹⁶¹, précise que « les parties peuvent être assistées devant le médiateur par toute personne ayant qualité pour le

²¹⁶⁰ J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, PUF, Thémis, 26^e éd., 1999, n° 188, p. 363 : « si les coups bas sont interdits, les simples ruses de guerre ne le sont pas ».

²¹⁶¹ Décr. n° 2022-245 du 25 févr. 2022 favorisant le recours à la médiation, portant application de la loi pour la confiance dans l'institution judiciaire et modifiant diverses dispositions, JORF n° 0048 du 28 févr. 2022, art. 1^{er}.

faire devant la juridiction qui a ordonné la médiation ». Or, les conseils d'un professionnel du droit ont un coût.

552. En vertu de l'article 10 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique, l'avocat peut être rétribué au titre de l'aide juridictionnelle²¹⁶² en matière de transaction et d'accord conclu dans le cadre d'une procédure participative. En outre, l'avocat peut également être rétribué lorsqu'il saisit une juridiction aux fins d'homologation d'un accord intervenu à l'issue d'une médiation conventionnelle et lorsqu'il intervient dans le cadre d'une médiation judiciaire²¹⁶³. Lorsque le juge ordonne une mesure de médiation, le montant de la majoration au profit de l'avocat est de 12 UV pour les missions relatives aux procédures de divorce par consentement mutuel judiciaire, aux autres cas de divorce, aux procédures en matière de droits des personnes, prud'hommes, baux d'habitation, autres matières civiles et appel²¹⁶⁴. Cette majoration du nombre d'unités de valeur en matière de médiation pour la rémunération de l'avocat a néanmoins été modulée par le décret n° 2021-810 du 24 juin 2021 en faisant une distinction entre médiation ayant donné lieu à un accord (12 UV) ou non (6 UV)²¹⁶⁵. Cette revalorisation ne concerne cependant que les médiations ordonnées par le juge, dites judiciaires²¹⁶⁶. Outre ces différences concernant le montant de la rétribution de l'avocat selon la mission de médiation entreprise, les textes restent silencieux pour les cas où la médiation intervient en dehors de toute procédure judiciaire. Le Défenseur des droits, dans son avis n° 19-09 du 27 mai 2019, préconisait alors « l'extension de l'aide juridictionnelle à la médiation conventionnelle obligatoire préalable à la saisine de la juridiction même lorsqu'elle ne donne pas lieu à une homologation judiciaire en l'absence d'offre publique gratuite »²¹⁶⁷. Dans le même sens, le groupe de travail sur la « simplification de la justice civile » recommande vivement, dans son rapport remis au comité des États généraux de la justice, une harmonisation

²¹⁶² Cf. *supra* nos 325 s.

²¹⁶³ V. Décr. n° 91-1266 du 19 déc. 1991 portant application de la loi n° 91-647 du 10 juill. 1991 relative à l'aide juridique, JORF 20 déc. 1991, art. 118-9 et s., en application de l'article 42 de la loi de finances pour 2016 (L. n° 2015-1785, 29 déc. 2015, JORF 30 déc.). – modif. par le décr. n° 2019-1064 du 17 oct. 2019, art. 7 et abrogé par le décr. n° 2020-1717 du 28 déc. 2020 portant application de la loi n° 91-647 du 10 juill. 1991 relative à l'aide juridique et relatif à l'aide juridictionnelle et à l'aide à l'intervention de l'avocat dans les procédures non juridictionnelles, préc. – V. aussi Circ. min., 20 janv. 2017, relative à la prise en charge de la médiation au titre de l'aide juridique, NOR : JUST1702035C, BOMJ n° 2017-2, 28 févr. 2017.

²¹⁶⁴ Décr. n° 91-1266, 19 déc. 1991, art. 90 et 118-9 modifiés : modification de 4 UV à 12 UV (Décr. n° 2020-1717, 28 déc. 2020, annexe I).

²¹⁶⁵ Décr. n° 2021-810, 24 juin 2021, portant diverses dispositions en matière d'aide juridictionnelle et d'aide à l'intervention de l'avocat dans les procédures non juridictionnelles, JORF 26 juin 2021, texte n° 11, art. 20, modifiant les tableaux annexés de Décr. n° 2020-1717, 28 déc. 2020.

²¹⁶⁶ À noter que les médiations engagées dans le cadre de la tentative de médiation familiale préalable obligatoire expérimentée dans certaines juridictions, sont assimilées à des médiations judiciaires, et bénéficieront de la revalorisation.

²¹⁶⁷ Avis du Défenseur des droits, J. TOUBON, n° 19-09, Paris, 27 mai 2019, I, 3, p. 7.

des UV d'aide juridictionnelle quel que soit le résultat de la médiation, y compris lorsque la médiation n'est pas suivie d'une saisine en homologation²¹⁶⁸.

553. L'application de l'aide juridictionnelle tant pour les procédures étatiques que pour les procédures amiables conduit à remédier au déséquilibre créé au regard de la non-assistance de l'une des parties. Dans un tel contexte, le coût financier n'est plus un obstacle au respect de l'équilibre de la procédure amiable et au principe de l'égalité des armes. Les parties, si elles souhaitent être assistées lors de la procédure amiable, sont en mesure de bénéficier des services d'un avocat. Il est dès lors reconnu l'opportunité de suivre la recommandation du Défenseur des droits dans son avis de 2019 précité et du groupe de travail sur la « simplification de la justice ». L'extension de l'aide juridictionnelle permettrait un véritable accès à une justice amiable équitable.

Dans l'attente, pour les médiations judiciaires et les médiations conventionnelles donnant lieu à la saisine du juge pour homologation, la seule cause du déséquilibre réside dans la volonté exprimée de l'une des parties de ne pas être accompagnée par un avocat dans le processus amiable. Dans cette hypothèse, le déséquilibre est certain mais accepté. Cette acceptation doit pour autant être réelle, dans le sens où l'individu doit être conscient des conséquences de ce choix. Il est alors essentiel que l'information donnée relativement auxdites conséquences soit claire et précise. Le renvoi peut être ainsi réalisé à la prééminence de l'obligation d'information²¹⁶⁹. L'information est la règle d'or de l'équilibre tant contractuel que processuel.

554. Vers l'imposition d'une assistance obligatoire ? La deuxième question posée conduit à envisager un moyen pour éviter ce risque de déséquilibre par le biais d'une obligation d'être assisté par un avocat. En effet, imposer l'assistance par avocat dans le cadre des règlements amiables, tout comme cela existe dans le cadre de certaines procédures étatiques, permettrait de résoudre la difficulté du défaut d'équilibre. En outre, cette réglementation serait un moyen d'impliquer davantage les professions du droit dans la justice amiable. Les avocats

²¹⁶⁸ Groupe thématique *Simplification de la justice civile*, rapp. remis au comité des États généraux de la justice le 1^{er} févr. 2022, (Annexe 12 - Rapp. du groupe de travail sur la simplification de la justice civile), proposition n° 8, p. 76 (à ce sujet, v. aussi *supra* n° 327). – Plus encore, dans un objectif incitatif, le groupe de travail propose de mettre en place une fixation des UV plus favorable lorsque l'avocat accompagne un mode amiable que lorsqu'il assiste ou représente un justiciable pour l'obtention d'un jugement.

²¹⁶⁹ Cf. *supra* n° 545.

participeraient davantage et seraient acteurs de ces autres formes de traitement des conflits²¹⁷⁰. Cependant, la rigidité d'un tel choix peut être critiquable. Les règlements amiables risqueraient de se réaliser entièrement par le biais des professionnels du droit et l'idéologie libérale selon laquelle le processus est aux mains des citoyens serait bafouée²¹⁷¹. De plus, cette situation est déjà envisagée dans le cadre de la procédure participative. Une étude du droit comparé permet d'envisager une situation médiane eu égard à ce questionnement.

Le droit italien opère, en effet, une distinction entre les règlements amiables avec l'assistance d'un avocat et les médiations réalisées entre les parties seulement. Dans le cadre des médiations préalables obligatoires²¹⁷², l'assistance d'un avocat est obligatoire²¹⁷³. Cependant, elle n'est pas obligatoire dans les cas de médiation facultative²¹⁷⁴. Les médiations obligatoires institutionnalisées sont ainsi plus encadrées et garantissent précisément le respect de l'égalité des armes par le biais d'une assistance obligatoire. Le droit positif français ne donne, quant à lui, aucune précision sur ce point. En effet, l'article 750-1 du Code de procédure civile, qui posait jusqu'à récemment le cadre de la tentative de règlement amiable préalable et obligatoire à toute saisine du juge, était silencieux sur l'assistance d'un avocat lors de la phase amiable.

Cette obligation de recourir à un règlement amiable avant toute saisine du juge crée une communion affirmée entre une phase amiable imposée et l'éventuelle phase judiciaire postérieure. Or, le principe de l'égalité des armes n'est pas pleinement garanti. Cette lacune législative impose de prévenir les déséquilibres par d'autres moyens, comme par l'application

²¹⁷⁰ Cela en réponse à la volonté de Monsieur le Président de la République Emmanuel MACRON lors du lancement des États généraux de la justice, 18 oct. 2021 : « je pense que les autres professions du droit, comme les avocats, peuvent aussi contribuer en envisageant de nouvelles missions ou une participation à ces médiations, à ces conciliations d'être aussi des acteurs de ces nouvelles formes de traitement des conflits. Envisager de nouvelles perspectives ».

²¹⁷¹ À ce sujet, v. CJUE, 14 juin 2017, *Livio Menini et Maria Antonia Rampanelli c. Banco Popolare Società Cooperativa*, aff. C-75/16 ; cf. n° 304.

²¹⁷² D. Lgs. 28/2010, 4 mars 2010, G. U. 5 mars 2010, art. 5.1 : « Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, è tenuto, assistito dall'avvocato, preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ... ».

²¹⁷³ D. Lgs. 28/2010, art. 8 – La représentation est également obligatoire lorsque la médiation est ordonnée par un juge, en vertu de l'article 5.2 du Décret législatif précité. ; v. Circolare Ministero della Giustizia del 27 nov. 2013. – Si une réforme civile d'ampleur est prévue en Italie, et sera opérationnelle à partir du 30 juin 2023, l'assistance de l'avocat est encore considérée comme indispensable lorsque la médiation est obligatoire ou ordonnée par un juge. En outre, un nouveau Chapitre II bis inséré au D. Lgs 28/2010 sera consacré à l'aide juridique dans la médiation obligatoire permettant la gratuité, lorsqu'un accord est conclu, pour la partie qui rencontre des difficultés financières et qui a besoin de l'assistance d'un avocat.

²¹⁷⁴ V. D. Lgs. 28/2010, préc., art. 12, trad. « Lorsque toutes les parties participant à la médiation sont assistées par un avocat... ». Ainsi, dans la médiation facultative, les parties peuvent participer sans l'assistance d'un avocat.

d'autres principes du procès et notamment la loyauté des parties²¹⁷⁵. Il doit être rappelé que le respect du droit à un procès équitable est apprécié dans l'ensemble de la procédure, dans toutes ses phases, c'est-à-dire la phase amiable et la phase judiciaire. Ainsi, l'assistance par avocat est l'un des remèdes aux possibles déséquilibres.

555. Synthèse relative au principe de l'égalité des armes. Le modèle démocratique français est fondé sur l'État de droit, qui passe par l'État de justice. Agir pour renforcer la justice est annoncé comme un « combat essentiel », un « combat de civilisation »²¹⁷⁶. Pour ce faire, il est question d'apprécier les contours des procédures afin que celles-ci soient équitables pour chacun, tel que le promeut l'article 6 § 1 de la Convention européenne. Chaque individu a droit à une procédure équitable. Or, les inégalités de faits sont loin d'épargner la procédure.

Ainsi que le reconnaissait le philosophe de la justice RAWLS, les inégalités sont inévitables au sein de la société²¹⁷⁷. Dès lors, il affirmait la possibilité « d'objecter que l'égalité ne peut être basée sur des attributs naturels. Il n'y a pas de caractéristique naturelle qui fasse que tous les êtres humains soient égaux (...). Il pourrait donc sembler que, pour soutenir une doctrine de l'égalité, il faille l'interpréter autrement, c'est-à-dire comme un principe purement procédural. Ainsi, dire que les êtres humains sont égaux revient à dire qu'aucun n'a droit à un traitement de faveur en l'absence de raisons contraignantes. Toute exception au principe de l'égalité doit être justifiée, ce qui favorise l'égalité : elle définit une hypothèse de procédure d'après laquelle les individus doivent être traités de la même façon »²¹⁷⁸. Le respect authentique de l'égalité se perçoit dès lors par le biais de l'application du principe de l'égalité de la procédure. Au-delà d'une égalité des chances de pouvoir se défendre, le principe de l'égalité des armes doit être respecté. En vertu de ce principe fondamental chaque partenaire au processus de résolution d'un différend est traité et considéré de manière égale afin de faire valoir ses droits. Le principe de l'égalité des armes permet ainsi le respect dû aux personnes indépendamment de leur position sociale²¹⁷⁹. Il assure le respect mutuel. Ce constat tend à confirmer l'archaïsme de la notion – souligné précédemment²¹⁸⁰ – qui n'est plus adaptée à la justice moderne. La procédure n'est plus assimilée à un combat, mais au rétablissement de la paix sociale. Cela est d'autant plus vrai au sein des règlements amiables des différends.

²¹⁷⁵ V. *supra* n^{os} 210 s. et *infra* n^{os} 606 s.

²¹⁷⁶ Discours du Président de la République, E. MACRON, à l'occasion du lancement des états généraux de la justice, 18 oct. 2021.

²¹⁷⁷ Pour autant, il affirme qu'elles se justifient et profitent aux plus démunis.

²¹⁷⁸ J. RAWLS, *Théorie de la justice*, pt. 77 « Le fondement de l'égalité », p. 545.

²¹⁷⁹ V. *Ibid.*, p. 544 : « la capacité à être un sujet moral suffit pour avoir droit à une justice égale ».

²¹⁸⁰ V. *supra* n^o 534.

L'équilibre des règlements amiables, symboles de paix sociale, est nécessairement favorisé par le biais de principes fondamentaux processuels. Ainsi, priver les participants de l'égalité des armes (ou des discours) impliquerait, davantage qu'une perte de chance pour l'une des parties d'obtenir justice, une atteinte à son droit à une justice juste et équitable.

556. L'application du principe de l'égalité des armes au sein des règlements amiables ne doit pas être perçue comme une atteinte à la liberté des parties de transiger. Au contraire, le principe de l'égalité des armes assure le respect de l'expression libérale afin de résoudre son différent de manière autonome. Aussi veille-t-il à l'évolution d'une coopération sociale juste et efficace. Dès lors, l'application de ce principe de l'égalité des armes au sein des règlements amiables doit être défendue. Pour ce faire, les garanties envisagées pour son application sont coordonnées au périmètre de l'amiable ; à l'instar d'un égal accès à l'information et aux conseils d'un avocat.

Section 2 : Le principe du contradictoire et les règlements amiables

557. Le contradictoire, un principe central du droit processuel. Le principe du contradictoire permet à chaque partie de discuter les prétentions, les arguments ainsi que les preuves apportées par l'autre partie. Promu afin d'assurer un débat effectif entre les parties, le principe du contradictoire trouve sa place dans une société démocratique qui reconnaît une certaine égalité entre les citoyens²¹⁸¹. Le dialogue et l'échange sont privilégiés afin de résoudre les conflits et de rétablir la paix sociale. Pour autant, ce principe du contradictoire est également appréhendé selon l'expression de *principe de la contradiction*. Il sera alors question, dans un premier temps, d'appréhender cette distinction terminologique (§1). Ces deux expressions sont-elles synonymes ? Doivent-elles être distinguées ? Si tel est le cas, il sera opportun de s'intéresser à leur impact au sein des règlements amiables. En effet, cette distinction pose la question prééminente de l'applicabilité du principe du contradictoire – ou de la contradiction – aux modes amiables de règlements des différends (§2). Cette question fait l'objet d'un grand débat et deux thèses s'opposent. Eu égard à cette discordance quant à l'application du contradictoire au sein des règlements amiables, il sera nécessaire d'apprécier les arguments

²¹⁸¹ « Débattre et contredire ne se conçoivent pas dans une société d'autorité » : C. CHANAIS et a., *Procédure civile*, n° 840, p. 610 ; Adde E. ZOLLER, *Droit constitutionnel*, PUF, 1999, n° 287.

exposés, d'étudier les évolutions connues et d'appréhender tant l'objectif du principe que la nature même de l'amiable.

Paragraphe 1 : Le principe du contradictoire, distinct de la contradiction

558. Notions et distinction. Le principe du contradictoire est consacré dans le droit positif. Il est désormais reconnu comme un principe fondamental processuel. Il est présent dans toutes les procédures, et même devant le Conseil constitutionnel en cas de question prioritaire de constitutionnalité²¹⁸². Il est considéré comme le principe essentiel de la procédure civile²¹⁸³ et innerve de manière exponentielle les autres procédures traditionnelles, à l'instar de la procédure pénale²¹⁸⁴. Cependant, alors que certaines dispositions évoquent le principe du contradictoire et d'autres celui de la contradiction, se pose la question de savoir s'il s'agit de deux principes distincts ou si l'existence de deux vocables différents n'a pour but que de désigner le même principe. Tant en droit qu'en fait, il appert que ces expressions désignent bien le même principe. Pour autant, la question de la synonymie des deux notions s'est posée et cette hypothèse doit être écartée. Si tel avait été le cas, le législateur serait intervenu afin de clarifier les textes pour une meilleure compréhension par les destinataires du droit positif²¹⁸⁵. Force est alors de reconnaître une distinction entre le principe même du contradictoire et sa mise en œuvre (A). En outre, si « le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction »²¹⁸⁶, qu'en est-il pour le tiers médiateur ou conciliateur ? Il s'agira alors d'étudier les liens entre le principe du contradictoire, la contradiction et les règlements amiables. En effet, l'appréhension du contradictoire et de la contradiction au sein des règlements dévoile une perception ambivalente (B).

²¹⁸² Règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité, art. 3.

²¹⁸³ CPC, art. 14 à 17.

²¹⁸⁴ CPP, art. préliminaire : « I.-La procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties ».

²¹⁸⁵ V. en ce sens, L. MINIATO, « Le "principe du contradictoire" : nouveau principe directeur du procès ? (à propos du décret n° 2005-790 du 12 juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat) », *D.* 2005, p. 2537. L'auteur suggérait de « modifier les dispositions liminaires du nouveau code de procédure civile (sans oublier les dispositions relatives à l'arbitrage ...) » en vue de la consécration d'une expression unique : celle du « principe du contradictoire ».

²¹⁸⁶ CPC, art. 16 – repris par la jurisprudence, v. not. Cass., Civ. 3^e, 9 juill. 2020, n°19-19.320, Inédit.

A) *Contradictoire et contradiction : le principe et sa mise en œuvre*

559. Définition et objet du principe. Le principe du contradictoire signifie, tout d'abord, que toute personne doit avoir été « entendue ou appelée »²¹⁸⁷, c'est-à-dire mise en mesure de se défendre. Il permet ensuite de promouvoir la communication, la discussion entre les parties et de créer un débat effectif. L'objectif général est de donner la possibilité aux parties d'avoir connaissance de l'ensemble des pièces du dossier et de les discuter. Si un différend implique des positions opposées, le principe du contradictoire offre l'écoute et le dialogue afin de trouver une solution au blocage apparent. Ainsi que le soulignait le professeur DRAÏ, « le principe du contradictoire n'est pas un principe guerrier mais un principe, là aussi et à ce stade, de *secondarisation* des positions en présence. Car il faut bien comprendre comment et pourquoi un conflit a éclaté entre deux êtres à propos d'un même objet ou à propos d'un même être »²¹⁸⁸. Ce principe permet ainsi « de dénouer des positions inconscientes »²¹⁸⁹. Dès lors, dans une volonté de protéger les parties en conflit²¹⁹⁰, le principe du contradictoire œuvre pour les rapprocher et recréer l'harmonie au sein de la relation. Il favorise la communication, la discussion et la négociation afin d'aboutir à une solution acceptable. En ce sens, le principe du contradictoire promeut le respect de la personne des parties, en imposant des échanges réguliers, faits en temps utiles, ainsi que la recherche de la vérité²¹⁹¹. En effet, la discussion entre les parties et le juge « permet l'élaboration d'un syllogisme judiciaire dont la conclusion aura le plus de chance de coïncider avec la réalité »²¹⁹².

En ce sens, l'application du principe du contradictoire tend à favoriser la vérité pour approcher au plus près la réalité²¹⁹³. Or, la réalité est une, absolue, et irréfutable. Personne n'a accès à la réalité²¹⁹⁴. La diversité des perceptions de chacun construit des vérités toutes personnelles. Ainsi, cette volonté d'approcher au plus près la réalité réside dans la volonté des

²¹⁸⁷ CPC, art. 14.

²¹⁸⁸ R. DRAÏ, *Le plus grand mensonge du monde. Théorie juridique et théorie psychanalytique*, Paris, Hermann, Coll. « Philosophie », 2010, p. 215.

²¹⁸⁹ *Ibid.*, cité in E. JEULAND, *Droit processuel général, op. cit.*, n° 244, p. 364.

²¹⁹⁰ E. JEULAND, *Droit processuel général, op. cit.*, p. 364.

²¹⁹¹ N. FRICERO et P. PEDROT, « Les droits fondamentaux spécifiques au procès civil », in R. CABRILLAC, *Libertés et droits fondamentaux, op. cit.*, pp. 711-732, spéc. n° 862, p. 719.

²¹⁹² *Ibid.*

²¹⁹³ L. MINIATO, *Le principe du contradictoire en droit processuel*, préf. B. BEIGNIER, Paris, LGDJ, Coll. « Bibliothèque de Droit privé », t. 483, 2008, p. 6 ; *Adde* n° 37 et s., pp. 32 et s.

²¹⁹⁴ M.-A. FRISON-ROCHE, *Généralités sur le principe du contradictoire. Droit processuel*, LGDJ, Coll. « Anthologie du Droit », 2014, n° 114, p. 122 : « parce qu'il existe toujours, en matière d'activité humaine, un écart entre la réalité des choses, qui n'en existe pas moins pour autant, et la perception que nous en avons » ; v. égal. R. GUILLIEN, « Retour sur quelques sujets d'acte juridictionnel et de chose jugée », in *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Paris, Dalloz, 1981, pp. 117-136 : l'auteur relève le caractère inaccessible et « immensément abstrait » de la vérité.

juges d'atteindre la vérité absolue des faits²¹⁹⁵. Dans le cadre de la justice amiable, l'objectif est tout autre. Il correspond à la satisfaction des parties davantage qu'à la satisfaction de tous pour la manifestation de la vérité. La satisfaction ne réside pas dans la recherche des éléments factuels pour trancher mais dans la recherche de l'entente. Ainsi, alors que l'ambition du procès est de tendre au plus près de la réalité, la recherche de la réalité n'est que secondaire dans les règlements amiables. Il n'est plus question de distinguer la vérité « matérielle » ou « substantielle », appréhendée comme l'adéquation entre la proposition formulée et la réalité à laquelle elle se réfère, et la vérité « formelle », appréciée comme l'absence de contradiction entre les diverses propositions²¹⁹⁶. Il s'agit davantage de considérer la vérité « procédurale », qui mettrait l'accent sur le respect de la procédure engagée et selon laquelle émergerait une certaine représentation de la réalité²¹⁹⁷. Dès lors, en considération des règlements amiables, il émerge une vérité « conventionnelle » ou « négociée » qui mettrait l'accent sur le consensus au bénéfice de cette représentation²¹⁹⁸. Ainsi, entre les deux procédures de résolution des différends, apparaît une distinction qui donne au principe du contradictoire un rôle différent.

560. Consécration du principe. Le principe du contradictoire est largement consacré, en ce sens qu'il est la première exigence d'une justice de qualité²¹⁹⁹. En tant que principe fondamental du droit processuel, il est énoncé en tête des trois codes de procédure. Tout d'abord, il est consacré aux articles 14 à 17 du Code de procédure civile. L'article préliminaire du Code de procédure pénale affirme également que « la procédure pénale doit être équitable et contradictoire »²²⁰⁰. Enfin, l'article L. 5 du Code de la justice administrative énonce que « l'instruction des affaires est contradictoire », même s'il ajoute que « les exigences de la

²¹⁹⁵ S. COTTA (in « La question de la vérité du jugement », in *Mél. en hommage à F. Terré. L'avenir du droit*, Dalloz, PUF, Litec, 1999, pp. 37 et s., spéc. p. 43) mettait en avant trois raisons selon lesquelles cette découverte de la vérité absolue par le juge était inaccessible, voire utopique : « ... l'extranéité de sa conscience...; sa solitude dans l'établissement de la vérité; sa finale impuissance à rétablir la continuité des personnes... ».

²¹⁹⁶ M. VAN DE KERCHOVE, « Vérité judiciaire et para-judiciaire en matière pénale : quelle vérité ? », *Droit et société*, 2013/2, n° 84, pp. 411-432, spéc. p. 414 – V. en ce sens, A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, 1962, v° « Vérité », p. 1199 : la vérité matérielle est définie comme « le caractère d'une proposition vraie en elle-même, indépendamment du contexte dont elle fait partie ». L'auteur cite KANT, qui a opposé cette notion à la « vérité formelle » ou « logique », qui, selon lui, se réfère à « l'accord de la connaissance avec elle-même, en faisant abstraction de tous les objets et de toute différence entre eux ».

²¹⁹⁷ *Ibid.*

²¹⁹⁸ Cf. analyse de M. VAN DE KERCHOVE, envisagée eu égard à la justice amiable ; *Ibid.*, pp. 414 et 426.

²¹⁹⁹ V. J.-C. MAGENDIE, « La contradiction, exigence majeure d'une justice de qualité... », *Gaz. Pal.*, 10-12 déc. 2006, n° 346, p. 2.

²²⁰⁰ L. n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, art. 1.

contradiction sont adaptées à celles de l'urgence »²²⁰¹. Ce principe du contradictoire innerve ainsi toutes les procédures de règlement des différends. En outre, il est encore consacré au plus haut niveau de la hiérarchie des normes. Le principe du contradictoire est un principe général du droit²²⁰², à valeur constitutionnelle²²⁰³. Enfin, bien qu'il ne soit pas expressément indiqué dans l'article 6 § 1 de la Convention européenne, la Cour européenne en a fait un « élément central du droit à un procès équitable »²²⁰⁴. Elle s'est notamment appuyée sur cet article pour reconnaître que « le droit à un procès équitable contradictoire implique par principe, pour une partie, la faculté de prendre connaissance des observations ou des pièces produites par l'autre, ainsi que d'en discuter »²²⁰⁵.

561. Pourtant, la portée de ce principe directeur du procès s'avère complexe à appréhender en raison des rapports qu'il entretient avec des notions voisines, et avec lesquelles il est souvent confondu²²⁰⁶. Outre le rapport entre le contradictoire et l'égalité des armes – envisagé précédemment²²⁰⁷ –, le principe du contradictoire est souvent assimilé aux droits de la défense²²⁰⁸ ; définis comme « les droits, que toute personne possède pour se protéger de la menace, que constitue pour elle, le procès pénal »²²⁰⁹. Or, en vérité, « le contradictoire est un

²²⁰¹ Concernant le contentieux administratif, il est à noter que la création de la commission du contentieux du Conseil d'État par le décret du 11 juin 1806 s'est accompagnée de l'élaboration d'un régime procédural contradictoire, en vertu du décret du 22 juillet 1806 : v. R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Paris, 11^e éd., Montchrestien, Coll. « Domat », 2004, p. 67. Si l'auteur affirme que 1806 est « la véritable date de naissance du Conseil d'État actuel, considéré comme juridiction », Monsieur le professeur Lionel ASCENSI reconnaît qu'il s'agit également de « la naissance de la contradiction devant la juridiction administrative » (L. ASCENSI, *Du principe de la contradiction*, préf. L. CADIET, LGDJ, Coll. « Thèses », Bibliothèque de droit privé, t. 454, p. 6).

²²⁰² CE Ass., 13 déc. 1968, *Association Syndicale des propriétaires de Champigny-sur-Marne*, Rec. Lebon ; CE Sect., 26 mars 1976, *Conseil Régional de l'ordre des pharmaciens de la circonscription d'Aquitaine et autres*, Rec. Lebon.

²²⁰³ C. Const., déc. 76-70 DC du 2 déc. 1976, *loi relative au développement de la prévention des accidents du travail*, JO 7 déc. 1976, p. 7052, *JCP* 1981, II, 19701.

²²⁰⁴ L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, Paris, 11^e éd., LexisNexis, Coll. « Manuel », 2020, n° 505, p. 472. – V. not. CEDH, 24 févr. 1995, *McMichael c. Royaume-Uni*, req. n° 16424/90, *JCP G.* 1995, I, 3891, n° 10, obs CADIET.

²²⁰⁵ CEDH, 24 févr. 1995, *McMichael c. Royaume-Uni*, préc., § 80.

²²⁰⁶ Pour une étude précise de la distinction entre le contradictoire et les notions voisines, v. not. L. ASCENSI, *Du principe de la contradiction*, thèse préc., pp. 86 et s. ; M.-A. FRISON-ROCHE, *Généralités sur le principe du contradictoire. Droit processuel, op. cit.*, spéc. « Titre préliminaire », pp. 7 et s.

²²⁰⁷ V. *supra* n° 538

²²⁰⁸ Pour illustration, v. CE 31 mars 2008, req. n° 288629, *M. C., M. G.* : « les droits de la défense ne sont pas respectés lorsque la réponse d'un organisme dont la consultation était exigée avant la transmission du dossier à la Cour de discipline budgétaire et financière a été communiquée à la partie adverse la veille du jour de l'audience devant la Cour ». Rappr. CE 19 janv. 2009, req. n° 315887, *Société Air France SA*.

²²⁰⁹ C. GINESTET, « Les droits de la défense en procédure pénale », in R. CABRILLAC, *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, Coll. « Spécial CRFPA », mai 2021, pp. 662-679, spéc. p. 663.

élément des droits de la défense, qui sont plus larges »²²¹⁰. Cette conception établie par MOTULSKI, selon laquelle « le principe est celui du respect des droits de la défense, et que la faculté de contradiction n'en est qu'une application »²²¹¹, est largement reconnue²²¹². Le contradictoire est alors intégré dans les droits de la défense, qui participent eux-mêmes au respect du procès équitable²²¹³. Aussi, lorsque la Cour de cassation affirmait, dès 1828, que « la défense étant un droit naturel, personne ne doit être condamné sans avoir été interpellé et mis en demeure de se défendre »²²¹⁴, elle relevait déjà l'importance du principe du contradictoire²²¹⁵. Il existe dès lors une relation d'appartenance entre ces deux notions et chaque

²²¹⁰ L. CADJET, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, op. cit., n° 302, p. 580. – Adde J.-P. CHAUDET, *Principes généraux de la procédure administrative contentieuse*, Paris, LGDJ, 1967, spéc. p. 375. – J. NORMAND, « Le rapprochement des procédures civiles à l'intérieur de l'Union européenne et le respect des droits de la défense », *Mél. Roger Perrot*, Dalloz, 1995, p. 337 sq, spéc. p. 342. – G. WIEDERKEHR, « Droits de la défense et procédure civile », *D.* 1978, 36.

²²¹¹ H. MOTULSKY, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », in *Écrits*, t. 1, *Études et notes de procédure civile*, Paris, Dalloz, 1973, reprod. 2010, p. 68 ; l'auteur poursuivant en supposant que « le fait même qu'ainsi nous l'avons noté, on présente souvent les droits de la défense comme un simple corollaire du principe dit du contradictoire, suggère que ce dernier terme constitue le centre de gravité des devoirs imposés par le respect de ces droits », p. 70.

²²¹² V. J.-M. AUBY et R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, t. 1, préc., p. 867, note n° 9 : « Le principe du respect des droits de la défense peut englober cet élément encore qu'il mette l'accent plutôt sur les parties que sur le juge » ; A. BENABENT, « Les moyens relevés en secret par le juge », *JCP G* 1977, 1, 2849 qui considère que « c'est de la garantie des droits de la défense qu'est directement issu le principe du contradictoire » ; T. RENOUX, « Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire, l'élaboration d'un droit constitutionnel juridictionnel », préf. L. FAVOREU, *Économica – PUA*, Coll. « Droit public positif », 1984, p. 354 : « le fondement véritable du principe du contradictoire doit... être recherché dans la garantie des droits de la défense ».

²²¹³ Pour la doctrine opposée, qui considère que les droits de la défense constituent, au contraire, une conséquence du contradictoire, v. G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., v° « Contradiction, sens I, principe de la » pour qui la contradiction constitue « la base des droits de la défense » ; G. MORANGE, « Le principe des droits de la défense devant l'administration active », Dalloz, 1956, p. 121 qui estime que les droits de la défense se sont développés « par application de cette règle générale et supérieure que toute procédure juridictionnelle doit être contradictoire » ; R. MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, Paris, 2^e éd., Sirey, 1949 ; R. ODENT, *Contentieux administratif*, préf. R. DENOIX DE SAINT MARC, Dalloz, t. 1, 2007, p. 735 : « Le Conseil d'État attache à cette règle, en dehors de laquelle il ne peut être de bonne justice, une importance telle qu'il lui a reconnu le caractère de principe général du droit applicable à toutes les juridictions (...), qu'il en a déduit la notion des droits de la défense et qu'il a étendu cette dernière notion dans la matière voisine des procédures disciplinaires » ; R. PERROT in *Institutions judiciaires* (préc., n° 569, p. 434) qui, parlant des droits de la défense au sens strict (c'est-à-dire les droits du défendeur), écrit qu'il « paraît plus simple et moins trompeur de parler, comme les textes eux-mêmes, du principe de la contradiction (ou "principe du contradictoire"), dont le respect des droits de la défense est l'un des aspects » ; H. VIZIOZ, *Études de procédure*, préc., pour qui « le principe du contradictoire, avec son corollaire le respect des droits de la défense domine tout espèce de procès juridictionnel, qu'il soit civil, administratif, pénal ou disciplinaire ».

²²¹⁴ Cass., Civ., 7 mai 1828, S. 1828, 1, p. 329. – V. les pages célèbres consacrées à cette décision par H. MOTULSKY, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », in *Écrits*, t. 1, *Études et notes de procédure civile*, Paris, Dalloz, 1973, p. 27.

²²¹⁵ Eu égard à la relation d'appartenance entre les deux notions, le principe du contradictoire est un principe de droit naturel processuel : v. *supra* nos 230 s.

fois qu'il y a violation du principe du contradictoire, les droits de la défense sont atteints²²¹⁶. Or, l'inverse n'est pas vrai²²¹⁷. Eu égard à cette relation d'appartenance, le principe du contradictoire apparaît comme le « centre »²²¹⁸, le « noyau »²²¹⁹ des droits de la défense.

Nonobstant la reconnaissance de sa valeur fondamentale et sa consécration dans les textes, la terminologie exprimée pour évoquer ce principe dans les dispositions de droit positif est changeante.

562. Contradictoire ou contradiction ? La terminologie employée pour évoquer ce principe peut être différente d'une matière à l'autre²²²⁰, au sein d'un même Code²²²¹ ou, plus encore, au sein d'un même article²²²². L'analyse du Code de procédure civile, siège d'une procédure ayant pour principe essentiel le contradictoire, démontre que la notion de *contradiction* est privilégiée. En effet, la section VI du chapitre 1^{er} (articles 14 à 17) s'intitule « La contradiction » et son article 16 dispose expressément que « le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction ». L'expression « principe de la contradiction » apparaît également clairement dans le cadre de l'arbitrage²²²³ ou encore à l'article 1015 inséré au sein des dispositions particulières à la Cour de cassation. L'expression « principe du contradictoire » fait son apparition au sein du Code de procédure civile avec le décret n° 2004-836 du 20 août 2004 portant modification de la procédure civile²²²⁴. L'article 8 du décret modifie l'article 524 du Code de procédure civile afin de permettre l'arrêt de l'exécution provisoire de droit « en cas de violation manifeste du principe du contradictoire ou de l'article 12 et lorsque l'exécution risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives ». Si l'utilisation de cette nouvelle expression en lieu

²²¹⁶ V. M.-A. FRISON-ROCHE, *Généralités sur le principe du contradictoire. Droit processuel*, LGDJ, Coll. « Anthologie du Droit », 2014, p. 13. – En jurisprudence, v. not. Cass., Civ. 2^e, 18 juill. 1974, nos 72-14.230 et 72-14.508, *Bull. Civ.*, n° 246, p. 205 : « vu le principe de l'inviolabilité des droits de la défense, ensemble les articles 12 et 16 du décret n° 71-740 du 9 septembre 1971, applicables à l'espèce », le juge « ne peut fonder sa décision sur le moyen de droit qu'il relève d'office ou sur les explications complémentaires qu'il a demandées sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations ». Dès lors, se faisant, la cour d'appel « a violé le principe et le second des textes susvisés ».

²²¹⁷ Pour illustration, lorsque la règle qui impose de donner la parole en dernier à l'accusé n'est pas respectée, cela porte atteinte aux droits de la défense mais non pas au principe du contradictoire : v. not. Cass., Crim., 29 nov. 1984, n° 84-94.697, *Bull. crim.*, n° 376.

²²¹⁸ G. WIEDERKHER, « Droits de la défense et procédure civile », *D.* 1978, chron. p. 36. – H. MOTULSKY, préc., p. 70, qui évoque le « centre de gravité ».

²²¹⁹ M.-A. FRISON-ROCHE, *Généralités sur le principe du contradictoire. Droit processuel, op. cit.*, p. 16.

²²²⁰ Au sein de ses principes directeurs, le Code de procédure civile évoque « la contradiction » (section VI). Au contraire, dans son article préliminaire, le Code de procédure pénale rend compte du « contradictoire ».

²²²¹ V. *infra* relativement au Code de procédure civile.

²²²² Cf. CJA, art. L5 : « L'instruction des affaires est *contradictoire*. Les exigences de la *contradiction* sont adaptées à celles de l'urgence, du secret de la défense nationale et de la protection de la sécurité des personnes ».

²²²³ CPC, art. 1510, art. 1520 et art. 1492.

²²²⁴ Décr. n° 2004-836 du 20 août 2004 portant modification de la procédure civile, art. 8.

et place de la contradiction – utilisée jusqu’alors dans le Code – questionnait, cette disposition a été à nouveau modifiée par le décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019 réformant la procédure civile²²²⁵. En effet, l’article 3 de ce décret instaure le principe de l’exécution provisoire de droit. Désormais les décisions « sont de droit exécutoires à titre provisoire à moins que la loi ou la décision rendue n’en dispose autrement ». Quant à la suspension de l’exécution provisoire en droit commun, il n’est plus question du respect du principe du contradictoire. L’article 514-3 du Code de procédure civile précise qu’en cas d’appel, « le premier président peut être saisi afin d’arrêter l’exécution provisoire de la décision lorsqu’il existe un moyen sérieux d’annulation ou de réformation et que l’exécution risque d’entraîner des conséquences manifestement excessives », et l’article 517-1 du même Code, pour l’exécution provisoire ordonnée par le juge, permet de l’arrêter dans les cas suivants : « 1° Si elle est interdite par la loi ; 2° Lorsqu’il existe un moyen sérieux d’annulation ou de réformation de la décision et que l’exécution risque d’entraîner des conséquences manifestement excessives ». L’expression du principe du contradictoire a dès lors fait une apparition fugace au sein du Code de procédure civile. Faut-il remettre en doute sa consécration ou, au contraire, en déduire l’inutilité de son rappel ? La présente étude tend à admettre la deuxième hypothèse, notamment au regard de l’importance reconnu au principe du contradictoire en doctrine. En effet, le principe du contradictoire a été présenté comme la « garantie nécessaire d’une bonne justice »²²²⁶, comme « la plus vénérable et la plus générale »²²²⁷ de toutes les règles de procédure, ou encore appréhendé comme « schéma fondateur de l’État de droit »²²²⁸. À cet égard, dans le cas où le contradictoire ne serait pas respecté, il est incontestable que le juge s’en saisirait et suspendrait l’exécution provisoire.

L’expression « principe du contradictoire » se retrouve actuellement à deux endroits du Code de procédure civile. Tout d’abord, elle apparaît dans le cadre de la procédure participative lorsque les parties ont recours à un technicien. En vertu de l’article 1549 du Code de procédure civile, le technicien accomplit « sa mission avec conscience, diligence et impartialité, dans le respect du principe du contradictoire ». En ce sens, la première reconnaissance du principe s’expose dans le cadre d’un règlement amiable, point sur lequel il sera utile de revenir²²²⁹. Ensuite, elle est utilisée dans le cadre de la procédure aux fins de mesure de protection des victimes de violences. L’article 1136-3 du Code de procédure civile, modifié par le décret n°

²²²⁵ Décr. n° 2019-1333 du 11 déc. 2019 réformant la procédure civile, art. 3.

²²²⁶ H. VIZIOZ, *Études de procédure*, op. cit., p. 449.

²²²⁷ R. ODENT, *Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, t. 1, 2007, p. 734.

²²²⁸ J.-M. VARAUT, *Le droit au droit. Pour un libéralisme institutionnel*, op. cit., p. 137.

²²²⁹ V. *infra* n°s 570 s.

2020-841 du 3 juillet 2020, précise que « la signification doit être faite au défendeur dans un délai de deux jours à compter de l'ordonnance fixant la date de l'audience, afin que le juge puisse statuer dans le délai maximal de six jours fixé à l'article 515-11 du code civil dans le respect du principe du contradictoire et des droits de la défense ». Se pose dès lors la question de savoir pourquoi l'expression principe du contradictoire a été réintroduite dans le Code, pourtant si peu utilisée par le texte. Par ailleurs, pourquoi conserver le principe de la contradiction comme base terminologique pour exprimer ce principe de droit naturel ? La contradiction est-elle privilégiée au contradictoire ou son maintien comme principe souverain ne s'explique-t-il que par une « indiscipline de langage »²²³⁰ non corrigée par le pouvoir réglementaire ? La question s'est notamment posée en raison de l'emploi de l'expression « principe du contradictoire » dans le décret n° 2005-790 du 12 juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat. L'article 16 du décret dispose en effet que « l'avocat se conforme aux exigences du procès équitable. Il se comporte loyalement à l'égard de la partie adverse. Il respecte les droits de la défense et le principe du contradictoire ». Le principe du contradictoire est alors reconnu comme une composante du droit au procès équitable et il doit être respecté par tous les acteurs du procès. Dès lors, à ce jour encore, deux expressions sont utilisées dans les textes : le principe de la contradiction et le principe du contradictoire. Il faut bien reconnaître que ces deux expressions sont « équivalentes, elles désignent un seul et même principe »²²³¹. Pour autant, elles doivent être distinguées. En effet, malgré leur concordance, ces deux notions ne sont pas synonymes.

563. Contradictoire et contradiction. Les dictionnaires de la langue française opposent ces deux termes eu égard à la différence entre l'objet de l'intention et les conséquences prévues de l'action. Le contradictoire est assimilé à l'opposition. La contradiction, quant à elle, est l'action de contredire, il s'agit d'un « échange d'idées entre des personnes qui se contredisent »²²³². Ainsi, quand un litige survient, les parties agissent en soumettant leurs preuves et en discutant du bien-fondé de leurs arguments et de ceux de l'autre partie. C'est en vertu de leur action que le dialogue et les échanges ont lieu. Par leur action, les parties réalisent l'objet de leur intention : respecter le principe du contradictoire. En outre, l'analyse des antonymes de ces deux notions confirme la distinction opérée. Alors que le contradictoire est opposé à *concordant*, *identique* ou *semblable*, le contraire de la contradiction est *l'accord*,

²²³⁰ G. CORNU, *Linguistique juridique*, 3^e éd., LGDJ, Coll. « Précis Domat », 2005, n° 80, p. 308.

²²³¹ L. MINIATO, « Le "principe du contradictoire" : nouveau principe directeur du procès ? (à propos du décret n° 2005-790 du 12 juillet 2005 relatif aux règles de la déontologie de la profession d'avocat) », *D.* 2005, p. 2537.

²²³² J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), *Le Petit Robert*, *op. cit.*, v° « Contradiction », sens 1.

l'approbation, l'entente. En ce sens, le contradictoire, associé à l'opposition, est réalisé par le biais de la contradiction. L'action de se contredire tend à la réalisation de l'opposition et l'approbation et l'entente permettent la concordance. Ainsi la règle même est le principe du contradictoire et « appeler le mécanisme “principe de la contradiction”, plutôt que “principe du contradictoire” ne renforce pas sa nature. Cette terminologie nouvelle peut même amoindrir la perception de la règle »²²³³. Or, cet effet n'est pas nécessairement recherché. Le but ultime du procès est de résoudre le litige. Une différence apparaît néanmoins, à ce stade, entre la justice étatique et la justice amiable. La justice étatique impose le respect du contradictoire. Ainsi, l'objet de l'intention des parties est bien de respecter les règles du procès. Leur action commande le respect de la règle. *A contrario*, la justice amiable ne l'impose pas. Aucun texte n'impose expressément aux parties de respecter le principe du contradictoire. Pourtant, les échanges inhérents à la recherche d'une solution impliquent des effets non connus des parties. La réalisation de la contradiction engendre ainsi le respect du contradictoire inintentionnellement ou même inconsciemment.

564. Puissance du principe par sa mise en œuvre. En justice, le principe du contradictoire ne sera alors respecté qu'à travers sa mise en œuvre qui se perçoit par la contradiction. En ce sens, le Doyen CORNU définit le principe du contradictoire comme « l'opération (judiciaire ou extrajudiciaire) à laquelle tous les intéressés ont été mis à même de participer même si certains n'y ont pas été effectivement présents ou représentés, mais à la condition que tous y aient été régulièrement convoqués de telle sorte que le résultat de cette opération leur est, à tous, opposable »²²³⁴. Le Doyen CORNU met ainsi en exergue la nécessaire transparence suscitée par le principe du contradictoire. Pour autant, cette transparence ne pourra être effective que par l'action des intéressés. La participation des parties à la procédure crée la contradiction nécessaire au respect du principe du contradictoire. Le contradictoire apparaît alors comme le principe, tandis que la contradiction serait sa mise en application. La contradiction, soit l'action de parler et de s'opposer à une affirmation, s'apparente à un débat effectif. Ce débat est l'application du principe du contradictoire. Aussi, le non-respect de la réalisation de ce débat entraînerait la violation du principe du contradictoire. En ce sens, Madame le professeur FRISON-ROCHE précise dans sa thèse de doctorat que « le droit organise non la contradiction, mais le contradictoire... En effet, seule une partie peut, grâce au contradictoire qui lui en assure la possibilité concrète et la puissance, apporter la contradiction

²²³³ M.-A. FRISON-ROCHE, *Généralités sur le principe du contradictoire. Droit processuel*, LGDJ, Coll. « Anthologie du Droit », 2014, p. 5.

²²³⁴ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° « Contradictoire ».

qui meut le procès. Il s'agit... de la même opération, mais d'abord à l'état de puissance, puis à l'état d'acte »²²³⁵. La contradiction apparaît alors telle la réalisation de la puissance du principe du contradictoire. Monsieur le professeur Loïc CADIET affirmait que « le code n'érige en principe que la nécessité de la contradiction, du contradictoire devrait-on plutôt dire car, même si la partie n'a pas été effectivement entendue dans ses demandes ou ses défenses, l'essentiel est qu'elle ait été en mesure de le faire : “entendue ou appelée” - (art. 14 NCPC) - ; ce qui compte est moins la réalité de la contradiction que la possibilité même de se contredire »²²³⁶. Le principe du contradictoire revêt ainsi une puissance d'autant plus considérable sur la procédure, mais la contradiction apparaît en pratique plus concrète. « Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction »²²³⁷, et ce, afin que le principe de droit naturel, qu'est le contradictoire, soit respecté. Si le principe du contradictoire reste équivoque à l'instar des parties, son enjeu est perceptible au titre de la réussite de la contradiction. La réalisation pratique du principe pourrait expliquer le choix terminologie du pouvoir règlementaire. En ce sens, bien qu'il soulignât la prééminence du principe du contradictoire, essence de toute contradiction, le Doyen CORNU reconnaissait pourtant l'importance de la contradiction en affirmant que si le principe du contradictoire n'avait pas été choisi par le pouvoir règlementaire, « c'est de peu, et sans exclusive, parce que la contradiction a valeur de définition du procès »²²³⁸. Dès lors qu'il est admis que ce principe est un principe fondamental du droit processuel, qu'en est-il au sein des règlements amiables ?

B) L'appréhension du contradictoire et de la contradiction au sein des règlements amiables : une perception ambivalente

565. Considération des enjeux du principe du contradictoire. Le principe du contradictoire garantit une participation active de l'ensemble des parties afin de leur donner la possibilité de défendre leurs intérêts devant le juge. L'objectif est « d'éviter que l'une des parties puisse invoquer des moyens de nature à entraîner la conviction du juge à l'insu de son

²²³⁵ M.-A. FRISON-ROCHE, *Généralités sur le principe du contradictoire. Droit processuel*, thèse, Paris II, 1988, spéc. p. 383 ; cité in L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès, op. cit.*, n° 307, p. 589.

²²³⁶ L. CADIET, avec E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 10^e éd., 2017, n° 502, p. 433.

²²³⁷ CPC, art. 16.

²²³⁸ G. CORNU, « Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes (fragment d'un état des questions) », in *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, p. 83 s., spéc. p. 94.

adversaire, sans que ce dernier puisse combattre ces moyens »²²³⁹. Aussi ce principe donne-t-il un droit de réponse aux justiciables avant que le juge ne tranche le litige²²⁴⁰. L'enjeu du principe du contradictoire est dès lors de convaincre le juge. Le principe du contradictoire apparaît ainsi comme un principe propre au procès.

566. Le contradictoire, un principe inhérent au procès. Le principe du contradictoire a pour objectif de garantir une égale verticalité dans les rapports entre le juge et les différentes parties en conflit. Alors que les processus amiables ne démontrent qu'une pleine horizontalité des rapports entre les participants, plusieurs séries d'arguments sont invoqués pour soutenir la thèse de l'inapplicabilité du principe du contradictoire en leur sein. Tout d'abord, et alors que le principe du contradictoire est un principe inhérent au procès, il semblerait être limité au procès²²⁴¹. Le principe du contradictoire permet, comme précédemment indiqué, d'organiser un débat effectif afin que les parties soient en mesure de se défendre. La défense de chacune des parties conduit à un syllogisme juridique juste et équitable²²⁴². Il semblerait alors « que ce principe ne se justifie que dans le cadre d'une procédure juridictionnelle dans la mesure où celle-ci aboutit à un jugement »²²⁴³. Comme a pu l'affirmer Monsieur le professeur Charles JARROSSON, « 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 »²²⁴⁴. Aussi, le doute persiste sur le fait que cette règle procédurale soit réellement « adaptée aux circonstances d'un règlement amiable »²²⁴⁵ et, certains auteurs d'ajouter que son application ne semble pas justifiée²²⁴⁶. Pour ces auteurs, « il est opportun d'écarter le principe du contradictoire », en ce sens que le médiateur ne règle pas le différend. Il ne s'agit pas, pour les

²²³⁹ N. FRICERO et a., *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, op.cit., p. 29.

²²⁴⁰ V. not. L. MINIATO, *Le principe du contradictoire en droit processuel*, préf. B. BEIGNIER, Thèse préc., 2008, p. 6. L'auteur met en exergue les rapports étroits entre le contradictoire et le droit de réponse qui permet à une personne mise en cause dans un article de presse par nomination ou désignation, de répondre à l'article en question (L. 29 juill. 1981, art. 13, al. 1). Un rapprochement peut en effet être opéré en ce sens que le contradictoire et le droit de réponse tendent à l'établissement de la vérité. Pour autant, l'auteur précise la distinction qui doit être opérée du fait que « le droit de réponse a lieu en dehors de tout processus décisionnel ».

²²⁴¹ L. CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlements des conflits*, op. cit., p. 134.

²²⁴² V. M.-A. FRISON-ROCHE, *Généralités sur le principe du contradictoire. Droit processuel*, LGDJ, Coll. « Anthologie du Droit », 2014, n° 111, p. 121. L'auteur précise les contours du syllogisme judiciaire. L'écoute des parties permet l'établissement des faits. Alors que le juge considère et met en évidence la règle de droit générale et abstraite applicable, toute l'importance du principe du contradictoire est alors dévoilée en ce sens qu'il doit guider le raisonnement judiciaire. Enfin, l'application de la règle au cas particulier constitue l'aboutissement du syllogisme.

²²⁴³ J. JOLY-HURARD, *Conciliation et médiation judiciaires*, préf. S. GUINCHARD, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Coll. « Droit privé », 2003, n° 504, p. 311.

²²⁴⁴ Ch. JARROSSON, « Le principe de la contradiction s'applique-t-il à la médiation ? », *RGDP*, 1999, p. 764 sq., spéc. p. 765.

²²⁴⁵ X. LAGARDE, *Droit processuel/droit commun du procès*, op. et loc. cit. – V. aussi N. FRICERO et a., *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, op.cit., p. 221.

²²⁴⁶ J. JOLY-HURARD, *Conciliation et médiation judiciaires*, op. cit., n° 504, p. 311.

parties, de le convaincre du bien-fondé de leurs prétentions ou de leurs intérêts et de l'inciter à soutenir leur cause. Il revient en effet aux parties le devoir de lui communiquer les informations pertinentes et nécessaires à la résolution amiable de leur différend. Il ne s'agit pas de la préparation de sa défense, mais d'une stratégie collaborative pour la réussite des négociations.

567. Opposition entre rigidité du principe et souplesse des règlements amiables.

Une justification technique récuse également l'application du principe au sein des processus amiables. En effet, la règle du contradictoire crée une certaine rigidité, antagoniste à la souplesse des règlements amiables²²⁴⁷. L'essence des règlements amiables incite à une certaine liberté lors de la conduite du processus. De ce fait, une partie de la doctrine reconnaît qu'« 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 »²²⁴⁸. En effet la réfutation de l'applicabilité du principe du contradictoire s'explique au regard de la possibilité, pour le médiateur, d'organiser des entretiens séparés avec chacune des parties, sans être tenu de communiquer les informations qu'il a reçues à l'autre. Cet entretien particulier, *ex parte*, également appelé *caucus*, se réfère à une « navette » permettant « de rapprocher les parties, pas à pas, d'explication en explication, concession après concession »²²⁴⁹. Il s'agit d'une conversation à huis clos, franche et libre, au sein de laquelle la partie est isolée avec le médiateur et peut aborder sans détour tous les points qu'elle considère comme essentiel à la solution du différend. Le médiateur peut également poser toutes les questions, sous le sceau de la stricte confidentialité. Aussi, l'alternance des caucus avec les différentes parties lui permet d'avoir une connaissance unique des éléments permettant d'aboutir à un accord, et d'amener progressivement les participants au processus à trouver une solution commune qui prenne en compte tous les intérêts en présence. Alors que le caucus peut être envisagé comme le moteur qui permet d'installer une dynamique dans la médiation, le principe du contradictoire est clairement exclu de la procédure engagée. L'exploitation de ce procédé permet de faire progresser les négociations. À ce titre, la réussite des règlements

²²⁴⁷ V. not. G. PLUYETTE, « Principes et applications récentes des décrets des 22 juillet et 13 décembre 1996 sur la conciliation et médiation judiciaires », *Rev. arb.* 1997, p. 505 sq.

²²⁴⁸ J.-P. MARTEL, « Quelles conditions pour une médiation réussie ? », 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 juill. 1999, p. 19 ; Dans le même sens, v. M. ARMAND-PREVOST, « L'avocat, le juge et 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 et B. DU GRANRUT, allocation dans le cadre du colloque préc., p. 35.

²²⁴⁹ Ch. JARROSSON, « Le principe de la contradiction s'applique-t-il à la médiation ? », préc., p. 767.

amicales repose, à certains égards, sur l'absence de mise en œuvre du principe du contradictoire. « L'impératif pratique se heurte à l'impératif juridique »²²⁵⁰.

En ce sens, la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 a modifié l'article L. 1454-1 du Code du travail selon lequel le bureau de conciliation et d'orientation du conseil des prud'hommes est chargé de concilier les parties : « Dans le cadre de cette mission, le bureau de conciliation et d'orientation du conseil des prud'hommes peut entendre chacune des parties séparément et dans la confidentialité ». La contradiction peut alors être reléguée au second plan dans le cadre de la justice amiable.

568. Le rejet d'une stricte application du principe du contradictoire. L'organisation d'apartés entre le tiers et les parties au règlement amiable s'oppose à l'essence même du contradictoire. En effet, la stricte application du principe conduirait à interdire les caucus. Le principe du contradictoire exige dès lors une certaine adaptabilité selon le processus dans lequel il intervient. Les parties, comme le médiateur, sont ainsi affranchies d'une application stricte de ce principe. Pour autant, cela ne doit pas conduire « à considérer la médiation telle une jungle où les parties ne seraient plus assurées de rien »²²⁵¹. En effet, les risques sont grands de l'exclusion du principe du contradictoire dans les règlements amiables. Nonobstant une certaine souplesse d'aménagement, le principe du contradictoire marque de son empreinte l'ensemble des procédures afin de privilégier la solution juste. Le principe du contradictoire « appartient d'abord à la conscience commune avant d'être un principe de droit positif »²²⁵². En ce sens, MOTULSKY le présentait en effet comme un principe de r²²⁵³.

²²⁵⁰ X. LAGARDE, « Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges », *Rev. arb.* 2001, n° 3, p. 438, *sq.*, n°10.

²²⁵¹ Ch. JARROSSON, « Le principe de la contradiction s'applique-t-il à la médiation ? », art. préc., p. 766.

²²⁵² L. MINIATO, *Le principe du contradictoire en droit processuel*, préf. B. BEIGNIER, *op. cit.*, 2008, p. 38. – L'histoire du droit démontre en effet l'ancienneté du principe du contradictoire. Pour ne citer que quelques illustrations, v. la procédure devant le tribunal de l'*Héliée* à Athènes, décrite par D. SALAS (*in Du procès pénal : éléments pour une théorie interdisciplinaire du procès*, Paris, PUF, 1992, spéc. pp. 28 et s.), ou, plus tardivement, la procédure civile devant le Parlement de Toulouse décrite par E. DANDINE (*in La responsabilité civile devant le parlement de Toulouse au XVIIIe siècle, Essai d'une théorie générale* (partie préliminaire : la procédure civile devant le Parlement de Toulouse au XVIIIe siècle), Thèse dactyl., Toulouse, 1997, spéc. pp. 12 s.) – V. égal. J. FOYER, *Histoire de la justice*, PUF, Coll. « Que sais-je ? », 1^{re} éd., 1996, pp. 9 et s.

²²⁵³ H. MOTULSKY, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle », *in Mél. P. Roubier*, Dalloz, 1961, T. 1, pp. 60 s. : Tout en évoquant les droits de la défense, dont fait partie le contradictoire, l'auteur affirme qu'il s'agit de « principes généraux philosophiques » relevant du droit naturel et « que le respect des droits de la défense constitue, au sens plein, une donnée de droit naturel, c'est ce qui ne paraît guère niable ». – V. aussi B. OPPETIT, *Philosophie du droit*, préf. F. TERRE, Dalloz, Coll. « Bibliothèque Dalloz », 2022, spéc. n° 102, p. 117 ; P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préf. J.-L. SOURIOUX, LGDJ, Panthéon-Assas, 1999, spéc. n° 117, p. 110-111 et n° 130, pp. 121-122 : le contradictoire appartient au droit naturel puisqu'ils constituent une exigence universelle, immuable, supérieure et rationnellement évidente du procès ; ce qui correspond aux critères de reconnaissance de la norme de droit naturel posés par Grotius : à savoir le critère *a priori* tiré de l'observation de la nature des choses et celui *a posteriori* tiré de la reconnaissance par les nations civilisées.

Paragraphe 2 : Le principe du contradictoire, pour la recherche d'une solution juste

569. Adaptation nécessaire de l'application du principe du contradictoire, pour la réussite des règlements amiables. La question de l'applicabilité du principe du contradictoire au sein des règlements amiables met en exergue deux thèses opposées. Pour certains auteurs, dès que l'on sort du cadre de l'instance, l'application du principe du contradictoire ne se justifie pas²²⁵⁴. Le principe doit ainsi être écarté purement et simplement aux motifs que, d'une part, le tiers intervenant (le médiateur ou le conciliateur) ne procède pas au règlement juridictionnel du différend et, d'autre part, que ce dernier doit pouvoir rencontrer séparément les parties au processus²²⁵⁵. Bien que cette thèse de l'inapplicabilité soit justifiée, elle rencontre des arguments opposés²²⁵⁶. D'autres auteurs affirment véhémentement la nécessaire prise en considération de la contradiction au sein des règlements amiables. En adoptant la même vision, la présente étude mettra en évidence que le contradictoire est l'essence des règlements amiables (A), ce qui tend à l'admission de l'application du grand principe fondamental hors du procès. Pour autant, il convient de reconnaître que ce principe fondamental ne peut s'appliquer tel quel aux règlements amiables. La perspective de son application est bien différente de celle prévue dans l'activité judiciaire. Si la contradiction s'impose en leur sein, le contradictoire est aménagé afin de répondre aux besoins des processus de règlement des différends (B).

A) Le contradictoire, essence des règlements amiables

570. Argumentation en faveur de l'applicabilité du principe du contradictoire au sein des règlements amiables. Si le Doyen CORNU affirmait que « la contradiction a valeur de définition du procès »²²⁵⁷, a-t-elle valeur de définition du règlement amiable ? Pour justifier l'application du principe du contradictoire au sein des règlements amiables, il sera question d'apprécier les contours définitionnels de la contradiction (1.), ainsi que les procédés utilisés pour sa réalisation (2.). En outre, *quid* des enjeux de l'application du principe du contradictoire au sein du processus amiable et, par-là, des risques liés à sa non-application (3.) ?

²²⁵⁴ « Sauf à lui trouver un fondement juridique » : Ch. JARROSSON, « Le principe de la contradiction s'applique-t-il à la médiation ? », art. préc., p. 765.

²²⁵⁵ Par le biais des caucus, v. *supra* n^{os} 567 s.

²²⁵⁶ L. CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, op. cit., p. 117.

²²⁵⁷ G. CORNU, « Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes (fragment d'un état des questions) », in *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, pp. 83 s., spéc. p. 94.

1. Pour la reconnaissance de l'application du principe du contradictoire au sein des règlements amiables : arguments définitionnels

571. Un champ d'application étendu. La définition générale, précédemment évoquée et précisée par le Doyen CORNU, présente le principe du contradictoire comme « l'opération (judiciaire ou extrajudiciaire) à laquelle tous les intéressés ont été mis à même de participer même si certains n'y ont pas été effectivement présents ou représentés, mais à la condition que tous y aient été régulièrement convoqués de telle sorte que le résultat de cette opération leur est, à tous, opposable »²²⁵⁸. Le principe du contradictoire n'est alors en aucun cas limité au procès ; puisqu'il peut s'agir d'une opération *extrajudiciaire*. Cette vision d'une extension du champ d'application du principe du contradictoire a notamment été mise en exergue par plusieurs auteurs. La doctrine administrativiste avait, depuis longtemps déjà, constaté le développement du contradictoire dans la procédure administrative non contentieuse²²⁵⁹. Dans la continuité, Madame le professeur Marie-Anne FRISON-ROCHE concluait sa thèse de doctorat en admettant l'extension du principe du contradictoire à d'autres processus. Elle affirmait en ce sens qu'il importe peu que le tiers ne soit pas un juge, « c'est bien par le respect du contradictoire que l'employeur doit permettre au salarié de s'expliquer avant éventuellement de le sanctionner »²²⁶⁰. Enfin, Monsieur le professeur Loïc CADIET n'hésite pas à reconnaître que « la vertu du rôle que joue le contradictoire dans le procès favorise sa diffusion hors la sphère du procès pour innover, en vérité, l'ensemble du droit »²²⁶¹. Le contradictoire transgresse les limitations jusqu'alors envisagées. Il ne s'impose pas uniquement aux procédures juridictionnelles, mais triomphe dans l'ensemble des procédures de résolution des différends²²⁶². Cette large diffusion du principe du contradictoire a dès lors permis de considérer l'application du contradictoire au sein des procédures amiables de résolution des différends.

572. Prévalence du contradictoire dans l'ensemble du droit. Il est essentiel de souligner que le droit, lui-même, a pu être défini comme « l'art du contradictoire »²²⁶³. Cette expression du Doyen CARBONNIER se justifie « dans la mesure où la science du droit dans son ensemble est une science de la contradiction et, à la différence des autres sciences, exactes ou

²²⁵⁸ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° « Contradictoire ».

²²⁵⁹ G. ISAAC, *La procédure administrative contentieuse*, Paris, LGDJ, Coll. « Bibliothèque de droit public », 1968, 732 p.

²²⁶⁰ M.-A. FRISON-ROCHE, *Généralités sur le principe du contradictoire*, *op. cit.*, n° 197.

²²⁶¹ L. CADIET, « Contradictoire », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, Coll. « Quadrige », 2003, pp. 271-274.

²²⁶² V. not. l'étude de redéfinition de la contradiction réalisée par L. ASCENSI dans sa thèse de doctorat : *Du principe de la contradiction*, préf. L. CADIET, thèse préc., t. 454, 2006, 536 p.

²²⁶³ J. CARBONNIER, *Droit civil – Introduction*, 25^e éd., Presses Universitaires de France, 1997, n° 28, p. 67.

sociales, dans lesquelles un problème ne saurait normalement comporter qu'une solution, tout problème en droit en comporte au moins deux »²²⁶⁴. En effet, l'auteur précisait que « chacune des prétentions contradictoires est *a priori* plaidable puisqu'on la plaide, et si elle est plaidable, elle est probable. Toute opinion tend à devenir du droit, et il n'y a dans le droit que des opinions diversement probables »²²⁶⁵. Le principe du contradictoire est une composante indissociable de la définition même du phénomène de résolution d'un différend. Aussi, dans le cadre d'un procès, « la contradiction permet de choisir l'opinion qui sera tenue pour vraie » et, dans le cadre d'une procédure amiable, « la contradiction permet de définir la solution qui sera tenue pour juste par les parties »²²⁶⁶. L'étude a précédemment démontré que la justice amiable ne pouvait faire abstraction du droit²²⁶⁷, qui apparaît évanescant au regard de principes fondamentaux protecteurs des intérêts des parties. Dès lors, le contradictoire, en tant que principe fondamental²²⁶⁸, se manifeste dans l'intérêt de la justice. Il est une « catégorie hors normes »²²⁶⁹ qui justifie sa prévalence. Outre sa fonction de protection des intéressés, le principe du contradictoire met en exergue « une fonction heuristique », en ce sens que « la contradiction constitue le support juridique de l'élaboration dialogique de la décision »²²⁷⁰. Or, il doit être constaté que les règlements amiables des différends supposent bien la discussion dans le respect d'une « éthique communicationnelle »²²⁷¹. La participation active des parties dans le cadre de la justice amiable, autrement envisagée comme une « participation dialogique des acteurs »²²⁷², inspire la considération du principe du contradictoire.

²²⁶⁴ *Ibid.*

²²⁶⁵ *Ibid.*

²²⁶⁶ L. CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, *op. cit.*, p. 135.

²²⁶⁷ *Cf. supra* n^{os} 147 s.

²²⁶⁸ *Cf. supra* n^{os} 560 s.

²²⁶⁹ E. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, 20 juill./20 août 1998, n^o spéc. p. 9.

²²⁷⁰ L. ASCENSI, *op. cit.*, n^o 12, p. 15.

²²⁷¹ Cette expression du professeur et philosophe Gilbert HOTTOIS illustre l'éthique recherchée par le biais de l'échange d'arguments. Elle traduit les procédures de discussions. L'idée de base suppose qu'il faut parvenir à un consensus grâce à la reconnaissance de la pluralité des arguments et grâce à l'échange d'arguments rationnels. V. not. O. CLAIN, *Les Amphis de France 5, j-L'éthique communicationnelle*, 1^{er} mai 1995, [Vidéo]. Canal-U. <https://www.canal-u.tv/31181>. (Consultée le 23 oct. 2022).

²²⁷² J. DE MUNCK, « Le pluralisme des modèles de justice », in A. GARAPON et D. SALAS (dir.), *La justice des mineurs. Évolution d'un modèle*, Paris, Bruylant, LGDJ, 1995, pp. 91 s., spéc. p. 108.

2. Pour la reconnaissance du principe du contradictoire au sein des règlements amiables : arguments techniques

573. Portée du principe au sein des règlements amiables. La contradiction est envisagée comme un débat²²⁷³, comme la mise en relation ou l'union de choses incompatibles. Le dialogue et la discussion permettent à l'opposition de se manifester. Cette action engage alors les différentes positions vers la résolution du différend en cause ; soit par la décision du juge, soit par un accord commun et satisfaisant les intérêts mutuels des parties. Aussi, la contradiction apparaît essentielle quel que soit le mode de résolution du différend.

Pour autant, le procès aboutit quoi qu'il en soit à une décision rendue par un individu ayant compétence officielle. L'action de juger implique d'examiner une affaire, mais encore de lui donner une solution. Le juge tranche et sanctionne²²⁷⁴. Dès lors, la mise en œuvre de la contradiction, et l'application du principe du contradictoire, ont pour objet de protéger les parties au procès. Ainsi que le précisait Monsieur Lionel MINIATO, « le caractère contradictoire de la procédure aboutit ainsi à établir un équilibre entre toutes les parties intéressées, en leur garantissant une participation active au procès... »²²⁷⁵. La contradiction fait alors écho au principe de l'égalité des armes²²⁷⁶ et à l'exigence de l'équilibre des parties²²⁷⁷. Elle protège le justiciable de la toute-puissance du juge, et lui permet d'exposer ses arguments²²⁷⁸. Le justiciable intervient alors dans ce cercle réduit de la justice étatique, maîtrisé par le juge.

Dans le cadre de la justice amiable, l'impact de la contradiction sur le processus est tout autre. La contradiction permet la transparence, c'est-à-dire la parfaite accessibilité de l'information par l'ensemble des parties au processus²²⁷⁹. En ce sens qu'il offre la possibilité à

²²⁷³ V. L. MINIATO, *Le principe du contradictoire en droit processuel*, op. cit., n° 5, p. 4 : « La contradiction exprime donc l'idée d'un débat effectif entre adversaire dans le cadre du procès », tout en précisant que le débat apparaît « comme l'une des modalités d'application, parmi d'autres, du principe du contradictoire ». – Le débat est également envisagé dans la thèse de doctorat de Monsieur Christophe LIEVREMONT comme un dialogue entre personnes participant effectivement à un affrontement au cours d'une procédure : *Le débat en droit processuel (contribution à une théorie générale du débat)*, préf. H. CROZE, Thèse dactyl., Lyon III, 2000, spéc. n° 214 et s., p. 223 et s.

²²⁷⁴ Le glaive constitue, à ce titre, l'un des attributs symboliques traditionnels du monopole de la violence physique légitime qui caractérise l'État souverain.

²²⁷⁵ L. MINIATO, op. cit., p. 27.

²²⁷⁶ Cf. supra n°s 530 s.

²²⁷⁷ Cf. le rapport entre la contradiction et le procès équitable étudié par Monsieur Lionel ASCENSI in *Du principe de la contradiction*, thèse préc., pp. 86 et s.

²²⁷⁸ E. ZOLLER, « Procès équitable et *due process* », art. préc., p. 517 ;

²²⁷⁹ Notion à distinguer de l'obligation d'information, v. l'étude réalisée relative à l'obligation d'informer dans le procès administratif : T. EINAUDI, *L'obligation d'informer dans le cadre du procès administratif*, préf. J.-P. NEGRIN, LGDJ, Coll. « Bibliothèque de droit public », t. 226, 2002, 470 p. Si l'auteur affirme que cette obligation peut se confondre avec le principe du contradictoire, il énumère diverses hypothèses où les deux notions n'ont aucun lien entre elles ; telles que les obligations à la charge du juge d'inviter le demandeur à régulariser les vices affectant sa requête ou la publicité de la décision juridictionnelle.

chacune des parties de s'exprimer, sans aucune distinction, le principe du contradictoire apparaît comme une manifestation emblématique de l'idéal démocratique²²⁸⁰. La mise en œuvre du principe, soit la contradiction, exerce un effet stimulant pour la réussite du règlement amiable. « C'est le rappel à l'existence de "l'autre" »²²⁸¹. La contradiction donne lieu à l'écoute active et incite à l'échange entre les parties. Il peut alors être affirmé que la contradiction est bien l'essence du règlement amiable. En effet, à travers celle-ci, les parties écoutent, acceptent et discutent ensemble afin de trouver une solution à leur différend. Elle assortit la procédure amiable de cette force qui rend possible la relation bénéfique entre les participants en vue d'une résolution de la problématique existante. En ce sens, sans contradiction il ne peut y avoir de règlement amiable.

574. L'observation du principe du contradictoire par le tiers. Eu égard à l'article 16 du Code de procédure civile, la question se pose de savoir si le tiers intervenant au processus (le médiateur ou le conciliateur) doit faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction au cours du processus amiable. Bien qu'il n'impose pas de solution dans le cadre d'une telle procédure, il apparaît évident que le tiers « est loin de négliger la contradiction »²²⁸². Il veille à ce que chacune des parties au processus puisse s'exprimer librement et écouter le point de vue de l'autre. Il crée le lien entre les participants. Il suscite le dialogue positif en vue de la résolution du différend en cause. Aussi, la satisfaction du principe du contradictoire se perçoit dès la convocation à la conciliation ou à la médiation.

575. Lorsque le conciliateur de justice estime que l'affaire qui lui est soumise peut faire l'objet d'une conciliation, il invite, le cas échéant, les parties à une première rencontre. Les textes ne définissent pas la forme sous laquelle la lettre d'invitation²²⁸³ ou de convocation²²⁸⁴ doit intervenir. Nonobstant cette lacune, Monsieur le professeur OLIVIER indique que l'« on peut penser qu'en raison du caractère nécessairement contradictoire de la mesure, [le conciliateur de justice] usera de la lettre recommandée avec accusé de réception pour avoir la certitude que les parties aient bien été touchées »²²⁸⁵. La lecture du *Guide de la conciliation de 2021* confirme la vision de l'auteur. En effet, malgré la liberté offerte au conciliateur de justice

²²⁸⁰ A. GARAPON, *Bien juger, Essai sur le rituel judiciaire*, préf. J. CARBONNIER, éd. O. Jacob, 1997, rééd. 2010, pp. 102-103.

²²⁸¹ D. POLLET, « Principe de contradiction et médiation », *Gaz. Pal.*, 1999, doct. p. 684.

²²⁸² *Ibid.*

²²⁸³ Dans le cadre des conciliations conventionnelles : CPC, art. 1537.

²²⁸⁴ Dans le cadre des conciliations judiciaire sur délégation du juge : CPC, art. 129-3.

²²⁸⁵ M. OLIVIER, « La conciliation et la médiation judiciaires en matière civile, aspects anciens et actuels », *Gaz. Pal.*, 1996. 2, doct. 1264.

dans sa mission de conciliation²²⁸⁶, il est indiqué que celui-ci doit respecter un certain nombre de principes, tels que le principe du contradictoire : « le conciliateur doit veiller à ce que les auditions des parties, des tiers ou des avocats ainsi que toutes les opérations auxquelles il procède soient contradictoires. Dès lors, chacun doit pouvoir exprimer ses griefs et son point de vue »²²⁸⁷. Le contradictoire doit être observé par les parties et le conciliateur œuvre pour en garantir le respect.

Cette solution avait également été retenue par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international. En effet, l'article 10 du règlement de la CNUDCI du 4 décembre 1980 dispose que « lorsque le conciliateur reçoit d'une partie des informations de fait concernant le litige, il en révèle le contenu à l'autre afin que celle-ci soit en mesure de lui présenter toute explication qu'elle juge utile » et la possibilité, pour une partie, de demander que l'information demeure confidentielle n'est envisagée qu'à titre d'exception²²⁸⁸.

La liberté d'action du tiers conciliateur est ainsi enserrée dans un cadre protecteur pour les parties. Il en est de même pour le médiateur.

576. Dans le cadre de la médiation judiciaire, le médiateur « doit convoquer les parties »²²⁸⁹. *A contrario*, dans le cadre d'une médiation conventionnelle, le médiateur ne dispose d'aucun pouvoir de contrainte. Ainsi n'a-t-il pas le pouvoir de les convoquer mais, comme pour la conciliation conventionnelle, il les invite à se présenter devant lui. Là encore, aucune précision n'est donnée quant à la forme de la convocation ou de l'invitation. Toutefois, la nature même de la médiation justifie la présence des parties lors des entretiens. Dès lors, « tant pour satisfaire le principe du contradictoire, que pour effectuer la mission qui lui a été donnée, le médiateur devra user d'un moyen lui permettant d'avoir la certitude que toutes les parties au litige ont bien été personnellement informées »²²⁹⁰. Le médiateur ne saurait en effet mener à bien un tel processus hors la présence effective des parties. Ce constat se justifie notamment eu égard à l'article 131-1 du Code de procédure civile qui expose la mission du médiateur « d'entendre les parties et de confronter leurs points de vue pour leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose »²²⁹¹. Il est alors question, pour le médiateur, de

²²⁸⁶ Le *Guide de la conciliation de justice* précise en effet que « le conciliateur de justice a plusieurs moyens d'action à sa disposition » (p. 28).

²²⁸⁷ *Guide de la conciliation de justice*, mars 2021, préc., p. 28.

²²⁸⁸ « Toutefois, lorsqu'une partie fournit une information au conciliateur sous la condition expresse qu'elle demeure confidentielle, le conciliateur ne doit pas la dévoiler à l'autre partie » (CNUDCI, *Règlement de conciliation de la CNUDCI*, art. 10).

²²⁸⁹ CPC, art. 131-7.

²²⁹⁰ M. OLIVIER, « La conciliation et la médiation judiciaires en matière civile, aspects anciens et actuels », art. préc., p. 1264.

²²⁹¹ CPC, art. 131-1, modifié par le décr. n° 2022-245 du 25 févr. 2022, art. 1.

privilégier la contradiction. Bien que les textes ne précisent pas expressément cette nécessité, Monsieur le professeur OLIVIER justifie cette carence textuelle en affirmant que « ce n'avait pas à être dit puisqu'il s'agit d'un principe absolu de l'éthique processuelle »²²⁹². Il relève l'évidence que le principe du contradictoire doit être respecté au sein des règlements amiables, et ce, en raison de la recherche d'une solution juste.

En outre, la thèse de l'applicabilité du principe du contradictoire dans la médiation trouve un regain de justification au regard des litiges de consommation. L'article R. 612-3 du Code de la consommation dispose que « le médiateur communique, à la demande de l'une des parties, tout ou partie des pièces du dossier ». Bien que la portée de ce texte soit incertaine en ce qu'il n'oblige pas à communiquer l'ensemble des pièces et en ce qu'il ne précise pas l'interdiction de produire des pièces non communicables (celles couvertes par le secret professionnel), le médiateur fait observer et observe lui-même le principe de la contradiction. La médiation de la consommation apparaît dès lors plus encadrée et plus précise que le droit commun des règlements amiables. Or, cette précision technique s'explique à double titre : en raison du déséquilibre certain entre le professionnel et le consommateur, et de la proposition réalisée à l'issue du processus par le médiateur de la consommation²²⁹³. Dès lors, l'utilisation des principes fondamentaux se manifeste expressément dans un objectif de protection de la partie faible.

577. L'observation du principe du contradictoire imposé à certains acteurs du processus amiable. La question de l'application du principe du contradictoire s'analyse également au regard des participants au processus amiable. Outre les parties et le tiers intervenant, les avocats sont également impliqués au sein du processus²²⁹⁴. Or, ces derniers sont soumis à une déontologie qui leur impose le respect du principe du contradictoire. L'article 5.1 du Règlement Intérieur National prévoit en effet que « l'avocat se conforme aux exigences du procès équitable. Il se comporte loyalement à l'égard de la partie adverse. Il respecte les droits de la défense et le principe du contradictoire ». En ce sens, il convient d'affirmer que le principe du contradictoire est bien appliqué au sein des règlements amiables. La transparence est de mise par et pour les avocats. Or, le principe n'est pas imposé aux seuls avocats.

²²⁹² M. OLIVIER, « La conciliation et la médiation judiciaires en matière civile, aspects anciens et actuels », art. préc., p. 1264.

²²⁹³ C. consom., art. R. 612-3, al. 2.

²²⁹⁴ Pour une étude de la place de l'avocat dans les règlements amiables, v. not. *supra* n^{os} 549 s.

578. Il est un autre intervenant qui est expressément lié par l'obligation de respecter le principe du contradictoire. Il s'agit du technicien intervenant dans le cadre de la procédure participative. Les parties à la procédure peuvent en effet désigner, de concert²²⁹⁵, un technicien qui a vocation à diligenter les expertises²²⁹⁶ « dans le respect du principe du contradictoire »²²⁹⁷. Cette exigence se justifie pour plusieurs raisons. Tout d'abord, en vertu de l'article 1554, alinéa 2, du Code de procédure civile, les parties ont la possibilité de produire le rapport écrit par le technicien en justice. Aussi, eu égard à son éventuelle production devant le juge, l'écriture de ce rapport requiert la contradiction. Ensuite, le bon déroulement de la mission du technicien invite nécessairement à la communication active des parties. L'article 1551 du Code de procédure civile prévoit ainsi que « les parties communiquent au technicien les documents nécessaires à l'accomplissement de sa mission ». Lorsque l'inertie de l'une des parties l'empêche de mener à bien sa mission, il peut convoquer l'ensemble des parties en leur indiquant les diligences qu'il estime nécessaires. En dernier cas, « si la partie ne défère pas à sa demande, le technicien poursuit sa mission à partir des éléments dont il dispose »²²⁹⁸. La contradiction est alors la règle tant au regard de l'éventualité d'un procès ultérieur que du bon déroulement de l'expertise.

Or, de manière générale, le droit positif incite expressément au respect du contradictoire dans le cadre de la procédure participative.

579. Le contradictoire et la procédure participative. Outre l'obligation du technicien de respecter le principe, l'article 2063 du Code civil affirme que la convention de procédure participative est contenue dans un écrit qui précise « les pièces et informations nécessaires à la résolution du différend ou à la mise en état du litige et les modalités de leur échange ». La communication des pièces du dossier implique un bordereau d'avocats, c'est-à-dire un bordereau (ou liste) de pièces, destiné à permettre le respect du contradictoire dans une instance judiciaire. Dès lors, cette communication s'apparente à une application du contradictoire au sein de la procédure participative. Tant l'intervention des avocats que le cadre même de la procédure participative ne laissent aucun doute quant à l'application du principe du contradictoire au sein de ces procédures amiables. Si la question reste en suspens dans le cadre

²²⁹⁵ Ce qui permet une meilleure acceptabilité des constats rendus et renforce la légitimité de l'intervention sollicitée.

²²⁹⁶ CPC, art. 1547 à 1554.

²²⁹⁷ CPC, art. 1549.

²²⁹⁸ CPC, art. 1551, al. 2.

des médiations et conciliations, il convient d'apprécier les risques du rejet du principe du contradictoire en leur sein.

3. Analyse des risques du rejet du principe du contradictoire dans les règlements amiables

580. Pour une sauvegarde de l'équilibre du processus. Le risque de la non-application du contradictoire au sein des règlements amiables réside tout d'abord dans le fait que le médiateur pourrait prendre des initiatives au désavantage de l'une des parties ou des conseils impliqués. Il pourrait en effet prendre contact avec l'une des parties sans en informer l'autre, ni les avocats. Ce manque de transparence est préjudiciable à la résolution amiable d'un différend. La méfiance est de mise et contrevient à la bonne avancée du processus pour trouver une solution juste. Ainsi, l'idée de loyauté émerge. Certains s'accordent sur le fait que la référence au contradictoire dissimule l'exigence essentielle de loyauté²²⁹⁹.

Le principe du contradictoire, en ce sens qu'il garantit l'équilibre et l'égalité des parties dans le processus²³⁰⁰, fait référence à la loyauté. Afin d'atteindre la juste solution, acceptée par l'ensemble des parties au processus, le contradictoire donne force à la loyauté et la motive. Aussi, « le principe de la contradiction est l'appellation juridique donnée au moyen qui réalise la loyauté du procès, qui lui confère son équilibre. La loyauté du procès n'est pas une fin en soi, mais apparaît à son tour comme un moyen : celui d'atteindre la justice »²³⁰¹. En ce sens, l'application du contradictoire au sein des procédures amiables a pour ambition d'encourager la co-création d'une solution juste. En effet, « il y a peu de chances (...) qu'une procédure injuste conduise à (...) de justes contrats »²³⁰². Le principe du contradictoire est ainsi essentiel à la résolution amiable du différend. À défaut de son application, les parties ne seraient plus guidées et pourraient agir de manière déraisonnable. La souplesse des règlements amiables ne prône en aucun cas le règne du cynisme et des comportements déloyaux. En effet, les processus structurés, que sont les règlements amiables, ne peuvent s'épanouir que dans un certain cadre pour répondre aux attentes de la société. Dès lors, le principe du contradictoire et sa mise en

²²⁹⁹ L. CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlements des conflits*, op. cit., p. 136. – Ch. JARROSSON, « Le principe de la contradiction s'applique-t-il à la médiation ? », préc., p. 766 – Rapp. X. LAGARDE, *Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges*, préc. n° 10. – À noter que la notion de loyauté sera précisée ultérieurement : v. *infra* n°s 596 et 606 s.

²³⁰⁰ La contradiction est la condition du procès équitable, v. S. GUINCHARD et a., *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, op. cit., p. 1441.

²³⁰¹ Ch. JARROSSON, « Le principe de la contradiction s'applique-t-il à la médiation ? », art. préc., p. 766.

²³⁰² L. CADIET, « une justice contractuelle, l'autre », art. préc., p. 195.

œuvre par la contradiction paraissent incontournables dans les modes amiables de résolution des différends.

Toutefois, la doctrine s'accorde pour reconnaître que son application mérite une adaptation²³⁰³.

B) Adaptation du principe du contradictoire aux règlements amiables

581. Une transparence mesurée. Si le principe du contradictoire implique la transparence, celle-ci doit être mesurée pour la bonne avancée du processus amiable. En effet, il est des cas où l'une des parties ressentira le besoin de se confier uniquement au médiateur ou au conciliateur avant d'évoquer la problématique aux yeux de tous. Il s'agit alors de s'adapter aux besoins individuels ; en fonction des médiés, du processus et de l'espace de temps dont il est question. Aussi, l'entière responsabilité du tiers consiste à accorder le cheminement du processus amiable au besoin de la cause. Le tiers intervenant recherche le meilleur moyen de parvenir à une solution amiable qui recueillera l'adhésion de l'ensemble des parties. Aussi peut-il, lui-même, estimer nécessaire d'organiser des entretiens individuels avec l'une ou l'autre des parties dans un objectif propice à la réussite du règlement amiable. Pourtant, cette initiative contrevient au respect du principe du contradictoire²³⁰⁴. Ce constat rejoint alors la première thèse exposée selon laquelle le principe du contradictoire ne s'applique pas au sein des règlements amiables²³⁰⁵. Pour résoudre l'équivoque, comment la portée du principe du contradictoire au sein des règlements amiables doit-elle être envisagée ? L'étude proposée prétend dépasser cette perplexité.

Tout d'abord, s'est posée la question de savoir si, à défaut d'une stricte application du principe du contradictoire, ce n'est pas le principe de la contradiction qui devrait être considéré par la justice amiable. Le principe du contradictoire serait alors exclusivement limité à l'activité juridictionnelle. N'admettant aucun aparté entre les parties et le tiers, il céderait sa place au principe de la contradiction au sein des règlements amiables. La mise en pratique de la contradiction justifie largement sa reconnaissance dans la justice amiable, qui suscite une

²³⁰³ Ch. JARROSSON, « Le principe de la contradiction s'applique-t-il à la médiation ? », art. préc., p. 767 ; D. POLLET, « Principe de contradiction et médiation », art. préc.

²³⁰⁴ Cf. *supra* nos 567 s.

²³⁰⁵ Il serait en effet contre-productif de priver le médiateur de recourir à des entretiens séparés avec l'une ou l'autre des parties si ceux-ci tendent à la compréhension de la position opposée et donc à l'accord. La stricte application priverait alors la bonne avancée du processus.

participation active des parties. Selon l'hypothèse envisagée, la véritable distinction entre les deux notions serait alors établie au regard de l'espace d'applicabilité du principe. Appliqué dans le cercle de l'amiable, qui en est l'essence, le principe serait présenté sous la nomination de *contradiction*. Dans le cadre de la justice traditionnelle, l'expression *principe du contradictoire* conserverait son monopole ; nécessitant alors un éclaircissement de la part du législateur. Or, il a été précédemment démontré que la contradiction est la mise en œuvre du principe du contradictoire²³⁰⁶. Aussi, puisque la contradiction est l'application du principe du contradictoire, sa violation entraîne, du même fait, celle du principe. En ce sens, lorsque le tiers organise des apartés avec l'une des parties, la contradiction n'est pas respectée et le principe du contradictoire est lui-même violé. Cette analyse, proposant l'emploi d'une expression propre à la justice amiable ou à la justice étatique, doit alors être réfutée.

Aussi, dans un second temps, il convient de s'intéresser aux aménagements possibles du principe du contradictoire. La nature particulière de la procédure suppose qu'un principe fondamental processuel ne soit pas appliqué tel quel. Il n'est, en effet, pas question d'appliquer un principe avec la rigueur et la sévérité qui sont inhérentes au procès alors que la procédure amiable appelle, au contraire, à la souplesse. De ce fait, en raison de l'utilisation des caucus, la contradiction n'est pas appliquée strictement dans le cadre des règlements amiables.

582. Adaptation du principe à la procédure amiable. Quelle que soit la vision des auteurs quant à l'applicabilité ou, au contraire, la non-applicabilité du principe du contradictoire au sein des règlements amiables, ces derniers s'accordent sur les bienfaits du principe et sa nécessaire adaptation. Le professeur POLLET, favorable à son application, affirmait que le principe de la contradiction en médiation devait être conçu dans une perspective bien différente de celle de l'activité juridictionnelle²³⁰⁷. Monsieur le professeur Charles JARROSSON, défavorable à son application, précisait que le principe de la contradiction ne pouvait s'appliquer tel quel, mais que les garanties qu'il offre pouvaient être atteintes par d'autres biais²³⁰⁸. Bien que les positions doctrinales divergent, l'idéologie d'une empreinte du principe du contradictoire dans les règlements amiables est constante. Il s'agit, pour le premier, d'une adaptation du principe à la procédure amiable, et pour le second, d'une reconnaissance des effets du principe. En creux, l'importance du principe est bel et bien reconnue. Pour autant, le principe doit-il être envisagé par lui-même ou par les effets auxquels il aspire ?

²³⁰⁶ V. *supra* n^{os} 562 s.

²³⁰⁷ D. POLLET, « Principe de contradiction et médiation », art. préc., p. 684.

²³⁰⁸ Ch. JARROSSON, « Le principe de la contradiction s'applique-t-il à la médiation ? », art. préc., p. 767.

Monsieur le professeur Charles JARROSSON a développé son opposition à l'applicabilité du contradictoire au sein des règlements amiables en affirmant que « c'est en réalité par une illusion d'optique que l'on croit appliquer le principe de la contradiction lorsque, hors du procès, on cherche à résoudre un litige en amenant les parties à s'exprimer et à s'écouter afin que, s'étant comprises, elles s'accordent »²³⁰⁹. Ce constat laisse penser à une véritable exclusion du principe et, par-là, à une organisation du processus amiable sans fondement. La peur d'encadrer la force créative de l'amiable tend ainsi à récuser tout principe processuel, et notamment le principe du contradictoire. Or, cette vision doit être rejetée. Les règlements amiables sont des procédures qui méritent d'être guidées afin de garantir les droits de chacune des parties. Ce n'est pas tant l'appréciation de la contradiction au cœur de la justice amiable que la volonté de donner une impulsion nouvelle à ces processus qui motive l'étude. Dès lors, si un trompe-l'œil doit être évoqué²³¹⁰, il s'agit davantage de la perception erronée représentant les règlements amiables comme des processus de non-droit²³¹¹. Certes, les modes amiables de résolution des différends revêtent une souplesse manifeste, qui les caractérise. Pour autant, le droit trouve sa place ; ne serait-ce que par le biais de leur institutionnalisation²³¹². Dès lors que « le droit est l'art du contradictoire »²³¹³, la contradiction trouve une assise légitime au sein des règlements amiables. La promotion du dialogue et la transparence sollicitée au sein des processus amiables dépassent le cadre des conseils de sagesse, sans pour autant revêtir le caractère de règles inflexibles. L'importance de la contradiction au sein des règlements amiables est telle, qu'il ne peut être envisagé que le principe soit exclu. Cette vision avait notamment été partagée par la Commission européenne dans sa recommandation du 30 mars 1990 concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation²³¹⁴, dans sa recommandation du 4 avril 2001

²³⁰⁹ *Ibid.*

²³¹⁰ À l'instar de l'illusion d'optique évoquée par Monsieur le professeur JARROSSON.

²³¹¹ *Cf. supra* n^{os} 147 s.

²³¹² V. not. L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès, op. cit.*, 2^e éd., 2013, p. 225 : « plus les modes alternatifs de règlement des conflits sont institutionnalisés, plus leur soumission à la contradiction va de soi ».

²³¹³ J. CARBONNIER, *préc.* n^o 572.

²³¹⁴ Recommandation de la Commission du 30 mars 1998 concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation, 98/257/CE, JO n^o L 115 du 17 avr. 1998, p. 0031 – 0034 : « considérant que les intérêts des parties ne peuvent être sauvegardés que si la procédure leur permet de faire valoir leur point de vue devant l'organe compétent et de s'informer sur les faits avancés par l'autre partie et, le cas échéant, sur les déclarations des experts » (p. 32). À ce titre, la Commission recommande « que tout organe existant ou à créer ayant comme compétence la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation respecte les principes suivants » parmi lesquels est présenté le « principe du contradictoire ». La considération de celui-ci implique d'ailleurs que « la procédure à suivre comporte la possibilité, pour toutes les parties concernées, de faire connaître leur point de vue à l'organe compétent et de prendre connaissance de toutes les positions et de tous les faits avancés par l'autre partie, ainsi que, le cas échéant, des déclarations des experts » (p. 34).

relative aux principes applicables aux organes judiciaires chargés de la résolution consensuelle des litiges de consommation²³¹⁵ et dans le Livre vert du 19 avril 2002 sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial²³¹⁶. Dans ce dernier texte, la Commission considère expressément que « la procédure doit reposer sur le principe du débat contradictoire, au sens où chaque partie doit pouvoir faire connaître son point de vue, et toute démarche, présentation d'une pièce, d'un document d'une preuve par l'adversaire doit être portée à la connaissance de l'autre partie et librement discutée »²³¹⁷.

Cependant, le principe du contradictoire requiert un aménagement inévitable en raison de la nature particulière de la procédure amiable, et eu égard à la promotion des caucus.

583. La question des caucus. La possibilité donnée au tiers d'entendre les parties séparément a pour ambition d'installer une dynamique dans le processus. Dès lors, ces apartés sont utiles, voire essentiels, à la réussite de la procédure amiable. Ils peuvent en effet permettre de résoudre des situations de blocage. En ce sens, l'article L. 1454-1 du Code du travail admet que « le bureau de conciliation et d'orientation peut entendre chacune des parties séparément et dans la confidentialité ». Il est des situations qui nécessitent des entretiens individuels confidentiels, afin de mettre en œuvre une stratégie d'innovation gagnant-gagnant. Ainsi les caucus doivent-ils être perçus comme une exception nécessaire à l'urgence de la situation. Eu égard à leurs qualités remarquables, ils font abstraction de la stricte exécution du principe du contradictoire dans la procédure l'espace d'un temps nécessaire, et ce, dans un objectif de progression des négociations. En effet, les règlements amiables incitent à la transparence, aux confessions, au dialogue et, donc, au partage d'informations. Or, le dénouement d'une problématique peut, parfois, être motivé par une certaine discrétion. À ce titre, le *Guide de la conciliation de justice de 2021* affirme l'obligation de respecter le principe du contradictoire mais précise que « cela n'exclut pas, dans certaines situations, que le conciliateur de justice entende dans un premier temps les parties séparément, avant de les réunir »²³¹⁸. De même, l'article 8.1 du Règlement de médiation du Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris n'envisage la possibilité pour le médiateur d'entendre les parties qu'à titre d'exception : « s'il

²³¹⁵ Recommandation de la Commission du 4 avril 2001 relative aux principes applicables aux organes extrajudiciaires chargés de la résolution consensuelle des litiges de consommation, C(2001) 1016, JO n° L 109 du 19/04/2001 p. 0056 – 0061 : « Si, à n'importe quel moment de la procédure, l'organe tiers propose une éventuelle solution pour résoudre le litige, chacune des parties doit avoir la possibilité de présenter son point de vue et de formuler des commentaires quant aux arguments, informations ou éléments de preuve soumis par l'autre partie » (p. 60).

²³¹⁶ Livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial, COM/2002/0196 final, § 74.

²³¹⁷ *Ibid.*

²³¹⁸ *Guide de la conciliation de justice*, mars 2021, p. 28.

l'estime utile, il peut entendre les parties séparément ». L'exception contraint le respect du principe pour l'élaboration de la solution la plus juste. La mise à l'écart du principe est justifiée par le domaine dans lequel il s'applique. Alors que de nombreux auteurs ont justifié la thèse de la non-applicabilité du principe du contradictoire au sein des règlements amiables au regard de cette possibilité donnée au tiers d'entendre les parties séparément, l'admission d'une telle souplesse dans l'application du principe prive-t-elle son rayonnement au sein de la justice ? Une analyse comparative des autres procédures prouve le contraire. En effet, le principe du contradictoire « n'est pas aussi rigide que cela en matière judiciaire »²³¹⁹.

584. Constat de la souplesse du principe du contradictoire en matière judiciaire. Il est des cas où la contradiction pourra être éludée de la procédure pour les besoins de la cause. En ce sens, l'article 189 du Code de procédure civile pose le principe selon lequel les parties sont interrogées en présence l'une de l'autre, « à moins que les circonstances n'exigent qu'elles le soient séparément ». Dans le cadre de l'administration judiciaire de la preuve, il n'est dès lors pas interdit au juge d'entendre une partie hors la présence de l'autre. Il en est de même concernant l'audition des témoins prévue à l'article 208 du Code de procédure civile. Cet article précise le principe selon lequel le juge entend les témoins « en présence des parties ou celles-ci appelées ». Le deuxième alinéa de l'article indique que « par exception, le juge peut, si les circonstances l'exigent, inviter une partie à se retirer sous réserve du droit pour celle-ci d'avoir immédiatement connaissance des déclarations des témoins entendus hors sa présence ». À ce stade, alors que la possibilité est donnée au juge d'entendre le témoin hors la présence de l'une des parties, le droit à l'information reste préservé. Pour autant, le troisième alinéa de l'article s'oppose clairement au principe. Dans le cas où il y aurait un risque du dépérissement d'une preuve, « le juge peut (...) procéder sans délai à l'audition d'un témoin après avoir, si possible, appelé les parties ». L'urgence est telle que le principe est contourné. Aussi, malgré l'éminence du principe, les circonstances de l'espèce exigent un aménagement temporaire ; tout comme dans le domaine de l'amiable. Bien que le principe du contradictoire soit largement reconnu en procédure civile, certaines situations précises justifient que celui-ci soit mis de côté en raison de la nécessité de l'affaire. Dans le cadre de la justice amiable, la confiance des parties dans le processus requiert parfois une mise à l'écart du principe. Pour autant, son effacement n'est pas définitif, il est seulement temporaire pour répondre aux besoins du processus et des parties. Force est alors de constater une convergence quant à l'applicabilité du principe du contradictoire quelle que soit la procédure de résolution des différends. Essentiel à la réussite

²³¹⁹ L. CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs des conflits, op. cit.*, p. 136.

de l'ensemble des procédures de résolution des différends, ce principe processuel fondamental tend à rapprocher les parties en s'adaptant aux besoins de la situation. Eu égard à cette capacité d'adaptation, il démontre une certaine souplesse qui lui donne d'autant plus de force.

585. Un aménagement plus justifié encore dans le cadre de la justice amiable. Le principe du contradictoire ne se limite pas à une application rigide, sans considération du domaine dans lequel il intervient. Il s'adapte afin de conduire la procédure vers son but ultime, qui est de résoudre le différend. Or, son aménagement est d'autant plus légitime dans le cadre de la justice amiable. La souplesse attribuée au principe du contradictoire dans le cadre des règlements amiables se justifie précisément parce que la solution ne pourra pas être imposée. L'atteinte portée au principe du contradictoire le temps d'un aparté est en quelque sorte compensée par cette acceptation de la solution par les parties. Lorsque les parties s'accordent, elles donnent leur adhésion volontaire à la solution et consentent à ce que des éléments aient été maintenus sous silence. Cependant, ce retrait du principe, le temps des caucus, reste l'exception. L'objectif est de résoudre le différend tout en préservant les droits de chacune des parties. Il est de la fonction du principe du contradictoire de privilégier la solution juste acceptée par les parties.

586. Synthèse relative à l'applicabilité du principe du contradictoire dans les règlements amiables. L'observation de l'application du principe du contradictoire dans l'ensemble des procédures de résolution des différends révèle sa prééminence et l'unité de sa structure. Bien qu'il s'agrège dans l'ensemble des procédures de résolution des différends, le principe conserve sa substance. Il œuvre afin de protéger les libertés individuelles des parties à la procédure et de promouvoir la discussion, ce qui permet de légitimer la solution qui en est l'issue. Le principe du contradictoire est ainsi envisagé tant dans les procédures traditionnelles, que dans les procédures amiables. À ce titre, Madame le professeur Marie-Anne FRISON-ROCHE reconnaissait que « le contradictoire est certainement l'élément le plus commun à toutes sortes de procédures »²³²⁰. Il se caractérise alors par la diversité des règles de sa mise en œuvre²³²¹. En ce sens, le principe du contradictoire est reconnu de manière uniforme et s'apprécie différemment selon les procédures dans lesquelles il intervient ; ce qui distingue encore le principe du contradictoire et la contradiction. Le principe est fondamental, il s'applique harmonieusement au regard de l'objectif procédural : rendre une solution juste, et au-delà, une justice de qualité. Or, selon la procédure dont il s'agit, la mise en application du principe sera

²³²⁰ M.-A. FRISON-ROCHE, *Généralités sur le principe du contradictoire*, *op. cit.*, n° 4, p. 4.

²³²¹ L. ASCENSI, *op. cit.*, p. 15.

divergente. Aussi, la contradiction fait référence à la procédure de résolution du différend. Eu égard aux contours et aux soubassements du processus amiable, la mise en œuvre du principe est certaine dans le cadre de la justice amiable. La contradiction est une cause de sa réussite.

587. Si de nombreux obstacles à l'admission de l'applicabilité du principe du contradictoire au sein des règlements amiables sont régulièrement soulevés, ils ont été largement écartés. Le principe du contradictoire est plus qu'un principe applicable au sein des règlements amiables, il en est l'essence. À cet égard, il ne peut être question de l'exclure de ce domaine. Concernant les caucus, l'étude a démontré la nécessité et la possibilité de faire exception au principe. Cette dérogation se justifie pour les besoins de la procédure, sa réussite, et la confirmation d'une solution juste. La sévérité inflexible de la règle cède sa place à l'adaptabilité du principe fondamental processuel. Le principe du contradictoire conduit le déroulement de la procédure amiable vers une solution juste et acceptée par les parties. Aussi, la souplesse de son application est nécessaire. En ce sens, le principe du contradictoire s'applique essentiellement dans le cadre de la justice amiable et s'éclipse temporairement selon les besoins de la cause.

Section 3 : Le principe de coopération loyale

588. **Reconnaissance d'un nouveau principe directeur des règlements amiables : le principe de coopération loyale.** La coopération loyale implique de participer fidèlement avec au moins une autre personne à une œuvre ou une action commune. Ce principe, reconnu comme un principe essentiel dans le droit de l'Union européenne, n'a pas de fondement théorique dans le droit positif français. Pour autant, il trouve à s'appliquer dans le domaine des règlements amiables au travers de la volonté d'agir avec autrui dans le but de résoudre un différend. Il sera alors question de reconnaître l'admission du principe de coopération loyale dans le domaine processuel, et ce, eu égard à la fidélité des parties vis-à-vis du processus et de l'œuvre de justice (§1). Ce principe de la coopération loyale, qui met en exergue plusieurs degrés allant de la simple abstention de comportements déloyaux à l'*animus cooperandi* du droit des contrats, démontre un objectif solidariste (§2). Il serait ainsi fondé sur la théorie du « solidarisme procédural ».

Paragraphe 1 : L'admission du principe de coopération loyale et la fidélisation des parties

589. Influence européenne dans la justice amiable. Pour faire œuvre de justice, les règlements amiables requièrent des fondements tels que la loyauté, le renseignement de l'autre, la cohérence et la décence. Aussi, le principe de coopération loyale, issu de la construction européenne (A), apparaît comme inhérent à la réussite du processus amiable (B).

A) Un principe issu de la construction européenne

590. Étude du rôle et des particularités du principe de coopération loyale. Afin de cerner les contours et les soubassements de ce principe de coopération loyale qui tend à être reconnu au sein de la justice amiable, il est essentiel d'apprécier son émergence (1.), son contenu (2.) et ses enjeux (3.).

1. Émergence du principe de coopération loyale

591. Consécration du principe de coopération loyale. Le principe de coopération loyale est visé formellement, depuis le traité de Lisbonne²³²², dans l'article 4 § 3 du Traité sur l'Union européenne. Toutefois, ce principe était déjà dégagé par la Cour de justice de l'Union européenne de l'ancien article 5 du Traité de la Communauté Économique Européenne (C.E.E)²³²³. Nonobstant les nombreuses manifestations de scepticisme à l'égard de cet article²³²⁴, la jurisprudence de la Cour de justice de la communauté européenne n'a pas hésité à révéler sa force à travers la considération de la coopération loyale. En effet, dans un arrêt du 10 février 1983, *Luxembourg c. Parlement européen*²³²⁵, l'expression de « devoirs réciproques de coopération loyale » est utilisée pour la première fois par le juge de l'Union. La Cour s'appuyait ainsi sur l'article 5 du Traité C.E.E pour affirmer que les États membres doivent

²³²² Traité de Lisbonne modifiant le Traité sur l'Union européenne et le Traité instituant la Communauté européenne, JO C 306, 17 déc. 2007, entré en vigueur le 1^{er} déc. 2009.

²³²³ V. not. M. BLANQUET, *L'article 5 du Traité C.E.E., Recherche sur les obligations de fidélité des États membres de la communauté*, Thèse, préf. G. ISAAC, Paris, LGDJ, Coll. « Bibliothèque de droit international et communautaire », t. 108, 1994, 502 p.

²³²⁴ V. M. BLANQUET, *op. cit.*, pp. 1-2.

²³²⁵ CJCE, 10 févr. 1983, *Luxembourg c. Parlement européen*, aff. C-230/81, *Rec.*, p. 255, pt. 37.

veiller à ce que leurs décisions n'entravent pas le bon fonctionnement du Parlement. L'article 5 du Traité C.E.E a été repris à l'identique par l'article 10 du Traité sur la Communauté européenne (C.E). Ce texte faisait référence à deux catégories d'obligations imposées aux États membres : une obligation d'action et une obligation d'abstention. D'une part, l'*obligation d'action* les obligeait à prendre « toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté » et à faciliter « à celle-ci l'accomplissement de sa mission ». D'autre part, l'*obligation d'abstention* imposait aux États membres de s'abstenir « de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du présent traité ». Sur le fondement de cette disposition, la Cour de justice des Communautés européennes a alors dégagé un « principe de coopération loyale »²³²⁶. Ce dernier était régulièrement invoqué par le biais de différentes expressions, telles qu'un « devoir de coopération loyale »²³²⁷, des « devoirs réciproques de coopération loyale »²³²⁸, une « obligation de coopération loyale »²³²⁹ ou encore « des exigences de coopération loyale »²³³⁰. La Cour va même jusqu'à évoquer un « esprit de coopération loyale »²³³¹.

L'article 4 § 3 du Traité sur l'Union européenne, dans sa rédaction issue du Traité de Lisbonne, s'est substitué à l'article 10 du Traité C.E et a permis d'enrichir la réflexion relative à ce principe. Ses alinéas 2 et 3 réaffirment les deux obligations d'action et d'abstention imposées aux États, antérieurement contenues au sein de l'article 10 du Traité C.E. Par ailleurs, il consacre dans son premier alinéa le principe de coopération loyale, en vertu duquel « l'Union et les États membres se respectent et s'assistent mutuellement dans l'accomplissement des missions découlant des traités ». Le principe est désormais affirmé expressément dans le texte. Au-delà de cet article, considéré comme le fondement normatif du principe de coopération loyale, l'article 13 § 2 du même traité consacre également de manière explicite un devoir de coopération loyale entre les institutions²³³². Eu égard à son omniprésence dans le traité, le principe est largement reconnu.

²³²⁶ CJCE, 7 janv. 2004, *Wells*, aff. C-201/02, *Rec.*, p. I-723, pt. 64.

²³²⁷ CJCE, 13 déc. 1991, *Commission c. Italie*, aff. C-33/90, *Rec.*, p. I-5987, pt. 20.

²³²⁸ CJCE, 10 févr. 1983, *Luxembourg c. Parlement européen*, précit., pt. 37.

²³²⁹ CJCE, 11 juin 1991, *Nikolaos Athanasopoulos et autres*, aff. C-251/89, *Rec.*, p. I-2797, pt. 57.

²³³⁰ CJCE, 5 oct. 2006, *Commission c. Allemagne*, aff. C-105/02, *Rec.*, p. I-9659, pt. 87.

²³³¹ CJCE, 26 avr. 2005, *Commission c. Irlande*, aff. C-494/01, *Rec.* p. I-3331, pt. 45.

²³³² T.U.E, art. 13 § 2 : « Chaque institution agit dans les limites des attributions qui lui sont conférées dans les traités, conformément aux procédures, conditions et fins prévues par ceux-ci. Les institutions pratiquent entre elles une coopération loyale ».

592. Portée du principe de coopération loyale. Tant les évolutions jurisprudentielles que la consécration du principe de coopération loyale dans le Traité de l'Union ont conduit à un élargissement de sa portée. En effet, conformément à l'article 10 du Traité C.E, les obligations de coopération loyale n'étaient qu'à la charge des États membres au profit de la Communauté. Or, la Cour de justice est intervenue afin d'étendre la dimension de ce principe. Elle évoque une « règle imposant aux États membres et aux institutions communautaires des devoirs réciproques de coopération loyale »²³³³ ou encore le « devoir de coopération loyale avec les instances judiciaires nationales qui incombe aux institutions communautaires »²³³⁴. Il appert que ce principe s'impose tant aux États envers la Communauté qu'aux institutions de l'Union vis-à-vis des États. En ce sens, « il s'applique de manière verticale, à la fois de manière ascendante, c'est-à-dire de l'État vers l'Union, et de manière descendante, de l'Union vers les États »²³³⁵. Toutefois, outre cette dimension verticale, la Cour de justice est allée plus loin encore en ajoutant une dimension horizontale à la portée du principe de coopération loyale²³³⁶. Elle a en effet dégagé un devoir de coopération loyale entre les institutions de l'Union²³³⁷ et entre États²³³⁸. Le principe de coopération loyale oblige dès lors l'ensemble des acteurs de la Communauté européenne. Il les lie dans un objectif de bon déroulement des missions de chacun. La Cour de justice a ainsi donné au principe de coopération loyale la portée générale que le Traité de l'Union consacre aujourd'hui²³³⁹. L'intégration de ce principe dans l'article 4 du Traité de l'Union en tant que paragraphe 3 permet en effet d'afficher cette « double dynamique ». Il s'agit d'une véritable réciprocité puisque le principe incombe à la fois aux institutions et aux États membres. La grande dimension du principe de coopération loyale traduit ainsi son caractère fondamental.

Permettant des projections quant à la nature même de la construction européenne, ce principe revêt une connotation politique forte. Or, *quid* de son contenu précis ?

²³³³ CJCE, 10 févr. 1983, *Luxembourg c. Parlement européen*, précit., pt. 37.

²³³⁴ CJCE, 28 févr. 1991, *Stergios Delimitis c. Henninger Bräu*, C-234/89, Rec., p. I-935, pt. 53 – *Adde* CJCE, ordon. 13 juill. 1990, *Zwartveld*, aff. C-2/88, Rec., p. I-3365.

²³³⁵ X. MAGNON, « La loyauté dans le droit institutionnel de l'Union européenne », *Rev. aff. eur.*, n° 2, 2011, pp. 245-251.

²³³⁶ *Ibid.*

²³³⁷ CJCE, 27 sept. 1988, *Grèce c. Conseil*, aff. 204/86, Rec., p. 5323 ; CJCE, 30 mars 1995, *Parlement c. Conseil*, aff. C-65/93, Rec., p. I-643, pt. 23.

²³³⁸ CJCE, 11 juin 1991, *Nikolaos Athanasopoulos et autres*, précit., pt. 57.

²³³⁹ P. RODIERE, *Droit social de l'Union européenne, Traité de droit social de l'Union européenne*, 2^e éd., LGDJ, 2014, n° 48, pp. 69 et s.

2. Contenu du principe de coopération loyale

593. Principe de coopération loyale et obligation de fidélité. La fidélité est définie par le dictionnaire de référence Capitant comme « la foi due à un engagement » ; le « respect de la parole donnée » ; l'« accomplissement correct et ponctuel de la mission confiée »²³⁴⁰. Aussi, certains auteurs, à l'instar de Monsieur le professeur Marc BLANQUET²³⁴¹, ont assimilé le principe de la coopération loyale à ce comportement favorable et bienveillant. Cette lecture assimilationniste de l'article 4 § 3 TUE à la fidélité s'apprécie notamment au regard du principe de fidélité fédérale, spécialement illustré par la « Bundestreue » allemande²³⁴². Quatre types d'obligations ressortent alors de l'analyse de cette disposition : une obligation de coopération, une obligation de collaboration, une obligation de loyauté et une obligation de solidarité²³⁴³.

594. Coopération. Ainsi que le développe Monsieur le professeur BLANQUET dans sa thèse de doctorat²³⁴⁴, la première obligation se distingue au regard de l'implication des États membres. La *coopération* s'apprécie comme l'action de participer, avec une ou plusieurs personnes, à une œuvre commune²³⁴⁵. Il s'agit d'une action conjointe ou coordonnée en vue de parvenir à des résultats communs²³⁴⁶. Les États membres jouent un rôle actif, qui leur est propre, dans la réalisation des objectifs de la communauté. En ce sens, « ils concourent, en tant qu'États membres, à l'entreprise commune »²³⁴⁷. Il est également question de dépendance, dès lors que l'implication de l'un aura un impact quant à la réalisation et au succès du travail de tous²³⁴⁸. Cette première obligation fait alors référence au deuxième alinéa de l'article 4 § 3, relatif à l'obligation d'action.

²³⁴⁰ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., v° « Fidélité ».

²³⁴¹ M. BLANQUET, *L'article 5 du Traité C.E.E., Recherche sur les obligations de fidélité des États membres de la communauté*, préf. G. ISAAC, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit international et communautaire », t. 108, 1994, p. 19.

²³⁴² Ce principe non écrit du droit constitutionnel allemand, formulé par R. SMEND en 1916 (*in* « Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchische Bundestaat », aus der *Festgabe für Otto Mayer*, Tübingen, Verlag von J.C.B. Mohr, 1916) a été développé par la Cour constitutionnelle à travers sa jurisprudence. Il découle du principe fédéral et a pour fonction de renforcer la Fédération dans son ensemble en obligeant l'État fédéral, ainsi que les États fédérés, à prendre en considération dans leur comportement l'intérêt commun. V. not. H.A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, *Une notion capitale du droit constitutionnel allemand : La Bundestreue (Fidélité fédérale)*, RDP 1979, p. 769 ; A. BLECKMANN, *Zum Rechtsinstitut der Bundestreue - Zur Theorie der subjektiven Rechte im Bundesstaat*, JZ 1991, p. 900.

²³⁴³ M. BLANQUET, *L'article 5 du Traité C.E.E., Recherche sur les obligations de fidélité des États membres de la communauté*, op. cit., pp. 21 s.

²³⁴⁴ *Ibid.*

²³⁴⁵ V° « Coopération » *in* J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), *Le Petit Robert*, op. cit. ; CNRTL ; *Trésor de la Langue Française informatisé* (TLFi).

²³⁴⁶ V. G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., v° « Coopération ».

²³⁴⁷ M. BLANQUET, *L'article 5 du Traité C.E.E., Recherche sur les obligations de fidélité des États membres de la communauté*, op. cit., p. 21.

²³⁴⁸ Cette dépendance implique ainsi une solidarité, v. *infra* n° 597.

595. Collaboration. En vertu du troisième alinéa dudit article, « les États membres facilitent l’accomplissement par l’Union de sa mission ». En ce sens, ils aident à la concrétisation des objectifs dont l’action principale relève de l’Union. Il s’agit alors d’une intervention indirecte des États ; ce qui justifie très certainement le déplacement de cette exigence dans le troisième alinéa, aux côtés de l’obligation d’abstention des États membres. Ce deuxième type d’obligation fait ainsi référence à la collaboration. Si la collaboration est généralement appréhendée comme un synonyme de la coopération, une nuance doit être relevée. En effet, la collaboration fait référence comme un travail en commun²³⁴⁹. Pour autant, la définition met en exergue une aide, une assistance²³⁵⁰. « Collaborer » est en effet défini comme le fait de « travailler de concert avec quelqu’un d’autre, l’aider dans ses fonctions »²³⁵¹. Parmi ses synonymes, le *Larousse* évoque l’action de « seconder », dans l’objectif d’une œuvre commune²³⁵². Cette appréciation exprime ainsi le rôle modulable des États membres selon les attentes et les besoins de l’Union.

596. Loyauté. Le troisième type d’obligation, qui est appréhendé eu égard au troisième et dernier alinéa de l’article 4 § 3 TUE, est le devoir de loyauté. Selon Monsieur le professeur Marc BLANQUET, l’obligation reposant sur les États membres de s’abstenir de tout acte pouvant perturber la réalisation de buts fixés en commun s’assimile à un comportement loyal dans le sens où elle promeut l’absence de « coups interdits »²³⁵³. La loyauté serait alors assimilée à l’abstention d’agir²³⁵⁴, c’est-à-dire à un rôle passif de la part des États membres, et ce, pour la bonne réalisation de la mission de l’Union. Cette vision rejoint la définition donnée au principe de loyauté de la preuve, consacré par la jurisprudence de la Cour de cassation²³⁵⁵. En effet, la notion de loyauté est difficilement appréhendée²³⁵⁶. La preuve déloyale est définie comme la « preuve obtenue au prix d’un stratagème qui n’est pas digne de la justice pénale »²³⁵⁷. Cette définition est donnée de manière négative. Aussi, le respect de cette obligation tient à

²³⁴⁹ Dér. de *collaborare* : travailler ensemble (G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., v° « Collaboration »).

²³⁵⁰ *Ibid.*

²³⁵¹ *Grand Larousse Encyclopédique*, v° « Collaborer ».

²³⁵² *Ibid.* ; CNRTL, v° « Collaborer », synonymie.

²³⁵³ M. BLANQUET, *L’article 5 du Traité C.E.E., Recherche sur les obligations de fidélité des États membres de la communauté*, op. cit., p. 22 et pp. 169 et s.

²³⁵⁴ X. MAGNON, art. préc. – V. égal. les conclusions de P. MADURO sur CJCE, 10 juill. 2008, *Commission c. Autriche*, aff. C-205/06 : « Conformément au devoir de coopération loyale, un État membre ne peut compromettre aucune forme d’action communautaire », pt. 38.

²³⁵⁵ Cass., Crim., 7 janv. 2014, n° 13-85.246, *Bull. Crim.*, 2014, n° 1 – Cass. Ass. plén., 6 mars 2015, n° 14-84.339, *Bull. crim.*, 2015, Ass. plén., n° 2.

²³⁵⁶ Il s’agit d’une notion « trop malléable pour satisfaire aux exigences de prévisibilité de toute règle de procédure... » : P. BOUZAT, « La loyauté dans la recherche des preuves », in *Mél. Hugueney*, Sirey, 1964, p. 155.

²³⁵⁷ *Ibid.*, cité in C. RIBEYRE, « Quand loyauté rime avec imprévisibilité ! », *JCP G.*, n° 52, 25 déc. 2017, 1376.

l'abstention d'une ruse, d'un artifice, d'un tel stratagème. Pour autant, le rayonnement de la loyauté peut être appréhendé plus largement.

Le *Vocabulaire juridique* de l'Association Henri Capitant affirme à la fois « une sincérité contractuelle (dans la formation du contrat) », « la bonne foi contractuelle (dans l'exécution du contrat) », mais encore « dans le débat judiciaire, le bon comportement qui consiste, pour chaque adversaire, à mettre l'autre à même d'organiser sa défense, en lui communiquant en temps utile ses moyens de défense et de preuve »²³⁵⁸. Cette deuxième partie de la définition renvoie en effet au lien précédemment évoqué entre la contradiction et la loyauté²³⁵⁹. À cet effet, la loyauté doit être également appréhendée au titre d'un rôle actif de la part des parties à la procédure. La loyauté ne peut être limitée à l'abstention. Elle revêt également une approche active. La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne a notamment relevé que le devoir de coopération loyale « entraîne une obligation pour les États membres de prendre toutes les mesures propres à garantir la portée et l'efficacité du droit communautaire »²³⁶⁰. La loyauté des États membres est mise en lumière par leurs actions eu égard à l'obligation d'une intervention positive. La loyauté, en tant qu'élément de cette fidélité issue du principe de coopération loyale, semble ainsi revêtir deux aspects : une loyauté active, dans laquelle le comportement des membres doit prouver une droiture et une sincérité exemplaire, et une loyauté passive, au titre de la nécessaire absence de coups bas.

La loyauté trouve ainsi place tout au long de l'article 4 § 3 TUE. Tout d'abord, le premier alinéa dispose que « l'Union et les États membres se respectent et s'assistent mutuellement ». Si la loyauté ne doit pas être assimilée à la conformité ou à la soumission, elle est l'acceptation et le respect d'un contrat moral et des règles de transparence au sein d'un groupe. À ce titre, l'armée française prône une loyauté définie « comme la fidélité aux engagements pris, au respect des règles de l'honneur et de la probité »²³⁶¹. Il en ressort dès lors une forme d'honnêteté intellectuelle et comportementale qui garantit la confiance entre les partenaires. Ainsi la loyauté apparaît-elle comme une condition de la réussite de l'œuvre collective. Elle est garante de l'ordre et de la discipline, elle guide les comportements de chacun

²³⁵⁸ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., v° « Loyauté ».

²³⁵⁹ V. supra n° 580.

²³⁶⁰ CJCE, 26 nov. 2002, *First et Franex*, aff. C-275/00, *Rec.*, p. I-10943, pt. 49 ; CJUE, 16 oct. 2003, *Irlande c. Commission*, aff. C-339/00, *Rec.*, p. I-11557, pt. 71.

²³⁶¹ V. Publication armée de Terre, « La loyauté », pp. 35-36 in <https://fr.calameo.com/read/00651368527c1a3247bb9> - V. aussi *L'exercice du commandement dans l'armée de terre. Commandement et fraternité*, État-major de l'armée de terre, Paris mai 2016 ; *Directive relative aux comportements dans l'armée de terre*, État-major de l'armée de terre, Paris, mars 2001.

et permet des relations apaisées. La loyauté s'observe ensuite tant dans le deuxième alinéa que dans le troisième alinéa eu égard à ses deux approches active et passive.

597. Solidarité. Enfin, au titre de l'évolution de la portée du principe de coopération loyale, l'article 4 § 3 TUE assure les devoirs mutuels des États membres qui impliquent une certaine solidarité. Les États membres apparaissent dépendants les uns des autres et solidaires entre eux. En effet, la prospérité de l'un dépend des agissements des autres au sein de la communauté. Dès lors, la solidarité est nécessaire pour obtenir le bénéfice attendu par l'ensemble des partenaires. Le réseau dans lequel ils sont intégrés implique de réelles interférences et conduit à l'établissement d'une responsabilité mutuelle entre les membres²³⁶². La Cour de justice a notamment employé ce concept de solidarité dans le sens de « solidarité interétatique »²³⁶³. Cette solidarité apparaît ainsi au titre de l'assistance mutuelle exposée dans le premier alinéa de l'article 4 § 3.

Eu égard à l'analyse de son contenu, le principe de coopération loyale pourrait être reconnu comme le fondement des principes qui régissent le fonctionnement de l'Union européenne et constituent son autonomie et sa spécificité²³⁶⁴.

3. Enjeux du principe de coopération loyale

598. Un principe de coopération loyale comme fondement de l'identification d'un espace commun. Si l'émergence du principe de coopération loyale s'est réalisée en plusieurs étapes²³⁶⁵, les enjeux se sont développés au rythme de ces évolutions. Le principe de coopération loyale avait pour objet principal de construire une communauté d'États unie et reconnue au niveau international. Or, pour ce faire, les États membres doivent œuvrer conjointement pour la bonne réalisation des objectifs du traité signé. Diverses obligations leur

²³⁶² Cette situation est d'ailleurs connue dans le droit civil, au titre de la solidarité entre créanciers ou débiteurs (C. Civ., art. 1310 et s.). Dans le cadre de la solidarité active, plusieurs créanciers sont titulaires d'une créance unique à l'encontre d'un débiteur unique. En vertu de cette solidarité, il s'ensuit que chacun d'entre eux est en droit d'exiger du débiteur le paiement de la totalité de ce qui est dû. Dans le cadre de la solidarité passive, un créancier est titulaire d'une créance à l'encontre de plusieurs débiteurs. Il s'ensuit que le créancier peut réclamer à chaque débiteur, pris individuellement, le paiement de la totalité de la dette.

²³⁶³ CJCE, 7 févr. 1973, *Commission c. Italie*, aff. 39/72, *Rec.* 101. – CJCE, 7 févr. 1979, *Commission c. Royaume-Uni*, aff. 128/78, *Rec.* 419.

²³⁶⁴ E. NEFRAMI, « Le principe de coopération loyale comme fondement identitaire de l'Union européenne », *Rev. du marché Commun et de l'Union Européenne*, n° 556, 2012, pp. 197-203.

²³⁶⁵ À travers l'évolution de l'article 5 C.E.E., la considération jurisprudentielle et la consécration de l'article 4 § 3 TUE.

ont dès lors été imposées afin que les actions de chacun convergent vers le même but²³⁶⁶. La construction de liens interétatiques a ainsi créé un véritable espace commun et le principe de coopération permet d'identifier cet ensemble européen sur la scène internationale. La Cour de justice a notamment souligné l'exigence d'une unité dans la représentation internationale de l'Union et de ses États membres dans le cadre des accords mixtes, relatifs à des domaines de compétences partagées. Dans les avis 2/91²³⁶⁷ et 1/94²³⁶⁸, la Cour a affirmé l'importance d'assurer « une coopération étroite » entre les institutions et les États membres. À travers plusieurs arrêts, et notamment celui en date du 20 avril 2010 *Commission c. Suède*, la Cour de justice a consacré le principe de coopération loyale comme fondement de l'identification de l'ensemble européen²³⁶⁹. Cette affaire s'inscrivait dans le cadre de la gestion de la convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants. Il s'agissait dès lors d'un accord mixte. Il résultait des circonstances de l'espèce que l'État membre s'était dissocié d'une stratégie commune concertée au sein du Conseil en exprimant une proposition unilatérale. Dans la mesure où le Royaume de Suède aurait conduit à une division de la représentation internationale de la Communauté, la Cour le condamne pour manquement à l'obligation découlant de l'article 4 § 3 TUE. L'espace est autonomisé et les États membres œuvrent pour sa reconnaissance. Aussi, au-delà de l'ensemble, la consécration de ce principe de coopération loyale dévoile l'Union des membres du groupe.

599. Un principe de coopération loyale comme fondement d'une Union de membres. À la lecture du troisième alinéa de l'article 4 § 3 TUE, la primauté du droit de l'Union est mise en relief²³⁷⁰. En effet, il est question de l'obligation de ne pas mettre en péril la réalisation des objectifs de l'Union. Ces derniers sont ainsi prioritaires par rapport aux intérêts de chacun des États membres. L'Union prévaut et les membres doivent s'engager

²³⁶⁶ En ce sens, le principe de coopération loyale « tisse entre les institutions et les États membres un réseau d'obligations réciproques particulièrement denses qui traduisent leur appartenance à un ensemble commun », H. GAUDIN, « L'exercice en commun de compétences comme fondement d'un ordre constitutionnel commun », in P.-Y. MONJAL et E. NEFRAMI, *Le commun dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 210 et s., spéc. p. 211, citant M. BLANQUET, *L'article 5 du traité C.E.E. Recherche sur les obligations de fidélité des États membres de la Communauté*, op. cit. – cité in L. POTVIN-SOLIS, « Le principe de coopération loyale », in H. GAUDIN (dir.), *Le droit constitutionnel européen, quel droit constitutionnel européen ?*, *Annuaire de droit européen*, Volume VI, 2008, pp. 165-210, spéc. p. 170.

²³⁶⁷ CJCE, 19 mars 1993, Conclusion de la Convention n° 170 de l'Organisation Internationale du Travail concernant la sécurité dans l'utilisation des produits chimiques au travail, Rec. p. I-1061, pts. 12 et 36.

²³⁶⁸ CJCE, 15 nov. 1994, avis relatif à la compétence de la Communauté pour conclure les accords OMC, Rec. p. I-5267, pt. 108.

²³⁶⁹ CJUE, 20 avr. 2010, *Commission c. Suède*, aff. C-246/07, Rec. p. I-3317. – *Adde* CJCE, 30 mai 2006, *Commission c. Irlande*, aff. C-459/03, Rec. p. I-4657.

²³⁷⁰ Pour une étude de la primauté de l'union, v. J. MOLINIER, « Primauté du droit de l'Union européenne », *Rép. Dr. eur.*, sept. 2011 (actualisation oct. 2013).

conjointement pour la réussite de ses projets. Ils sont mobilisés au service des objectifs de l'Union, et ce, en vertu du principe de coopération loyale. À ce titre, dans l'arrêt *Flaminio Costa c. ENEL* du 15 juillet 1964, la Cour a affirmé « que la force exécutive du droit communautaire ne saurait, en effet, varier d'un État à l'autre à la faveur des législations internes ultérieures, sans mettre en péril la réalisation des buts du traité »²³⁷¹. Aussi, d'aucuns n'hésitent pas à faire du principe de coopération loyale le fondement même de la primauté du droit de l'Union. En ce sens, il a pu être affirmé que « la primauté (d'application) du droit communautaire repose en définitive sur le principe de la compétence fonctionnelle de la Communauté et se trouve plus particulièrement exprimée à l'article 5 du Traité C.E.E »²³⁷² ; que « la primauté du droit communautaire sur les ordres nationaux a été fondée par la Cour sur l'article 5 »²³⁷³ ; qu' « en 1964, c'est, en autres, sur l'article 5 alinéa 2 que la Cour a fondé la primauté du droit communautaire sur le droit national »²³⁷⁴. Bien que la Cour de justice n'ait pas admis de fondement propre, il appert que la coopération loyale est assurément combinée avec la mise en exergue de la primauté du droit de l'Union²³⁷⁵. La coopération loyale admet le caractère nécessairement commun du droit de l'Union mais également la nécessité de privilégier le droit supranational afin que les actes de l'Union déploient leurs pleins effets.

600. Un principe de coopération loyale comme fondement de la protection juridictionnelle effective dans une Union de droit. Le principe de coopération loyale démontre enfin un enjeu essentiel de la reconnaissance de l'identité européenne : la protection juridictionnelle. À ce titre, l'Union européenne apparaît telle une Union de droit. Chaque membre de l'Union est protégé par les droits fondamentaux qu'elle prévoit. La protection juridictionnelle effective est assurée à la fois par le juge de l'Union et le juge national. Or, le principe de coopération loyale est considéré comme le fondement de cet attribut essentiel au niveau du juge national, dans son office de juge de l'Union²³⁷⁶. L'article 19 § 1, alinéa 2, TUE,

²³⁷¹ CJCE, 15 juill. 1964, *Flaminio Costa c. ENEL*, aff. 6/64, *Rec.* p. 1141.

²³⁷² Conclusions REISCHL dans l'arrêt CJCE, 27 mars 1980, *Amministrazione delle finanze dello Stato c. Denkavit italiana Srl*, aff. 61/79, *Rec.* 1205.

²³⁷³ G. M. UBERTAZZI, « L'impact du droit communautaire dans le procès pénal interne », *RTD eur.* 1975. 196.

²³⁷⁴ H. JOHANNES, « La propriété industrielle et le droit d'auteur dans le droit des Communautés européennes », *RTD eur.* 1973. 369.

²³⁷⁵ Pour une étude précise de ce lien établi entre l'ancien art. 5 et la primauté de l'Union, v. not M. BLANQUET, *L'article 5 du Traité C.E.E. Recherche sur les obligations de fidélité des États membres de la Communauté*, *op. cit.*, pp. 199 et s.

²³⁷⁶ E. NEFRAMI, « Le principe de coopération loyale comme fondement identitaire de l'Union européenne », art. préc. – O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire*, Dalloz, Coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », vol. 4, 2001, pp. 309 et s. – L. POTVIN-SOLIS, « Le principe de coopération loyale », in H. GAUDIN (dir.), *Le droit constitutionnel européen, quel droit constitutionnel européen ?*, *Annuaire de droit européen*, Volume VI, 2008, pp. 165-210, spéc. pp. 195 et s.

introduit par le Traité de Lisbonne, prévoit notamment que « les États membres établissent les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union ». Cette disposition va ainsi au-delà de la considération du droit d'accès au juge, consacré tant dans la jurisprudence que dans la Charte des droits fondamentaux²³⁷⁷. Elle met en exergue l'objectif de protection juridictionnelle effective auquel doivent concourir les juges nationaux, conformément au principe de coopération loyale. Cette protection juridictionnelle effective conduit à la reconnaissance d'une Union de droit fondée sur le concours des juges nationaux et des États membres qui aménagent des voies de droit nationales à cet effet.

Alors que le principe de coopération loyale est considéré comme le fondement identitaire de l'Union, certains n'hésitent pas à considérer qu'il est appelé à devenir la « base existentielle d'un ordre juridique autonome »²³⁷⁸.

601. Manifestation du principe de coopération loyale dans un autre domaine. Le principe de coopération loyale ne revêt à ce jour qu'une place restreinte au sein de l'Union, eu égard à la vision politique qui lui est donnée. Or, tant son contenu que ses enjeux conduisent à identifier ce principe dans un domaine, certes bien lointain, mais pourtant si comparable : le processus amiable. La coopération, la collaboration, la loyauté et la solidarité sont bien les maîtres mots d'un mode amiable réussi. En outre, la reconnaissance d'un espace commun, d'une union entre les membres et la protection qui leur est due illustrent également les contours des règlements amiables. Enfin, que dire de l'autonomie et de l'engagement de chacun des partenaires pour une œuvre commune. À l'instar des États membres de l'Union européenne, les parties au règlement amiable sont autonomes et agissent conjointement afin de concrétiser les objectifs du processus, à savoir trouver une réponse mutuellement satisfaisante au différend en cause.

B) Un principe inhérent à la réussite du processus amiable

602. Étude et correspondance. L'analyse des contours du principe de la coopération loyale et de l'article 4 § 3 TUE, dont il est issu, a permis de percevoir les liens profonds existant

²³⁷⁷ V. *supra* n^{os} 283 s.

²³⁷⁸ E. NEFRAMI, art. préc., qui reprend « un classique » de Monsieur le professeur Denys SIMON (« Les fondements de l'autonomie du droit communautaire », in *Droit international et droit communautaire, perspectives actuelles*, Colloque de Bordeaux, S.F.D.I., Paris, Pédone, 2000, p. 207 et s.).

avec le processus amiable de résolution des différends. Le contenu du principe implique tout d'abord une véritable correspondance avec les besoins de l'amiable. Aussi, le principe de coopération loyale apparaît comme le fondement essentiel des règlements amiables (1.). Dans un second temps, l'analyse des règlements amiables eux-mêmes démontre des similitudes avec la construction de l'espace européen. Le cercle de l'amiable se rapproche de l'espace commun européen et implique des conséquences analogues. Alors que le principe de coopération loyale est régulièrement appréhendé comme le fondement identitaire de l'Union européenne, il tend à être reconnu comme le fondement identitaire des règlements amiables (2.).

1. Le principe de coopération loyale, fondement essentiel des règlements amiables

603. Contenu du principe de coopération loyale et règlements amiables. L'étude de l'article 4 § 3 TUE a dévoilé l'émergence de quatre obligations inhérentes à l'application du principe de la coopération loyale : la coopération, la collaboration, la loyauté et la solidarité²³⁷⁹. Alors que le règlement amiable s'appréhende comme un processus dialogique tendant à un rapprochement des parties pour trouver une solution mutuellement satisfaisante, ces quatre exigences nécessitent une large considération en leur sein. Ainsi, chacune d'entre elles mérite une analyse particulière.

604. La coopération dans les règlements amiables. La coopération, définie comme l'action conjointe en vue de parvenir à une œuvre commune, correspond à l'engagement actif des parties dans le règlement amiable. En effet, les parties participent collectivement pour mettre fin à la discorde et rétablir la paix dans leur relation. Elles font œuvre de justice ensemble. À ce titre, la notion de « participation » est importante. Tel est l'objectif des règlements amiables : rendre les parties autonomes en les faisant participer à la résolution de leur propre différend. Dans le cadre d'un règlement amiable, les parties construisent elles-mêmes la solution au différend en cause. Au contraire de la procédure juridictionnelle traditionnelle, elles ne sont pas passives dans l'attente de la réponse de justice. Elles concourent, en tant que juge de leur propre cause, à l'entreprise commune. Sans coopération, pas de règlement amiable.

²³⁷⁹ V. *supra* n^{os} 593 s.

L'écrivain français SAINTE-BEUVE affirmait : « en toute coopération on est, en quelque sorte, dépendant de ses collaborateurs et solidaire avec eux »²³⁸⁰. La question de la dépendance, insérée au cœur de l'action de coopération, se justifie notamment dans les règlements amiables. En effet, la réussite du règlement amiable dépend de la volonté de l'ensemble des parties au processus. Aussi, la motivation de l'une à régler son différend à l'amiable nécessite la motivation de l'autre. Les parties sont liées à tel point qu'elles sont sous l'influence les unes des autres pour l'avenir du conflit et, par conséquent, de leur relation. Elles « s'assistent mutuellement »²³⁸¹ afin de résoudre le différend qui les oppose.

605. La collaboration dans les règlements amiables. Alors que la collaboration implique un travail commun²³⁸², le cadre du règlement amiable met en exergue le travail collectif des parties dans la construction de l'accord. Au titre de l'aide et de l'assistance inhérentes à la réussite du processus, la collaboration met en lumière une politique de l'entente. Les parties négocient et recherchent une solution qui les satisferont mutuellement. La réussite du processus amiable se déduit de la contribution de chacun et de l'aide réciproque apportée. Au-delà de la construction de l'accord en lui-même, l'efficacité du règlement amiable implique sa bonne exécution. Par leur concours, les participants au processus « facilitent l'accomplissement »²³⁸³ de la solution sur laquelle ils se sont accordés. À l'instar des États membres de l'Union européenne qui œuvrent pour la réussite des objectifs de l'Union, les parties au processus amiable aident à la concrétisation des objectifs de la justice amiable. Leur investissement permet de résoudre le différend loin de la figure du juge. La collaboration des parties participe ainsi au désengorgement des tribunaux. En ce sens, les parties sont à la fois les maîtres de la résolution de leur propre différend et des acteurs indirects pour l'efficacité de la justice. Comme précédemment évoqué²³⁸⁴, certains dictionnaires expriment cette vision de la collaboration en rapprochant la notion à celle de « seconder »²³⁸⁵. Il appert alors que l'engagement des parties dans un règlement amiable va au-delà de la résolution de leur propre différend, mais répond à l'œuvre de la justice amiable ; elles y collaborent.

²³⁸⁰ C.-A. SAINTE-BEUVE, cité in J. VIER, « Le Joseph Delorme de Sainte-Beuve », *Les archives des lettres modernes*, études de critique et d'histoire littéraire, janv.-févr. 1960, n° 29, p. 7.

²³⁸¹ Cf. TUE, art. 4 § 3, al. 1^{er}.

²³⁸² Dér. De *collaborare* : travailler ensemble (G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., v° « Collaboration »).

²³⁸³ En référence à l'art. 4 § 3, al. 3., TUE.

²³⁸⁴ V. n° 595.

²³⁸⁵ V° « Collaborer », synonymes, in *Grand Larousse Encyclopédique et in CNRTL*.

606. La loyauté dans les règlements amiables. Définie comme la « fidélité à tenir ses engagements, à obéir aux règles de l'honneur et de la probité »²³⁸⁶, la loyauté est appréhendée tant dans le cadre processuel que dans le cadre contractuel²³⁸⁷. Pourtant, bien que l'idée de loyauté ne soit pas absente des codes de procédure, elle n'est pas énoncée expressément. Certains auteurs s'opposent – voire dénoncent – à la reconnaissance de la loyauté comme un principe directeur du procès²³⁸⁸. *A contrario*, la doctrine majoritaire estime que la loyauté est un principe émergent²³⁸⁹. Le rapport Delmas-Goyon proposait notamment de l'inscrire dans l'article 15 du Code de procédure civile, comme principe directeur du procès civil²³⁹⁰. De même, le rapport sur l'amélioration et la simplification de la procédure civile, remis au ministère de la Justice le 15 janvier 2018 préconisait sa consécration²³⁹¹. Nonobstant son absence de reconnaissance dans les textes de droit positif, la jurisprudence soutient la vision de MOTULSKY²³⁹² et met en lumière cette exigence de loyauté des parties ; que ce soit dans les débats ou dans l'administration de la preuve. Pour illustration, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a affirmé qu'« un prévenu n'est pas recevable à invoquer l'inopposabilité, en France, d'une décision étrangère qui a prononcé le divorce sur sa propre demande »²³⁹³. Dans de telles situations, le principe de loyauté était appréhendé en référence au principe de l'estoppel, c'est-à-dire l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui²³⁹⁴. Par la suite, la Cour de cassation a progressivement dégagé un principe autonome de loyauté dans

²³⁸⁶ J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), *Le Petit Robert, op. cit.*, v° « Loyauté » ; *Adde Trésor de la Langue Française informatisé* (TLFi), v° « Loyauté ».

²³⁸⁷ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, v° « Loyauté ».

²³⁸⁸ V. not. L. MINIATO, « L'introuvable principe de loyauté en procédure civile », *D.* 2007. 1035, pour qui ce principe serait « inutile », « inopportun » et « incohérent » ; pour une analyse critique de l'émergence du principe, v. égal. R. PERROT, « La loyauté procédurale », *RTD civ.* 2006, p. 151 ; B. DE LAMY, « La loyauté, principe perturbateur des procédures », *JCP G.*, n° 38, 2011, doctr. 988.

²³⁸⁹ S. GUINCHARD et a., *Droit processuel. Droit commun et comparé du procès équitable, op.cit.*, n°s 749 s., pp. 1373 s. ; J. VAN COMPERNOLLE, « Quelques réflexions sur un principe émergent : la loyauté procédurale », in *Justices et droit du procès, Mél. Serge Guinchard*, 2010, Dalloz, p. 414.

²³⁹⁰ Rapp. P. DELMAS-GOYON, « Le juge du 21ème siècle ». Un citoyen acteur, une équipe de justice, déc. 2013, Proposition n° 28.

²³⁹¹ Rapp. F. AGOSTINI et N. MOLFESSIS, *Chantiers de la Justice. Amélioration et simplification de la procédure civile*, proposition n° 23 : « Le groupe de travail considère également que la consécration d'un principe de loyauté et de coopération à la charge des parties à une instance civile s'impose aujourd'hui » (p. 31).

²³⁹² H. MOTULSKY, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », in *Mél. P. Roubier*, 1961, n° 16, p. 187 qui mettait à la charge des parties « une obligation d'observer un minimum de loyauté ».

²³⁹³ Cass., Crim., 11 juin 1996, n° 95-82.778, *Bull. crim.*, 1996, n° 245, p. 743.

²³⁹⁴ La Cour de cassation a notamment érigé ce principe au rang de principe général du droit : Cass., Com., 20 sept. 2011, n° 10-22.888, *JCP* 2011. 1250, note D. HOUTCIEFF ; *RTD civ.* 2011. 760, obs. B. FAGES.

l'administration de la preuve²³⁹⁵. Dans un arrêt en date du 7 janvier 2011, l'Assemblée plénière reconnaît solennellement son autonomie en le citant dans ses visas : « vu l'article 9 du code de procédure civile, ensemble l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le principe de loyauté dans l'administration de la preuve »²³⁹⁶. En procédure pénale, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a consacré le « principe de loyauté des preuves » dans son arrêt du 7 janvier 2014²³⁹⁷ ; confirmé par l'Assemblée plénière en 2015²³⁹⁸. La reconnaissance du principe de loyauté est alors, à ce jour, seulement jurisprudentielle.

Dans le cadre contractuel, le principe de loyauté apparaît sous la référence à la bonne foi²³⁹⁹. La réforme du droit des contrats de 2016 a en effet hissé la loyauté contractuelle, à travers l'exigence de bonne foi, au rang de fondement du droit français des contrats²⁴⁰⁰. Désormais, la bonne foi est un principe essentiel du contrat affirmé à l'article 1104 du Code civil. Cette notion, qui agit comme un correctif à la liberté contractuelle en permettant d'éviter les excès, innerve l'ensemble des phases contractuelles²⁴⁰¹. Certains auteurs n'hésitent pas à promouvoir une approche sociale du contrat ; la bonne foi se muant alors en un véritable devoir de coopération et de prise en compte de l'intérêt d'autrui²⁴⁰². Cette extension du domaine

²³⁹⁵ V. not. Cass., Soc., 26 nov. 2002, n° 00-42.401, *Bull.*, V, n° 352, p. 345, *D.* 2003. 1858, note J. M. BRUGUIERE – Cass., Civ. 2^e, 2 déc. 2004, n° 02-20.194, *Bull.* II, n° 514, p. 440 qui sanctionne « un comportement contraire à la loyauté des débats », du fait que la partie avait communiqué tardivement une pièce qu'elle détenait depuis plusieurs mois – Cass., Civ. 1^e, 7 juin 2005, n° 05-60.044, *Bull.*, I, n° 241, p. 203, *D.* 2005. 2570, note M.E. BOURSIER ; chron. H. CROZE, *Procédures*, 2005, p. 3 : qui proclame solennellement le principe de loyauté comme principe directeur des débats (« Attendu que le juge est tenu de respecter et de faire respecter la loyauté des débats »).

²³⁹⁶ Cass., Ass. plén., 7 janv. 2011, n° 09-14.316 et 09-14.667, *Bull. ass. plén.*, n° 1 ; *D.* 2011. 562, obs. CHEVRIER, note FOURMENT ; *D.* 2011. 618, obs. VIGNEAU ; *RTD civ.* 2011. 127, obs. FAGES ; *RTD civ.* 2011. 383, obs. THERY. – Bien qu'il ne soit plus visé pour sanctionner un comportement déloyal dans l'arrêt Cass., Civ. 2^e, 24 sept. 2015, n° 14-21.145, *Bull.*, n° 836, *Gaz. Pal.*, 22 déc. 2015, n° 354-356, p. 27, obs. L. MAYER.

²³⁹⁷ Cass., crim., 7 janv. 2014, n° 13-85.246, *Bull. Crim.*, n° 1, *JCP* 2014. 272, note A. GALLOIS, 409, n° 16, obs. A. MARON et 1058, note M.-L. GUINAMANT ; *Dr. pénal* 2014. Étude 7, A. BERGEAUD-WETTERWALD ; *D.* 2014. 264, obs. S. DETRAZ, 407, étude E. VERGES et 1736, obs. PRADEL ; *RSC* 2014/1, 130, obs. J. DANET.

²³⁹⁸ Cass. Ass. Plén., 6 mars 2015, n° 14-84.339, *Bull. crim., ass. Plén.*, n° 2, *Gaz. Pal.*, 21 mars 2015, n° 80, note S. RAOULT ; *D.* 2015. 628, obs. S. FUCINI et 1738, obs. PRADEL ; *JCP* 2015. 558, note E. BONIS-GARÇON ; *AJ pénal* 2015. 362, note C. GIRAULT et 2016, 115, étude P. DE COMBLES DE NAYVES ; *RSC* 2015. 117, obs. DELAGE et 971, chron. RENUCCI.

²³⁹⁹ Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, préf. G. COUTURIER, LGDJ, Coll. « Bibliothèque de droit privé », 1989, 254 p.

²⁴⁰⁰ Comme l'avait suggéré le projet Terré (F. TERRE (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2009) ainsi que les travaux académiques européens et internationaux (art. 1 : 201 PDEC ; art. 1.7 Principes Unidroit relatifs au commerce international).

²⁴⁰¹ Elle n'est plus cantonnée à l'exécution du contrat de l'ancien art. 1134 al. 3 du Code civil. La bonne foi est prise en considération de la négociation à l'exécution du contrat en passant par la formation.

²⁴⁰² Y. PICOD, « Un nouveau contrat nommé : le contrat de coopération commerciale », in *Libre droit. Mélanges en l'honneur de Philippe LE TOURNEAU*, Dalloz, 2007, p. 805 ; F. DIESSE, « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », *Archives Phil. droit*, t. 48, 1999. 259 s.

de la bonne foi renvoie au mouvement du « solidarisme contractuel »²⁴⁰³. Ce dernier conduit à considérer le contrat, non plus comme le résultat d'un accord entre deux individualismes égoïstes, mais comme l'accomplissement d'une rencontre et la formation d'un accord en prenant en considération les intérêts de l'autre. Cette nouvelle approche associe la construction de l'accord à la mouvance sociétale.

607. Transposée aux règlements amiables, se pose la question de savoir si le principe de loyauté impose des obligations particulières aux parties engagées dans le processus. L'étude a déjà démontré que la loyauté était rattachée à d'autres principes, tels que le contradictoire²⁴⁰⁴ ou la confidentialité²⁴⁰⁵. Le respect de ces principes exige une certaine loyauté des parties. Elles s'engagent dans le règlement amiable de manière loyale par la communication des éléments nécessaires à la résolution du différend et en maintenant sous le sceau de la confidentialité le déroulement des négociations²⁴⁰⁶. Toutefois, la loyauté peut-elle revêtir une approche autonome ? Peut-elle être reconnue comme un principe applicable au sein des règlements amiables indépendamment des autres principes processuels ? Les règlements amiables sont synonymes de liberté. De ce fait, aucune des parties ne peut être contrainte de se mettre d'accord avec l'autre, et ce, au titre du droit fondamental d'accès au juge²⁴⁰⁷. Or, l'absence totale de contrainte relativement à l'engagement et à l'entreprise des parties laisse peu de chance à la réussite du processus. Il est alors possible que les règlements amiables soient considérés comme une perte de temps et, plus encore, comme un obstacle à l'exigence du délai raisonnable issu du droit européen²⁴⁰⁸. Dans ce contexte, certains auteurs envisagent de faire peser sur les parties qui se sont engagées dans un règlement amiable, « *une obligation de moyens de déployer les efforts nécessaires en vue de parvenir, en toute loyauté, à une issue négociée du litige* »²⁴⁰⁹. La consécration d'une telle obligation impliquerait que les parties mettent tout en œuvre pour accomplir leur mission de coparticipants au règlement amiable, sans pour autant en garantir le résultat. Les parties s'engageraient ainsi à participer activement au processus, à présenter leur cause de bonne foi et à mettre tous les moyens nécessaires pour s'exécuter. Cependant, elles ne

²⁴⁰³ V. not. C. JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in G. GOUBEAU et J. GHERTIN (dir.), *Le contrat au début du XXI^e siècle. Études offertes à Jacques Ghestin*, Paris, LGDJ, 2001, p. 441 ; D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? » in *Mélanges en hommage à François Terré*, op. cit., p. 603 – v. *infra* pour une étude de cette théorie (n^{os} 613 s.)

²⁴⁰⁴ V. *supra* n^o 580.

²⁴⁰⁵ V. *supra* n^o 523.

²⁴⁰⁶ En ce sens, v. not. Ph. BONFILS, « Loyauté de la preuve et droit au procès équitable », *D.* 2005. 122 : « la loyauté de la preuve n'apparaît généralement pas à découvert ; elle se dissimule plutôt derrière d'autres principes, traditionnellement mieux établis ».

²⁴⁰⁷ Cf. *supra* n^{os} 283 s.

²⁴⁰⁸ Cf. *supra* n^{os} 212 et 460 s.

²⁴⁰⁹ S. GUINCHARD et a., *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, op.cit., p. 1506.

s'engagent en aucun cas à ce que le résultat soit atteint, c'est-à-dire à ce qu'un accord soit conclu. Il ne s'agit pas de garantir la conclusion de l'accord amiable mais de tout tenter pour l'obtenir. Cela suppose dès lors la considération d'un contrat ayant pour objet de tenter un règlement à l'amiable et les parties qui ne se prêteraient pas à l'exercice engageraient leur responsabilité contractuelle.

La responsabilité contractuelle prévoit trois conditions spécifiques : la nécessité d'un contrat valide, une inexécution contractuelle et le fait que la victime soit partie au contrat²⁴¹⁰. Dans le cadre de l'amiable, les parties s'entendent pour tenter de résoudre leur différend à l'amiable et s'engagent dans le processus. Elles donnent alors leur accord de volonté afin d'agir pour concrétiser une œuvre commune. Le processus est d'ailleurs organisé avec la nomination du tiers, sa rémunération, ainsi que le déroulement du processus engagé. L'inexécution contractuelle s'apprécie au regard d'un comportement inadéquat, d'un comportement déloyal. Il s'illustre lorsque l'une des parties s'engage dans un processus amiable sans aucune intention de dialoguer et de trouver une solution commune ou lorsqu'elle va user de manœuvres pour faire évoluer le processus à son avantage. Alors qu'elle s'était initialement engagée dans le processus amiable en démontrant son ambition de trouver un accord mutuellement satisfaisant, elle trompe son adversaire qui, lui, aspire à une résolution à l'amiable du différend de manière rapide. Le comportement de la partie peut notamment s'expliquer par un objectif insidieux de prolonger la procédure, dans le cas où le retard de la saisine du juge est à son avantage. Dès lors, il y a bien un comportement déloyal envers son adversaire et des sanctions doivent être envisagées. Le fait de réfuter la volonté du groupe par un comportement individualiste négatif contrevient à l'accord de volonté donné initialement. La partie s'exposerait alors, en vertu de l'article 1231-1 du Code civil, au paiement de dommages-intérêts.

Au titre des conditions de la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle, trois éléments doivent être réunis : le fait générateur, un dommage et un lien de causalité. Dans le cadre de la présente étude, le fait générateur de la responsabilité réside dans le défaut d'implication des parties au processus dans lequel elles se sont pourtant engagées. S'agissant d'une obligation de moyens, il revient au créancier de prouver que le débiteur de cette obligation n'a pas mis en œuvre tous les moyens possibles. Il doit démontrer la commission d'une faute. Le comportement déloyal peut s'exprimer de deux manières. D'une part, il peut révéler une action qui porterait atteinte tant à l'intérêt du processus qu'à l'autre partie. La déloyauté se manifeste alors lorsque l'une des parties ment ou produit des documents controversés. D'autre

²⁴¹⁰ V. F. TERRE, S. SILMER, Y. LEQUETTE et F. CHENEDE, *Droit civil. Les obligations*, op. cit., n^{os} 826 et s., pp. 887 et s.

part, il peut également s'agir d'une omission. La partie n'agit pas alors qu'elle le devrait pour la bonne avancée du processus. La déloyauté s'apprécie au regard de l'inertie de l'une des parties au processus. Elle ne s'engage pas dans le dialogue ou ne se présente tout simplement pas aux entretiens. Elle n'accomplit pas sa mission de partenaire au processus amiable. Les deux approches, active et passive, de la loyauté sont alors ici confirmées²⁴¹¹.

La partie qui ne s'investit pas dans le processus amiable de manière loyale viole son engagement initial et l'autre partie subit un dommage. Ce dommage réside en effet dans la privation des avantages de l'amiable et dans le prolongement de la durée de la procédure. De nouveaux frais vont nécessairement être engagés, ainsi que du temps et des efforts. À ce titre, la question de la perte de chance d'éviter la saisine du juge (et les conséquences qui en découlent) peut être envisagée ; à charge pour la partie lésée de prouver qu'à défaut de comportement déloyal, l'accord aurait été conclu²⁴¹². Plus encore, l'adversaire est privé de son droit d'accès au juge de manière prolongée et sans justification légitime.

Enfin, le lien de causalité apparaît dès lors que le comportement déloyal retarde la résolution du différend et engage la poursuite de la procédure devant les tribunaux. L'échec du règlement amiable résulte du comportement de l'un des membres du cercle de l'amiable. En ce sens, il y a bien une responsabilité qui peut être engagée. La gravité du comportement du débiteur s'apprécie cependant selon qu'il s'agit d'une faute lourde ou dolosive. En vertu de l'arrêt *Société des comédiens français* du 4 février 1969, la faute dolosive est constituée dès lors que « de propos délibéré, [le débiteur] se refuse à exécuter ses obligations contractuelles, même si ce refus n'est pas dicté par l'intention de nuire à son cocontractant »²⁴¹³. La faute lourde, quant à elle, est caractérisée par un comportement d'une extrême gravité, confinant au dol et dénotant l'inaptitude du débiteur de l'obligation à l'accomplissement de la mission contractuelle qu'il avait acceptée²⁴¹⁴. Il est alors question d'analyser la gravité du comportement de la partie dans son refus de collaborer afin d'établir la réparation du préjudice.

Cette approche est notamment confirmée par l'article 2062 du Code civil, précisément dans le cadre de la procédure participative. Selon cet article, les parties à la convention « s'engagent à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend ».

²⁴¹¹ V. *supra* n° 596. Le parallèle peut ainsi être réalisé avec la matière pénale. L'infraction est en effet définie comme le « comportement actif ou passif (action ou omission) prohibé par la loi et passible selon sa gravité d'une peine » (G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, v° « Infraction »).

²⁴¹² Pour l'appréciation de la perte de chance de résoudre son différend à l'amiable, v. *supra* n° 536.

²⁴¹³ Cass., Civ. 1^{re}, 4 févr. 1969, *Soc. des comédiens français*, *Bull. civ.* I, n° 60 ; *D.* 1969. 601, note J. MAZEAUD ; *JCP* 1969. II. 16030, note PRIEUR – Dans le même sens, v. Cass., Civ. 1^{re}, 22 oct. 1975, *Bull. civ.* I, n° 290 ; *D.* 1976. 151, note J. MAZEAUD – Cass., Com., 19 janv. 1993, n° 91-11.805, P.

²⁴¹⁴ Cass., Com., 3 avr. 1990, n° 88-14.871, *Bull.* 1990, IV, n° 180, p. 71 – Cass., Com., 28 mai 1991, n° 89-15.358, *Bull.* 1991, IV, n° 193, p. 137 – *Adde* Cass., Com., 29 juin 2010, *Faurecia*, n° 09-11.841, *Bull.* 2010, IV, n° 115.

Les parties sont tenues à une obligation de bonne foi en vertu de leur engagement dans la procédure participative. L'engagement dans le règlement amiable impose dès lors le respect du principe de loyauté puisque le comportement inadéquat de l'une des parties peut créer un préjudice pour l'autre ; préjudice qui doit être réparé. Or, les conséquences de la déloyauté de l'une des parties vont au-delà du simple dommage subi par l'autre.

608. Le comportement déloyal cause du tort à la procédure et au bon fonctionnement de la justice. En ce sens, certains États ont véritablement considéré et sanctionné le comportement déloyal des parties au processus amiable. Eu égard aux conséquences du manquement de l'une des parties dans cette situation, le droit italien prévoit une sanction procédurale et pécuniaire. L'article 8.4 bis du décret législatif 28/2010 énonce en effet que le juge peut ordonner à la partie qui n'aurait pas participé à la procédure de médiation sans raison justifiée de verser au budget de l'État un montant correspondant à la contribution financière due pour la procédure. Concrètement, le manque de participation sans raison justifiée à la procédure de médiation a contraint le demandeur à intenter un procès. Alors que ce procès aurait pu être évité, le juge peut appliquer la sanction prévue à l'article 96 du Code de procédure civile italien²⁴¹⁵.

Aussi, la loyauté est prééminente dans le cadre de l'amiable. La sanction peut être envisagée dans le contexte du contrat au titre de l'exigence de bonne foi, et sera contractuelle. Pour autant, le droit d'accès au juge est perturbé. La sanction peut alors être processuelle et consister en une amende civile.

609. La solidarité dans les règlements amiables. La solidarité démontre toute la bonne volonté des parties pour la conclusion d'un accord amiable. Les parties s'engagent et coopèrent à travers une attitude pragmatique. Eu égard à la pluralité des arguments présents, la discussion permet d'aboutir à un accord dans la mesure où les parties partagent un même intérêt fondamental à la conclusion de cet accord et qu'elles disposent de la même capacité de comprendre l'argument de l'autre et de faire comprendre le leur. Les parties recherchent et

²⁴¹⁵ À noter que la réforme italienne de la justice civile (précédemment évoquée, n° 2173), précise les sanctions en cas de non-participation à la médiation avec l'insertion d'un article 12 bis au sein du décr. législatif 28/2010. Ce dernier prévoit notamment que dans le cas d'une médiation obligatoire, le juge ordonne à la partie qui ne s'est pas présentée à la première réunion de médiation, sans raison justifiée, de payer au budget de l'État le double de la contribution financière due pour la procédure. Il peut également ordonner à la partie qui succombe de verser à l'autre une somme équitablement déterminée, ne dépassant pas le montant maximal des frais de procédure accumulés après la conclusion de la médiation. Également, dans le cas où la partie absente sans raison justifiée est une administration publique, le juge transmettra au Procureur près la Cour des comptes une copie de la condamnation à payer le double de la contribution. Enfin, les conséquences restent sensiblement les mêmes concernant la condamnation aux dépens de la partie, même gagnante au procès, qui a refusé la proposition du médiateur (art. 13) : v. S. OCCHIPINTI, « Riforma della giustizia civile: novità sulla mediazione civile e commerciale », 30 sept. 2022, disponible sur Altalex.com.

créent la valeur de la négociation avant de la partager. Pour illustration, lorsque des partenaires commerciaux tentent de transiger, plusieurs éléments sont pris en considération : les gains actuellement négociés au titre de la réparation du préjudice subi, mais également la poursuite de la relation commerciale. L'objectif est de prendre en compte autant que faire se peut les intérêts de chacun. Accepter de céder davantage ne signifie alors pas nécessairement que l'on obtienne moins. Il s'agit de se montrer créatif et solidaire²⁴¹⁶. La solidarité des parties permet la réussite du processus, elle en est dès lors une exigence.

Le contenu du principe de coopération loyale trouve ainsi pleine considération au sein des règlements amiables. Chaque composante de ce dernier s'applique pour la réussite du règlement. Plus encore, le principe de coopération loyale apparaît comme le fondement identitaire des règlements amiables.

2. Le principe de coopération loyale, fondement identitaire des règlements amiables

610. Le processus amiable comme espace commun. À l'instar de la construction d'un espace européen regroupant des États engagés pour la bonne réalisation des objectifs des traités, le règlement amiable crée un espace particulier regroupant des parties désireuses de résoudre leur différend à l'amiable. Cet espace de l'amiable s'observe tant au regard du milieu librement créé par les parties elles-mêmes qu'au regard de sa durée. Il est alors possible d'envisager un *espace-temps* afin de déterminer et de faire évoluer la position des parties en conflit. Tout d'abord, la procédure amiable met en relation des individus afin qu'ils dialoguent et coopèrent. L'objectif est de trouver la solution à leur différend de la manière la plus adaptée à leurs attentes. Il s'agit dès lors d'une dimension collégiale où la négociation va régner en maître. Les parties sont impliquées afin de faire reconnaître cette justice alternative et mettre un terme à leur désaccord à l'issue du processus. Aussi parle-t-on du « cercle de l'amiable »²⁴¹⁷. Le cercle entoure et enferme. Il consacre dès lors un véritable espace, un cadre au sein duquel les parties vont se mouvoir²⁴¹⁸. Dans un second temps, cet espace s'observe au titre de la parenthèse

²⁴¹⁶ V. not. M. WATKINS et R. LUECKE, *Toutes les clés de la négociation*, Harvard Business Review France, Coll. « Les références HBR », 2018, 167 p.

²⁴¹⁷ Expression not. employée dans le cadre de la confidentialité (Cf. *supra* n° 493).

²⁴¹⁸ Historiquement, le cercle de la reine représentait notamment la réunion des princesses et des duchesses assises circulairement en sa présence, E. SCRIBE, *Le Verre d'eau*, 1840, Scène VII : « Elle doit être ici ce soir, au cercle de la reine ». – Le cercle fait dès lors référence à une réunion.

temporelle créée. La tentative amiable suspend la prescription de l'action en justice²⁴¹⁹. Le délai de prescription pour agir en justice est suspendu « à compter du jour où, après la survenance d'un litige, les parties conviennent de recourir à la médiation ou à la conciliation ou, à défaut d'accord écrit, à compter du jour de la première réunion de médiation ou de conciliation »²⁴²⁰. Ce délai « recommence à courir, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois, à compter de la date à laquelle soit l'une des parties ou les deux, soit le médiateur ou le conciliateur déclarent que la médiation ou la conciliation est terminée »²⁴²¹. Il en est de même lorsqu'il s'agit d'une convention de procédure participative. Le délai de prescription pour agir en justice est suspendu dès la conclusion de la convention ou à compter de l'accord du débiteur constaté par l'huissier de justice pour participer à la procédure prévue à l'article L. 125-1 du Code des procédures civiles d'exécution²⁴²². Il recommence à courir à compter du terme de ladite convention ou, en cas d'échec, à compter de la date du refus du débiteur, constaté par l'huissier, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois²⁴²³. Enfin, les parties à un contrat peuvent prévoir qu'en cas de litige, elles s'efforceront de s'entendre à l'amiable, seules ou avec l'aide d'un tiers choisi d'un commun accord, avant de soumettre leur litige à un juge. La mise en œuvre d'une telle clause, dénommée clause de conciliation ou de médiation, suspend jusqu'à l'issue de la médiation ou de la conciliation le délai de prescription pour agir en justice²⁴²⁴. Le célèbre arrêt *Saint Valentin* de la Cour de cassation confirme à ce titre la pénétration de la liberté contractuelle dans l'aménagement de la prescription. Les parties construisent cet espace-temps de justice afin de tenter de résoudre leur différend à l'amiable. Cette suspension de la prescription neutralise temporairement l'écoulement du temps et le plein effet processuel de ce cadre amiable est constaté. L'application du principe de coopération loyale au sein des règlements amiables permet ainsi d'identifier ce cercle de l'amiable dans le monde la justice.

Diverses obligations sont dès lors imposées aux parties afin que les actions de chacune d'entre elles convergent vers le même but. À l'instar de la construction de liens interétatiques, la construction de liens interpersonnels dans un processus amiable de résolution des différends crée un véritable espace commun. Aussi, alors que le principe de coopération permet

²⁴¹⁹ V. *supra* n^{os} 309 et 480.

²⁴²⁰ C. civ., 2238, al. 1^{er}.

²⁴²¹ C. civ., 2238, al. 2.

²⁴²² C. civ., 2238, al. 1^{er}.

²⁴²³ C. civ., 2238, al. 2.

²⁴²⁴ Cass., Ch. mixte, 14 févr. 2003, n^{os} 00-19.423 et 00-19.424, préc., *Adde RJA*, 05/03, n^o 566 – Cass., Com., 17 juin 2003, n^o 99-16.001, *RJA*, 12/03, n^o 1267 – Cass., Civ. 1^{re}, 27 janv. 2004, n^o 00-22.320, *RJA* 10/04, n^o 1179.

d'identifier l'ensemble européen sur la scène internationale, il permet d'identifier le processus amiable dans le monde de la justice. L'unité apparaît essentielle pour la réussite du projet²⁴²⁵.

611. La relation des parties dans le processus amiable comme Union de membres.

La construction de liens entre les parties et la motivation commune de coopérer afin de trouver un accord mutuellement satisfaisant développent l'unité. Cet espace de l'amiable crée une véritable union entre les participants à la procédure amiable. Ils agissent ensemble pour aboutir à une œuvre commune. Le contenu du principe de coopération loyale – soit la coopération, la collaboration, la loyauté et la solidarité²⁴²⁶ – implique une relation étroite entre les parties au processus amiable. Cette liaison intime forme une communauté, un tout homogène. Tout comme les États membres de l'Union européenne, les parties au processus amiable œuvrent conjointement pour la réussite de l'amiable. Ils participent activement à la réalisation positive de leur propre engagement. Si l'une des parties n'agit plus dans l'intérêt de l'ensemble, elle brise les liens établis et met en péril la réussite de la procédure amiable. En ce sens, l'union ne peut être maintenue que par l'implication des parties elles-mêmes. Ainsi, lorsque les parties s'engagent dans un processus amiable, la réussite du règlement amiable prévaut sur leurs intérêts personnels. Il apparaît dès lors une primauté de l'amiable. Les parties sont mobilisées au service des objectifs de la procédure amiable, et ce, en vertu du principe de coopération loyale. Ce principe illustre la recherche d'équilibre entre le respect de l'autonomie individuelle par l'engagement des parties et la volonté de l'ensemble pour une effectivité du processus.

612. La protection processuelle issue du processus amiable. Le principe de coopération loyale protège les parties des comportements contraires aux normes processuelles. En ce sens, il érige la protection des justiciables en dogme, que ces derniers règlent leur différend devant la justice étatique ou devant la justice amiable. L'union créée par les parties dans le cadre de la justice amiable conduit à la reconnaissance d'une union de droit. Chaque acteur de la procédure amiable est protégé par les droits fondamentaux processuels inhérents à sa réussite. Le principe de coopération loyale apparaît ainsi comme le fondement de la protection processuelle effective des règlements amiables.

Cette vision selon laquelle le processus amiable mettrait en exergue une coopération loyale dans cet univers amiable se justifie notamment au regard du développement du

²⁴²⁵ En ce sens, la Cour de justice a notamment souligné l'exigence d'une unité dans la représentation internationale de l'Union et de ses États membres dans le cadre des accords mixtes, relatifs à des domaines de compétences partagées : v. NEFRAMI, « Le principe de coopération loyale comme fondement identitaire de l'Union européenne », art. préc.

²⁴²⁶ V. *supra* n^{os} 593 s.

« solidarisme ». L'analyse de cette doctrine tend à reconnaître que la relation interpersonnelle entre les parties au processus reposerait non plus sur un antagonisme des intérêts mais sur une union de ces derniers. À cet égard, chaque membre doit prendre en considération et respecter les intérêts de l'autre. La contextualisation du règlement amiable rejoint ainsi le courant doctrinal qui se proposait de « penser le contrat autrement »²⁴²⁷. Le professeur GOUNOT prônait l'image du contrat non plus comme le « lieu du choc désordonné de deux égoïsmes (mais) un principe d'union et de solidarité »²⁴²⁸. Eu égard à sa nature hybride, le règlement amiable démontre différentes approches qui ne sont pas si éloignées l'une de l'autre. Les parties en conflit se rencontrent afin de trouver une solution à leur différend hors de la scène juridique. Ils œuvrent pour aboutir à la conclusion d'un accord. En ce sens, le principe de coopération loyale, essentiel à la réussite des règlements amiables, participe à la reconnaissance du solidarisme.

Paragraphe 2 : L'objectif solidariste du principe de coopération loyale

613. Du solidarisme contractuel à un solidarisme procédural. Le principe de coopération loyale dans les règlements amiables peut être considéré au titre du solidarisme inhérent à la procédure. Ce cadre théorique, inspiré de la doctrine du « solidarisme contractuel » (A), trouve au sein des modes amiables une assise stable et propice à son expansion. Il est alors question d'appréhender cette conception sociale du contrat et son influence afin de cerner son avènement au cœur des règlements amiables, et pour témoigner de la consécration d'un « solidarisme procédural » (B).

A) Influences du solidarisme contractuel

614. Le cadre théorique du solidarisme contractuel. Apparue sous la plume de Monsieur le professeur Christophe JAMIN²⁴²⁹, l'expression « solidarisme contractuel » a depuis fait l'objet de nombreuses études. Chacun connaît la formule fameuse de DEMOGUE, selon

²⁴²⁷ D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *Mél. en hommage à François Terré, op. cit.*, pp. 603 s., spéc. p. 632.

²⁴²⁸ E. GOUNOT, *Le principe d'autonomie de la volonté en droit privé, contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, Rousseau, 1912, p. 23.

²⁴²⁹ V. note C. JAMIN sous Civ. 1^{re}, 31 janv. 1995, n° 92-20.654, *D.* 1995, p. 389 ; C. JAMIN, « Réseaux intégrés de distribution : de l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives », *JCP* 1996. I. 3959, n° 7 ; *ID.*, « Révision et intangibilité du contrat, ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », *Droit et patrimoine*, mars 1998, n° 58, pp. 46 s., spéc. pp. 55-57.

laquelle : « les contractants forment une sorte de petit microcosme. C'est une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun, absolument comme dans la société civile ou commerciale. Alors à l'opposition entre le droit du créancier et l'intérêt du débiteur tend à se substituer une certaine union. Le créancier quant à la prestation qu'il doit recevoir n'est pas seulement créancier, il peut avoir un devoir de collaboration »²⁴³⁰. Les tenants du solidarisme prônent la collaboration des cocontractants et érigent en principe du droit des contrats les exigences de loyauté, de solidarité et de bonne foi. À ce titre, les contractants doivent œuvrer conjointement et prendre raisonnablement en compte tant leurs intérêts que ceux des autres parties au contrat. Le solidarisme contractuel a notamment été défini comme la « volonté d'avoir une conduite irréprochable à l'égard de son partenaire. Cela se traduit par la prise en charge des intérêts de chaque contractant dans une conception réflexive de l'engagement non pas au regard de ses propres intérêts, mais de l'entente globale »²⁴³¹. La rigidité de l'exigence implique dès lors le bon comportement des parties au lien obligationnel. Chaque cocontractant doit tenir compte des intérêts de son partenaire, autant que des siens. Cette doctrine du solidarisme contractuel opère alors un renversement de la théorie classique selon laquelle le contrat est librement conclu entre les individus²⁴³². La liberté est placée au second plan du fait que l'individu soit membre d'une société déjà constituée. De ce fait, il est « le débiteur des autres membres qui la composent »²⁴³³. L'ordre social est privilégié et, ainsi que le précisait DEMOGUE, il « importe beaucoup plus »²⁴³⁴. Le dogme de l'autonomie de la volonté est alors mis à mal par la prééminence du lien social. Bien que l'ambition de l'ensemble des solidaristes soit d'établir une véritable solidarité entre les

²⁴³⁰ R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, « II. Effets des obligation », t. 6, Paris, Rousseau & Cie, 1931, n° 3, p. 9. Monsieur le professeur Christophe JAMIN a cependant fait évoluer cette formule en énonçant que « le contrat est à l'image de la société dans son entier : il doit être gouverné par le principe de solidarité » (« Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Le contrat au début du XXI^e siècle. Études offertes à Jacques Ghestin, op. cit.*, p. 451) ; rapp. du même auteur, « Quelle nouvelle crise du contrat ? Quelques mots en guise d'introduction », in C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003, p. 12. – À noter que dans sa première étude, il cite cette expression *in extenso* (art. préc., *Droit et patrimoine*, mars 1998, p. 56) et que, dans la dernière, il l'écourte en supprimant le dernier membre de phrase (*Le solidarisme contractuel : un regard franco-québécois*, 9^e conférence Albert-Mayrand 2005, Montréal, éd. Thémis, 2005, p. 15). Il emploie alors le mot « société » non plus dans son sens technique mais dans son sens le plus général.

²⁴³¹ A. BELANGER et G. TABI TABI, « Vers un repli de l'individualisme contractuel ? L'exemple du cautionnement », *Les Cahiers de droit*, vol. 47, n° 3, 2006, pp. 429-474, spéc. p. 462.

²⁴³² Cf. philosophie rousseauiste du contrat social.

²⁴³³ C. JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in G. GOUBEAU et J. GHERTIN (dir.), *Le contrat au début du XXI^e siècle. Études offertes à Jacques Ghestin, op. cit.*, p. 446. ; L. BOURGEOIS, *Solidarité*, Armand Colin, 1896, rééd. en 1998, éd. Universitaires de Septentrion, 5^e éd., 1906, p. 34. – Ce qui renvoie à la synonymie envisagée entre « collaborer » et « seconder », v. *supra* nos 595 et 605.

²⁴³⁴ R. DEMOGUE, *Traité des obligations en en général*, « I. Sources des Obligations », t. 1, Rousseau & Cie, 1923, n° 5, p. 12.

individus, il est nécessaire de distinguer deux courants au sein de cette école²⁴³⁵ : la conception morale et la conception sociale. Cette distinction des diverses tendances a notamment conduit Monsieur le professeur Yves LEQUETTE à évoquer l'existence « des solidarismes contractuels »²⁴³⁶.

615. Solidarisme et conception morale. Le premier courant est « d'inspiration morale »²⁴³⁷. Qualifié d'« optimiste »²⁴³⁸, ce courant entraîne le recul de l'individualisme au profit de la cohésion sociale et de la fraternité. En vertu de cette première approche, il existerait entre les parties une communauté d'intérêts qui conduirait à la reconnaissance d'une relation amicale. Les parties prendraient dès lors connaissance des intérêts de l'autre, et iraient jusqu'à les privilégier. Cette vision implique un véritable glissement de la solidarité vers la fraternité. De nombreux auteurs n'hésitent pas à promouvoir une « fraternité contractuelle »²⁴³⁹ qui commanderait « d'aimer son cocontractant comme un frère »²⁴⁴⁰. Il ne serait plus question d'être juste, mais « d'être altruiste »²⁴⁴¹ ; chacun faisant preuve de « civisme contractuel »²⁴⁴². Cette appréhension de la relation contractuelle provoque cependant une certaine controverse. Elle tend en effet à la soumission des parties aux intérêts de l'autre ou, plus largement, de l'ordre social. Dès lors, cette doctrine laisse transparaître une certaine naïveté. Le solidarisme, dans sa version morale, impliquerait que les individus soient prêts à sacrifier leurs propres intérêts à ceux d'autrui. Cet idéalisme tend de ce fait au remodelage de la nature humaine. Comme dit précédemment, la société contemporaine démontre un individualisme prépondérant qui va à l'encontre de cette vision communautaire de l'espèce humaine²⁴⁴³. En se déterminant ainsi, les auteurs construisent un droit des contrats selon un homme idéalisé qui privilégierait l'intérêt d'autrui. Cette conception morale assimilant solidarité et fraternité est par conséquent utopique à plusieurs titres. La vision idyllique et sentimentale s'oppose à la nature de l'homme et aux

²⁴³⁵ V. J. HAUSTER qui a affirmé que les auteurs partisans de cette doctrine formaient une « véritable école », in « Le juge et la loi », *Pouvoirs*, 2005, n° 114, p. 149.

²⁴³⁶ Y. LEQUETTE, « Bilan des solidarismes contractuels », in *Mél. Paul Didier*, Economica, 2008, pp. 247-287.

²⁴³⁷ Ph. STOFFEL-MUNCK, « L'abus dans la fixation du prix : vraie définition ou faux-semblant », *D.* 2002, p. 1974.

²⁴³⁸ C. GRIMALDI, *Quasi-engagement et engagement en droit privé. Recherches sur les sources de l'obligation*, préf. Y. LEQUETTE, Defrénois, Coll. « Doctorat & Notariat », t. 23, 2007, n° 477, p. 226.

²⁴³⁹ C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », (1997) 96 *RTDC* 358, p. 376 ; D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », art. préc., pp. 604-609.

²⁴⁴⁰ A. SERIAUX, *Droit des obligations*, n° 55, in *fine*.

²⁴⁴¹ C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », art. préc.

²⁴⁴² D. MAZEAUD, art. préc., p. 612 ; *Id.*, « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », in L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Paris, Economica, 2004, pp. 57 s., n° 3, spéc. p. 58.

²⁴⁴³ Cf. *supra* n° 137 s.

rappports contractuels²⁴⁴⁴. Si la fraternité n'est pas étrangère aux rapports humains, elle ne trouve pas place naturelle dans le contrat. Ainsi que le relève les sociologues, la fraternité s'affirme en ce qu'ils nomment « la sociabilité primaire », c'est-à-dire les relations familiales ou d'amitié dans lesquelles le lien personnel est appréhendé pour et par lui-même²⁴⁴⁵. Le contrat est, au contraire, généralement présenté comme un instrument de « la sociabilité secondaire »²⁴⁴⁶. Le lien issu du contrat est ordinaire et impersonnel. Il ne résulte que de l'appartenance à une même société²⁴⁴⁷. Le rapport entre les partenaires contractuels est alors nécessairement objectif, dans le sens où chacun tente de se procurer auprès de l'autre ce dont il ne dispose pas lui-même. Aussi, la conception morale est fondée sur une vision fautive de l'homme. Il ne s'agit pas d'être pessimiste mais réaliste. À cet égard, Monsieur le professeur Jean-Pascal CHAZAL affirmait : « parler d'ami, d'amitié ou de fraternité à propos des rapports contractuels, c'est d'une part galvauder des sentiments nobles et élevés et d'autre part se méprendre sur la nature réelle des liens qui se nouent entre contractants (...) La fraternité entre contractants, de par son irréalité, est à la fois inutile et perverse, au sens étymologique du mot (...) Plutôt que de se bercer d'illusions en espérant ou en tentant d'imposer que les contractants se traitent comme des frères, mieux vaut tenir compte de cette réalité qu'ils n'en sont pas et n'en seront jamais, chacun essayant de manœuvrer au mieux pour défendre ses intérêts et maximiser son avantage. Le plus souvent, les contractants ne sont pas dans un rapport d'amour, vision qui relève de l'angélisme contractuel, mais dans un rapport de force. Ni ennemis ni frères, ils s'inscrivent dans une coopération antagoniste. L'important n'est d'ailleurs pas qu'ils s'aiment, mais que les intérêts antagonistes de l'un d'entre eux ne provoquent pas une injustice aux dépens de l'autre. Pour ce faire, nul besoin de sentimentalisme. C'est en prenant conscience que le contrat est un lien conflictuel, et non un lien fraternel, que l'on pourra efficacement concevoir des moyens juridiques pour protéger certaines parties vulnérables, sans toutefois scléroser le dynamisme économique »²⁴⁴⁸. La coopération nécessaire et légitime à la construction des rapports sociaux ne peut intervenir pour modifier la nature de l'homme. Au contraire, le solidarisme doit apporter son soutien afin que l'individu soit accompagné dans ses œuvres.

²⁴⁴⁴ V. C. JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », art. préc., p. 471 ; *Id.*, *Le solidarisme contractuel : un regard franco-qubécois*, 9^e conférence Albert-Mayrand, *op. cit.*, p. 16.

²⁴⁴⁵ Y LEQUETTE, « Bilan des solidarismes contractuels », art. préc., p. 253.

²⁴⁴⁶ *Ibid.*

²⁴⁴⁷ *Ibid.* ; sur cette question, v. aussi M. MIGNOT, « De la solidarité en général et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme a-t-il un rapport avec la solidarité ? », *RRJ* 2004, n° 4, pp. 2176 et s.

²⁴⁴⁸ J.-P. CHAZAL, « Les nouveaux devoirs des contractants, est-on allé trop loin ? », in *La nouvelle crise du contrat*, pp. 99 s., spéc. pp. 121-122 ; v. aussi F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHENEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, 13^e éd., Dalloz, Coll. « Précis », 2022, n° 42, pp. 23-24.

616. Solidarisme et conception sociale. Certains auteurs, à l’instar de Monsieur le professeur Christophe JAMIN, adhèrent à l’idée selon laquelle le contrat est un principe d’union, mais refusent de se conformer à l’idéologie de la fraternité et de la sentimentalité. Aussi développent-ils une autre conception du solidarisme contractuel. Il s’agit du courant « d’inspiration sociale »²⁴⁴⁹. Qualifié de « pessimiste »²⁴⁵⁰, ce deuxième courant met en exergue les profondes inégalités de classes et la nécessité de protéger le pacte républicain. Selon Monsieur le professeur JAMIN, le contrat est un « instrument de solidarité où l’échange des services doit l’emporter sur l’opposition des intérêts »²⁴⁵¹. Cette pensée rejoint ainsi la vision précédemment exposée au regard de la considération du principe de coopération loyale. Le contrat démontre une véritable solidarité du fait qu’il est au service du lien social. Cette conception sociale de la solidarité tend davantage à l’entraide qu’au don de soi²⁴⁵². Elle implique la reconnaissance d’une interdépendance entre les membres et l’objectif est de répondre à la satisfaction de l’ensemble des parties²⁴⁵³. Il s’agit de rétablir l’équilibre de la relation contractuelle. Aussi, le solidarisme ne fait pas référence à la fraternité qui implique un effort sans retour mais il s’agit bien du « moyen [pour le contractant] d’obtenir la satisfaction de son intérêt propre (...) Ce n’est donc pas l’altruisme qui pousse à satisfaire au mieux les intérêts de l’autre partie, mais son égoïsme bien compris (...) Plus les intérêts des parties sont unis, plus chacune a intérêt à prendre en compte l’intérêt de l’autre, dans son propre intérêt »²⁴⁵⁴. Il n’est pas question de sacrifier son propre intérêt au profit d’autrui, mais de collaborer et de construire ensemble, pour le bien de tous. Le solidarisme social permet ainsi une coopération réelle utile à création du lien contractuel.

617. Critiques et craintes subséquentes. L’analyse de ces deux courants a conduit à des appréciations divergentes selon les auteurs. Monsieur le professeur Philippe STOFFEL-MUNK, premier auteur à discerner ces deux visions, craint davantage le développement du courant social. Selon lui, le courant moral n’est pas inquiétant, la différence avec l’approche classique du contrat y serait plus de degré que de nature. Les parties seraient tout bonnement

²⁴⁴⁹ Ph. STOFFEL-MUNCK, « L’abus dans la fixation du prix : vraie définition ou faux-semblant », art. préc.

²⁴⁵⁰ C. GRIMALDI, *Quasi-engagement et engagement en droit privé. Recherches sur les sources de l’obligation*, préf. Y. LEQUETTE, Defrénois, Coll. « Doctorat & Notariat », t. 23, 2007, n° 477, p. 226.

²⁴⁵¹ C. JAMIN, « Quelle nouvelle crise du contrat ? Quelques mots en guise d’introduction », in C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003, p. 13.

²⁴⁵² Bien que, comme le souligne Monsieur le professeur Yves LEQUETTE, le professeur Christophe JAMIN esquisse une comparaison avec le don : Y LEQUETTE, « Bilan des solidarismes contractuels », art. préc., p. 258.

²⁴⁵³ Dans un contexte inégalitaire, chaque partie doit pouvoir tirer un bénéfice.

²⁴⁵⁴ M. MIGNOT, « De la solidarité en général, et du solidarisme contractuel en particulier ou Le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la solidarité ? », *Revue de la Recherche Juridique - Droit prospectif*, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 2004, 4, pp. 2153-2197, spéc. n°s 39 et 40, p. 2177.

davantage au service de l'autre. *A contrario*, le courant social serait plus redoutable du fait qu'il entend « renverser la problématique volontariste du contrat »²⁴⁵⁵. L'idéologie contractuelle en est nécessairement bouleversée. Monsieur le professeur Yves LEQUETTE s'oppose à cette analyse et s'inquiète davantage de la conception morale qui met en avant une inversion des ordres : « je contracte avec toi, donc tu dois m'aimer comme un frère ». Il est en effet question d'un désintéressement du soi au bénéfice du groupe social. L'individu est placé au second plan, et le droit l'obligerait à créer un lien sentimental avec un partenaire²⁴⁵⁶. *A contrario*, le courant social ne serait, selon lui, qu'un « habillage des idées libérales les plus classiques »²⁴⁵⁷. Si la présente étude adhère à cette dernière position, ceci s'explique par le fait que la fraternité ne peut être imposée à des individus qui envisagent la concrétisation d'un intérêt personnel. La bienveillance dans les négociations ne doit pas entraîner le dessaisissement de sa propre personne. Aussi la conception morale apparaît-elle préjudiciable aux partenaires dans la construction de leur accord. Ils n'agiraient plus au regard de leur intérêt personnel initial mais se soumettraient à l'autre, eu égard à ce lien fraternel fictif et illusoire. Le solidarisme doit permettre la coopération pour le bien de tous, et le bien de tous implique le bien de soi. En ce sens, le solidarisme s'entend comme une coopération loyale et non comme une soumission. Le solidarisme doit permettre la réalisation, tout en maintenant l'équilibre des droits de chaque partie.

618. Le solidarisme dans les règlements amiables. Les solidaristes n'ont pas envisagé la diversité des figures contractuelles afin de préciser l'application de leurs conceptions. Au contraire, ils ont exposé une théorie générale et des discours globalisants dans l'objectif de promouvoir leur doctrine²⁴⁵⁸. Or, l'analyse du solidarisme contractuel conduit à développer un lien avec le comportement des parties dans le cadre d'un processus amiable. En considération de la solidarité, essentielle à la construction des rapports contractuels, la tendance solidariste mérite une attention toute particulière dans les règlements amiables des différends. À l'instar de la nécessité de faire respecter le principe de coopération loyale, les parties œuvrent conjointement pour résoudre un conflit né d'une relation contractuelle ou extracontractuelle préalable. Il en découle dès lors la considération d'une solidarité procédurale dans le cadre des

²⁴⁵⁵ C. JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », art. préc., p. 442 ; Ph. STOFFEL-MUNCK, « L'abus dans la fixation du prix : vraie définition ou faux-semblant », art. préc.

²⁴⁵⁶ À ce titre, référence à la citation du professeur J. GHESTIN, in *La Voix du Nord*, 23-24 mai 1982 : « Le droit n'est pas innocent, il faut savoir ce que l'on vise ».

²⁴⁵⁷ Y. LEQUETTE, art. préc., p. 285.

²⁴⁵⁸ Y. LEQUETTE, art. préc., p. 262 : « Ils préfèrent un discours globalisant et indifférencié à connotation morale pour les uns, politico-sociale pour les autres ».

règlements amiables des différends, fondamentale à leur réussite. Eu égard à la nature hybride des règlements amiables, ce solidarisme contractuel influence la consécration d'un autre courant ostensible en leur sein : le solidarisme procédural.

B) Le solidarisme procédural au cœur des règlements amiables

619. Contexte et définition. Eu égard à l'objet des règlements amiables, l'application du principe de coopération loyale est essentielle. En effet, le règlement amiable ne peut se concevoir sans un engagement solidaire des parties à se comporter de manière loyale pour résoudre le différend commun. Ce constat implique la considération d'un contexte de « solidarité procédurale »²⁴⁵⁹. Les parties au processus amiable œuvrent ensemble afin de trouver une solution qui satisfasse les intérêts de chacun. Il est alors question de coopération, de collaboration, et de prise en compte des intérêts réciproques des partenaires.

La théorie du « solidarisme procédural » a été définie comme « ce cadre conceptuel des processus amiables de prévention et résolution des différends fondé sur le principe de coopération, qui transcende les obligations de loyauté et de ne pas nuire, par la substitution d'une dynamique collaborative à celle d'affrontement »²⁴⁶⁰. Inspirée de la doctrine du solidarisme contractuel, la théorie du solidarisme procédural rayonne dans le cadre de l'amiable. En effet, l'esprit des règlements amiables reflète l'idéologie solidariste et prône la nécessité de consacrer le principe de coopération loyale. Le solidarisme procédural apparaît comme la raison intrinsèque du développement des règlements amiables, dans la mesure où il engage un mouvement social de justice. Avec la justice amiable, la logique procédurale n'est plus à l'affrontement mais à la coopération de ses acteurs. La participation active au processus amiable implique une nécessaire collaboration.

620. Le « solidarisme procédural », fondement théorique au principe de coopération loyale. Les parties au processus amiable s'engagent dans un contexte d'antagonismes d'intérêts. Elles sont initialement en conflit et tentent, pourtant, de trouver une

²⁴⁵⁹ La formulation de cette théorie se justifie en effet au regard du domaine de l'amiable. L'expression « solidarisme processuel » ne peut être employée étant donné que ce contexte n'est pas perceptible dans le cadre d'un procès. Le solidarisme est propre à la procédure amiable, et ne peut dès lors pas revêtir une nomination globalisante.

²⁴⁶⁰ S. A. L. HOUNTOHOTEGBE, « Le principe de coopération dans les modes amiables de prévention et de règlement des différends : ébauche d'un cadre théorique pour des processus de qualité », in L. CASAUX-LABRUNEE et J.-F. ROBERGE (dir.), *Pour un droit du règlement amiable des différends. Des défis à relever pour une justice de qualité*, Paris, LGDJ, 2018, pp. 215-235, spéc. pp. 224-225.

solution mutuellement satisfaisante. L'important est alors de percevoir la bonne volonté et l'engagement commun pour la conclusion d'un accord. En ce sens, le processus n'aura aucune chance d'aboutir si le principe de coopération loyale, sous-tendu par le solidarisme procédural, n'est pas respecté. Les parties doivent œuvrer ensemble en se comportant honnêtement l'une envers l'autre. À défaut, le processus serait altéré dans sa valeur. Or, à la différence des relations contractuelles, les obligations de bonne foi et de ne pas nuire au cocontractant, ne sont pas seulement utiles au processus amiable, elles en sont l'essence. En effet, la terminologie « amiable », employée pour présenter ces modes de règlement des différends, vient du latin « *amicabilis* », qui signifie amical, qui est inspiré par l'amitié. À ce titre, « le solidarisme procédural implique que les protagonistes du conflit ne devraient pas s'engager dans les modes amiables de PRD pour se combattre, d'autres forums et d'autres processus sont plus appropriés pour l'affrontement »²⁴⁶¹. Le solidarisme procédural tend ainsi à la création d'une alliance entre les parties au processus amiable. Les parties sont des partenaires qui doivent agir ensemble pour trouver une solution au différend en cause. À l'image de l'illustration de Monsieur le professeur Sèdjro Axel-Luc HOUNTOHOTEGBE, il serait d'ailleurs nécessaire qu'elles se considèrent très rapidement « comme des partenaires embarqués dans le même bateau qui doivent œuvrer ensemble pour arriver à bon port »²⁴⁶². La théorie du solidarisme procédural, inspirée du solidarisme contractuel, trouve ainsi une assise légitime dans les règlements amiables. Cependant, à l'instar de l'analyse des différents discours solidaristes contractuels, la conception morale doit être rejetée au profit de la conception sociale²⁴⁶³. Bien qu'au regard de la philosophie morale la justice amiable puisse relever davantage de la vertu d'amitié que de la vertu de justice²⁴⁶⁴, il ne saurait être admis que les parties au processus agissent comme des frères en négligeant leurs opportunités. Comme l'exprimait Paul RICOEUR, « aussi merveilleuse que soit la vertu d'amitié, elle ne saurait remplir les tâches de la justice, ni même engendrer celle-ci en tant que vertu distincte »²⁴⁶⁵. En effet, par le biais de la justice amiable, les parties ont une double volonté : la volonté d'éviter un procès et la volonté, par un travail commun, de déceler les intérêts personnels de chacun et de les satisfaire ensemble. Finalement, la théorie du solidarisme procédural ne tend pas à imposer une charge supplémentaire aux parties au

²⁴⁶¹ S. A.-L. HOUNTOHOTEGBE, art. préc., p. 225.

²⁴⁶² S. A.-L. HOUNTOHOTEGBE, art. préc., p. 225. – v. aussi en ce sens, J. GRACQ, *Le Rivage des Syrtes*, 1951, p. 323 : « par delà les différences de classe et de richesse, cette espèce de fraternité spontanée de la rue ressemblait à celle des gens embarqués dans le même bateau, liés par la solidarité de réflexes d'un équipage de navire au moment où il appareille ».

²⁴⁶³ V. *supra* n^{os} 615 s.

²⁴⁶⁴ V. ARISTOTE, *L'Éthique à Nicomaque*, op. cit. L'auteur traite de l'*Amitié* dans le Livre VIII et de la *Justice* dans le Livre V.

²⁴⁶⁵ P. RICOEUR, *Le Juste*, Éditions Esprit, 1995, pp. 14-15.

processus amiable, mais à faire ressortir la qualité propre et les caractères constitutifs de la justice amiable. Elle consacre le principe de coopération loyale qui est inhérent aux règlements amiables.

621. Le « solidarisme procédural », dynamique de la créativité. L'observation de la théorie du solidarisme procédural au sein des règlements amiables conduit à la coopération et à une dynamique intégrative. Si les règlements amiables entrent dans le champ du droit, il est indéniable qu'ils sont une aventure humaine²⁴⁶⁶. Il s'agit d'une relation à l'autre et à soi-même. La communication est au centre du processus afin de clarifier et d'apaiser un conflit. Aussi, la participation active des justiciables dans la résolution de leur propre différend permet de maximiser les intérêts du plus grand nombre. Les intérêts tendent à converger et cette perspective implique une rupture du conflit pour envisager des liens durables, stables et construits de manière autonome. Cette interaction entre les parties au processus, afin de prendre une décision commune, peut être nécessairement reliée à la théorie des jeux²⁴⁶⁷.

La théorie des jeux permet de schématiser des situations complexes et de transformer une réalité riche de nuances en un problème de logique mathématique plus simple à analyser²⁴⁶⁸. En ce sens, la théorie des jeux exprime l'idée selon laquelle « la coopération constitue une stratégie maximisant sur la durée le potentiel le plus élevé de gain pour tous les protagonistes qu'il s'agisse d'un contexte de négociation en l'absence de conflit ou en présence d'un différend »²⁴⁶⁹. Le justiciable bien informé opterait alors davantage pour la coopération qui se révélerait bénéfique à tous plutôt qu'au maintien de sa position individualiste qui supporterait le risque d'une perte ou d'un échec. Il s'agit de se saisir de la possibilité de retirer collectivement le maximum d'une situation et de ne pas subir l'aléa judiciaire, qui suppose le risque de tout perdre. La coopération conduit à une dynamique positive et à la créativité qui répond aux besoins du plus grand nombre. Elle permet l'adaptation nécessaire d'une solution et, de ce fait, une entente durable.

²⁴⁶⁶ V. en ce sens, N. DION, « L'aventure de la médiation », *LPA*, 29 juill. 2003, n° 150, p. 4.

²⁴⁶⁷ J. VON NEUMANN, O. MORGENSTERN, *Theory of games and economic behavior*, Princeton, Princeton University Press, 1944 ; R. D. LUCE et H. RAIFFA, *Games and Decision. Introduction and critical survey*, New York, Wiley, 1957, 509 p. ; H. RAIFFA, *The art and science of negotiation*, Boston, Harvard University Press, 1982, 373 p. ; R. AXELROD, *The Evolution of Cooperation*, New York, Basic Books, 1984, 241 p. ; R. AXELROD, *Donnant-Donnant, Théorie du comportement coopératif*, Paris, Odile Jacob, 1992, 240 p. ; L. BELLENGER, *Être constructif dans les négociations et les discussions*, Paris, Entreprise Moderne d'Édition, 1984 ; D. M. KREPS, *Théorie des jeux et modélisation économique*, Paris, Dunod, 1990, 165 p. ; M. YILDIZOGLU, *Introduction à la théorie des jeux*, Paris, Dunod, 2003 ; P. DEHEZ, *Théorie des jeux. Conflit, négociation, coopération et pouvoir*, Economica, 2017, 256 p. ; N. EBER, *Théorie des jeux*, 4^e éd., Dunod, 2018, 128 p.

²⁴⁶⁸ V. annexe 6 relatif au dilemme du prisonnier.

²⁴⁶⁹ S. A.-L. HOUNTOHOTEGBÈ, art. préc., p. 226.

622. Le « solidarisme procédural », théorie pour des règlements amiables de qualité. La considération du solidarisme procédural dans le cadre des règlements amiables des différends implique de véritables conséquences quant aux comportements des parties au processus. Au regard à leur engagement dans le processus amiable, les parties doivent se délester de l'individualisme primaire de considérer égoïstement leurs seuls intérêts personnels. Le refus de s'entendre en raison des gains qui seront réalisés par l'autre révèle une stratégie contreproductive eu égard à l'aléa judiciaire. L'obsession de voir l'autre échouer et de gagner seul peut entraîner un échec total ; ce qui est incompatible avec la justice amiable. Cette attitude, peu propice à la paix sociale, omet également la considération des relations futures. Le conflit ne disparaît pas nécessairement lorsque le juge tranche la décision. L'on parle généralement d'un « gagnant » et d'un « perdant », voire de deux perdants. La décision peut rompre définitivement les liens personnels qui subsistaient entre les parties²⁴⁷⁰ et la déception, issue de celle-ci, peut entraîner un conflit persistant. Or, dans le domaine de l'amiable, la solution est prise par l'ensemble des parties. Cette valeur ajoutée permet ainsi de s'intéresser à la poursuite des relations futures. En ce sens, le solidarisme procédural crée une confiance réciproque entre les différents acteurs pour le présent et pour l'avenir. Ceci apparaît alors essentiel eu égard au domaine des règlements amiables puisqu'il s'agit d'un « conflit né entre des personnes appelées à se revoir »²⁴⁷¹. Ce constat justifie le développement des règlements amiables dans les matières à fortes résonances relationnelles, comme en droit de la famille, en droit des affaires ou encore dans les relations de voisinage. Alors que la justice amiable met en exergue un environnement où le facteur relationnel est largement marqué, il n'est pas étonnant que le principe de coopération loyale trouve une forte résonance.

623. À ce titre, et ainsi que l'avait relevé Monsieur le professeur Yves LEQUETTE²⁴⁷², le domaine de réception de la théorie du solidarisme revêt une certaine importance. En effet, selon cet auteur, il est nécessaire de prendre en considération les interactions entre les participants, et de distinguer les « deux types d'opérations irréductibles l'une de l'autre »²⁴⁷³. Monsieur le professeur Paul DIDIER avait tout d'abord mis en évidence les différences entre le contrat-échange et le contrat-organisation. « Les contrats-échange ont pour objet une permutation au terme de laquelle le bien de A se trouve entre les mains de B et le bien de B entre les mains de

²⁴⁷⁰ « Gagner un procès c'est souvent perdre un ami » : H. CROZE, « L'invitation à la médiation », *Procédures*, n° 7, juill. 2006, repère 7.

²⁴⁷¹ *Ibid.*

²⁴⁷² Y. LEQUETTE, art. préc., p. 260

²⁴⁷³ *Ibid.*

A ». Quant aux contrats-organisation, ils « instituent une coopération entre A et B lesquels mettent en commun des choses qui jusque-là leur étaient propres et les emploient à une activité conjointe »²⁴⁷⁴. Eu égard à cette polyvalence entre les contrats mettant en exergue une réelle opposition d'intérêts et ceux qui développent une communauté d'intérêts, d'autres auteurs ont poursuivi l'étude afin de rassembler davantage de situations. Monsieur le professeur Alain SERIAUX a ainsi distingué à son tour les échanges de biens et les alliances de personnes²⁴⁷⁵, en mettant en exergue le contraste entre les contrats-échange et les contrats-alliance²⁴⁷⁶. Si le second type de contrat nécessite une coopération des contractants, la distinction apparaît utile pour fournir un certain éclairage à l'application du principe de coopération dans les règlements amiables. Ainsi qu'il a été précisé précédemment, les participants au processus amiable s'allient afin de trouver un accord qui les satisfasse mutuellement. La relation entre les participants est alors essentielle pour l'avenir du processus. Aussi, dans la continuité des analyses différentielles des domaines contractuels d'application du solidarisme, Madame Christine LEBRUN a également proposé une distinction entre les « contrats transactionnels » et les « contrats relationnels »²⁴⁷⁷. Les premiers rejoindraient la conception développée par les précédents auteurs cités au titre du contrat-échange. Il s'agirait en effet d'un échange de biens ou de service contre le paiement d'un prix ; sans considération d'une possible prolongation de la relation. Le contrat relationnel dépasserait quant à lui l'objet du contrat pour considérer attentivement la relation *inter partes*²⁴⁷⁸. Les parties sont considérées comme des partenaires, elles « se font une grande confiance réciproque et s'engagent à collaborer dans un but commun »²⁴⁷⁹. Alors que cette appréciation se rapproche de l'analyse effectuée relative aux processus amiables, l'auteur affirme que « le contrat relationnel se caractérise également par le désir des parties de résoudre leurs conflits et d'éviter le recours aux tribunaux, ce qui donne lieu à un véritable nouvel ordre normatif qui évolue parallèlement au droit commun. Dans ce

²⁴⁷⁴ P. DIDIER, « Brèves notes sur le contrat-organisation », in *L'avenir du droit. Mél. en l'honneur de François Terré*, op. cit., 1999, pp. 635-642, spéc. p. 636 ; *ID.*, « Le consentement avec l'échange : contrat de société », *RJ com.*, nov. 1995, n° spécial, L'échange des consentements.

²⁴⁷⁵ A. SERIAUX, *Droit des obligations*, 2^e éd., PUF, Coll. « Droit fondamental. Droit civil », 1998, n° 55, p. 230.

²⁴⁷⁶ A. SERIAUX, *Le Droit : une introduction*, Ellipses, 1997, n° 225, p. 110.

²⁴⁷⁷ C. LEBRUN, *Le devoir de coopération durant l'exécution du contrat*, Montréal, LexisNexis, 2014, n° 98 et s., p. 33.

²⁴⁷⁸ D'autres auteurs insistent sur la notion du contrat relationnel, qui « se greffe sur un véritable rapport social et comporte une certaine densité dans le temps », de sorte qu'il acquiert « une qualité évolutive et solidaire » : H. MUIR WATT, « Du contrat relationnel », in *La relativité du contrat*, Travaux Association Henri Capitant, 1999, p. 169 ; Y.-M. LAITHIER, « À propos de la réception du contrat relationnel en droit français », *D.* 2006, p. 1003 ; rapp. R. LIBCHABER, « Réflexions sur les effets du contrat », in *Mél. Jean-Luc Aubert*, Dalloz, 2005, pp. 211 s. ; M. GERMAIN, « Le juge classique », *Rev. jurisp. com.*, nov. 2002, n° spécial, *Le juge de l'économie*, p. 17 s., spéc. p. 22.

²⁴⁷⁹ *Ibid.*, n° 102, p. 34.

nouvel ordre, les obligations de loyauté et de coopération sont beaucoup plus exigeantes, plus nombreuses et plus susceptibles d'évoluer que dans le droit commun des contrats »²⁴⁸⁰. Si l'auteur considère l'aboutissement du règlement amiable tel un contrat relationnel, cela témoigne de la nécessité d'une application du principe de coopération loyale tout au long du processus de résolution du différend. Ce principe, apprécié au titre du solidarisme procédural, encourage l'efficacité des règlements amiables.

624. Or, si les contrats « organisation », « alliance » ou « relationnel » sont perçus comme les moteurs du solidarisme, il est d'autres types de contrats qui sont naturellement exclus, par nature, de cette conception. En effet, les contrats négligeant la coopération entre les parties ne seraient pas récepteurs de la théorie du solidarisme. Il en est ainsi du contrat d'adhésion. Le professeur SALEILLES affirmait déjà que ce contrat « n'est pas l'acte de maîtrise d'une volonté créatrice de droit ; mais le procédé d'adaptation des volontés privées à l'utilisation des efforts communs, pour la satisfaction des intérêts individuels réciproques »²⁴⁸¹. De ce fait, le contrat doit être apprécié « d'après le but social de ce procédé de solidarité juridique, et non d'après la fantaisie individuelle de chacun de ceux qui y prennent part »²⁴⁸². L'auteur reconnaît alors que le contrat d'adhésion, en ce qu'il exprime « la prédominance exclusive d'une seule volonté », ne peut pas être un contrat²⁴⁸³. Monsieur le professeur Christophe JAMIN confirme cette analyse en affirmant qu'il ne s'agit pas d'un contrat « car il n'est pas une œuvre de solidarité contractuelle, et il doit être interprété pour cette raison en fonction des intérêts de la collectivité »²⁴⁸⁴. Ce constat relatif au contrat d'adhésion permet de créer le lien avec l'analyse précédemment réalisée concernant les mesures alternatives aux poursuites et plus précisément à la composition pénale²⁴⁸⁵.

Le rapprochement entre la composition pénale et le contrat d'adhésion a en effet été évoqué en raison de la proposition réalisée par le procureur de la République et l'acceptation du délinquant. Aucune solidarité ne découle de cet accord. Il s'agit davantage de répondre à l'intérêt de la société. Le litige est résolu sans engorger les tribunaux et la paix sociale est préservée. Il appert que cette mesure alternative ne peut être considérée comme un procédé de même nature que les autres modes amiables de résolution des différends qui prônent un

²⁴⁸⁰ *Ibid.*, n° 104, p. 34.

²⁴⁸¹ R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté*, Paris, Pichon, 1901, n° 891, p. 229.

²⁴⁸² *Ibid.*

²⁴⁸³ *Ibid.*

²⁴⁸⁴ C. JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », art. préc., p. 450.

²⁴⁸⁵ Eu égard au contexte de cette mesure alternative, l'analyse a démontré qu'elle pouvait être assimilée à un contrat d'adhésion : *Cf. supra* n° 373, spéc. nbp n° 1442.

solidarisme procédural, tel qu'entendu dans la présente étude. Il s'agit davantage d'une soumission à l'intérêt de la collectivité, qui correspond alors à la conception morale du solidarisme contractuel. Cette assimilation confirme ainsi les inquiétudes relatives aux conséquences de l'admission de la conception morale du solidarisme²⁴⁸⁶. Il s'observe une déliquescence de l'appréhension de ses propres intérêts au profit ou par crainte de l'autre, et ce, au titre d'une soumission organisationnelle ou institutionnelle.

Aussi l'assertion d'un solidarisme procédural, inspiré de la théorie du solidarisme contractuel, confirme la nécessité d'établir un principe de coopération loyale propre aux règlements amiables des différends.

625. Synthèse relative au principe de coopération loyale. Né de la construction de l'Union européenne, le principe de coopération loyale est inhérent à la qualité et à la réussite de la procédure amiable. À l'instar de l'espace européen, le cercle de l'amiable regroupe des parties impliquées dans la réalisation d'une œuvre commune : résoudre leur différend à l'amiable. Ce résultat souhaité ne sera pourtant obtenu que par une coopération, une collaboration, une loyauté et une solidarité des parties aux processus²⁴⁸⁷. À défaut, le processus cesse et les objectifs de chacun ne sont pas atteints. Au-delà, le principe de coopération se présente comme le fondement identitaire des règlements amiables. Il en est l'image et l'issue de ces derniers dépend de la considération de ce principe.

Bien que ce principe ne soit pas consacré dans le droit processuel, son usage est difficilement contestable²⁴⁸⁸. Sans coopération loyale, pas de règlement amiable²⁴⁸⁹. Dès lors, il est bien essentiel de considérer ce principe de coopération loyale, qui puise notamment ses soubassements théoriques dans la théorie du solidarisme procédural, pour une meilleure qualité du processus amiable. L'étude a en effet mis en exergue le rapport entre le contexte de l'amiable et l'application de la théorie du solidarisme procédural, à l'instar de l'adéquation consacrée antérieurement entre la théorie générale des obligations et la théorie du solidarisme contractuel.

²⁴⁸⁶ V. *supra* n° 617.

²⁴⁸⁷ Qui font référence au contenu du principe, v. *supra* n°s 593 s.

²⁴⁸⁸ Ce qui pourrait expliquer l'absence de consécration du principe. Il en serait de même pour le principe de loyauté, qui fait l'objet de vifs débats quant à sa consécration dans les codes de procédure.

²⁴⁸⁹ Pour donner suite à la note précédente, sans loyauté, le règlement amiable perd sa valeur prééminente.

Conclusion du Chapitre 2

626. Adaptation des principes au service de la coopération. Le conflit entraîne une épreuve subie en commun, avec tout ce qu'elle comporte de leçons et d'expériences. Les personnes en désaccord doivent ainsi appréhender la meilleure stratégie pour y mettre fin. La coopération répond de ce fait au souhait d'une politique de l'intelligence. C'est notamment à cet égard que les promoteurs de la qualité de la justice, à l'instar de Monsieur Jean-Marc SAUVE, appellent de leurs vœux une coordination des efforts de tous les acteurs de la justice, afin de répondre aux besoins urgents de la justice contemporaine. Pour que la justice amiable prospère au sein du système de justice français, encore faut-il que les parties s'investissent et croient en la réussite des processus amiables.

Dès lors, l'engagement des parties au processus amiable témoigne d'une volonté de coopérer. Cette coopération, qui participe à la qualité et à la réussite de la procédure amiable, conduira alors les parties à résoudre, par elles-mêmes, le différend ensemble. Or, la résolution coopérative du différend suppose de garantir l'équilibre de la procédure. Les principes directeurs du procès jouent ainsi un rôle essentiel. Il s'agit de respecter et de faire respecter l'équilibre de la procédure amiable²⁴⁹⁰. Cependant, ces principes doivent s'adapter à la procédure dans laquelle ils interviennent. Ainsi, le principe de l'égalité des armes et le principe du contradictoire s'agrègent aux règlements amiables tout en s'harmonisant avec l'essence de ces derniers. Ils n'interviennent pas en tant qu'administrateurs du processus mais en tant que guides pour préserver la qualité de celui-ci. Outre ces deux principes essentiels, le domaine de l'amiable implique la consécration d'un principe de coopération loyale.

627. Émergence d'un principe de coopération loyale. Développé à l'échelle internationale, et notamment par la Cour de justice de l'Union européenne, le principe de coopération loyale trouve une juste place pour répondre à ce même objectif de qualité du processus amiable. Il consacre le comportement adéquat des parties pour la réussite du règlement amiable.

²⁴⁹⁰ Cf. *supra* n° 48.

CONCLUSION DU TITRE 1

628. Mesure de la qualité du processus amiable. La recherche de qualité suppose tout d'abord d'envisager les exigences, et ensuite les attentes²⁴⁹¹. À cet égard, la notion de qualité s'apprécie à divers titres. Elle est envisagée, d'une part, comme une chose de grande valeur, qui remplit les conditions exigées et, d'autre part, comme une valeur qui répond aux intérêts des individus. En ce dernier sens, la qualité est évaluée en fonction de ses effets. Or, quelles sont les exigences et quelles sont les attentes de la justice amiable ? La justice amiable doit tout d'abord répondre aux difficultés auxquelles fait actuellement face la justice française, notamment au regard de l'engorgement des tribunaux. Ces obstacles à l'efficacité de la justice exigent de trouver des solutions adéquates. La justice amiable répond à ce besoin. Elle représente une justice rapide menée sans l'intervention des juridictions étatiques. Quant aux attentes, les évolutions sociétales démontrent une réelle volonté d'autonomisation des individus. Il est question de privilégier le dialogue et les solutions négociées aux solutions imposées. La justice amiable doit ainsi favoriser l'échange et la discussion afin de répondre aux attentes du public.

Dès lors que la justice amiable affirme ses qualités au sein du système, il apparaît nécessaire de promouvoir son office. Afin que cette dernière soit consacrée comme le modèle de référence, ses fondements et ses objectifs doivent être mis en exergue.

629. Assurer l'équilibre du processus amiable. Monsieur Jean-Marc SAUVE, alors Vice-président du Conseil d'État, affirmait qu'« une bonne justice est celle qui opère une balance correcte des intérêts en présence ; elle recherche l'équilibre et se soucie d'opérer un contrôle de proportionnalité », tout en présentant la montée en puissance de l'approche procédurale fondée sur la qualité du débat contradictoire et l'équité du procès²⁴⁹². Le niveau donné à la qualité de la justice s'apprécie alors sur la base d'un dénominateur commun à l'ensemble du droit processuel : le droit à un procès équitable. Ce modèle universel met en lumière l'ensemble des éléments essentiels de la qualité intrinsèque de toute procédure. En tant que procédure de résolution des différends, les règlements amiables supposent une considération précise de leurs exigences. Pourtant, ces principes directeurs du procès s'adaptent

²⁴⁹¹ V. CEPEJ, « Mesurer la qualité de la justice », déc. 2016.

²⁴⁹² J.-M. SAUVE, « Les critères de la qualité de la justice », *Célébration des vingt ans du Tribunal de première instance des Communautés européennes*, le 25 sept. 2009, disponible sur le site du Conseil d'État.

étroitement au contexte souple de l'amiable. Ils se soumettent aux besoins du processus. Par leur variété et leur richesse, ils sont susceptibles de s'accommoder aisément aux règlements amiables et de produire des effets essentiels à leur bon déroulement et à leur réussite. La capacité d'adaptation des principes fondamentaux du procès rencontre la souplesse des règlements amiables pour produire les effets attendus d'une justice de qualité. À ce titre, la qualité du processus amiable – qui suppose efficacité et coopération – dévoile une application raisonnée des principes issus du droit à un procès équitable ainsi que des principes liés à sa nature propre, tels que la confidentialité ou la coopération loyale.

Cependant, pour assurer pleinement la qualité de la justice amiable, encore faut-il assurer la qualité du tiers intervenant au processus dont dépend le déroulement.

TITRE 2 : LES GARANTIES TENANT A LA QUALITE DU TIERS-INTERVENANT

630. Rapports entre les principes d'indépendance et d'impartialité. L'article 6 § 1 de la Convention européenne annonce que « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement (...) par un tribunal *indépendant et impartial* ». Ces deux principes processuels fondamentaux, tenant à la qualité du tiers à procédure, sont essentiels dans toute société démocratique²⁴⁹³. Bien que souvent confondus²⁴⁹⁴, ils doivent être distingués au regard de leur apports respectifs dans la procédure. Le principe d'indépendance pourrait être perçu tel un préalable au principe d'impartialité. Le juge doit être indépendant des parties et des autres pouvoirs afin d'être impartial dans une affaire déterminée. Or, si l'indépendance est une condition de l'impartialité, elle n'y suffit pas toujours²⁴⁹⁵. En effet, « l'indépendance suppose l'absence de lien de subordination, donc de lien avec un tiers, alors que l'impartialité s'analyse uniquement à partir de celui qui agit, sans lien avec un tiers »²⁴⁹⁶. Afin d'appréhender clairement la distinction entre ces deux notions, il peut être admis que l'indépendance est « un statut » alors que l'impartialité est « une vertu »²⁴⁹⁷.

Chacun de ces deux principes méritent ainsi une étude rigoureuse eu égard à leur importance. Cette importance transparaît à travers la figure qui porte la justice et les conséquences de ses agissements.

631. La qualité de tiers à la procédure. Le juge est le garant de la justice lorsqu'une affaire est amenée à être jugée. Aussi, lorsque l'un de ces deux principes est violé, l'acte de

²⁴⁹³ En ce qu'ils sont inhérents au droit au procès équitable : CEDH, 9 oct. 1979, *Airey c. Irlande*, req. n° 6289/73, § 24. *Adde* CEDH, 21 févr. 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, req. n° 4451/70.

²⁴⁹⁴ Certains situations concrètes peuvent en effet les rapprocher au point de les confondre. V. not. CEDH, 22 juin 1989, *Langborger c. Suède*, req. n° 11179/84, § 32.

²⁴⁹⁵ X. LAGARDE, « Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges », art. préc., p. 436.

²⁴⁹⁶ J. PRADEL, « La notion européenne de tribunal impartial et indépendant selon le droit français », *RSC* 1990. 692.

²⁴⁹⁷ S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, 13^e éd., Lexisnexis, Coll. « Manuel », 2020, n° 403, p. 343 ; S. GUINCHARD et a., *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès, op.cit.*, p. 876 ; S. GUINCHARD, A. VARINARD et T. DEBARD, *Institutions juridictionnelles*, 16^e éd., Dalloz, Coll. « Précis », 2021, n° 214, p. 338 ; R. KOERING-JOULIN, « La notion de tribunal indépendant et impartial au sens de l'article 6 par. 1 de la Convention européenne des droits de l'homme », *RSC*, 1990, p. 765. – Pour autant, cette analyse reste discutée et d'autres auteurs attribuent au principe d'impartialité une définition plus technique. À cet égard, Madame le professeur FRISON-ROCHE définit techniquement l'impartialité comme une règle de preuve (M.-A. FRISON-ROCHE, « L'impartialité du juge », *D.* 1999, chron. p. 53), bien qu'elle évoque dans ce même article une « vertu d'impartialité ». Il existerait alors une différence d'approche entre l'impartialité envisagée de manière générale et l'impartialité technique.

juger est atteint dans son essence et la justice étatique est bafouée. À ce titre, le principe d'indépendance revêt une importance d'autant plus forte. Il ne s'agit pas seulement de mettre en doute la figure du juge mais le pouvoir judiciaire dans son ensemble. Si le juge subit des influences des autres pouvoirs, le système est entièrement remis en cause et les citoyens n'ont plus confiance en leur justice. Dès lors, ces deux principes imposent de leur porter une attention toute particulière. Cette analyse mérite d'être également appréhendée dans le domaine de la justice amiable. En effet, *quid* de la considération des principes d'indépendance et d'impartialité au sein des règlements amiables ?

Afin d'apprécier le respect de ces exigences au sein de ces processus, il convient d'analyser le rôle de ce facilitateur de solution qu'est le médiateur ou le conciliateur. Tout comme le juge, il est un tiers à la procédure amiable. Sa qualité de tiers par rapport aux parties fait qu'il n'en va pas différemment du tiers sollicité dans les règlements amiables ou dans les règlements contentieux. « Le fait que l'un juge tandis que l'autre aide les parties à résoudre elles-mêmes leur différend ne change rien à la condition de tiers qu'ils ont en commun »²⁴⁹⁸. Si l'essence même de leurs attributions se distingue²⁴⁹⁹, ils occupent la même place en ce qu'ils sont à égale distance des parties. La différence réside ainsi dans le rapprochement entre le tiers – le juge ou le médiateur/conciliateur – et les deux parties. Le juge est plus éloigné des parties parce qu'il n'est pas dans l'aide mais dans la prise de décision unilatérale. La géométrie sert ce constat. Le lien entre le juge et les parties à la procédure peut s'illustrer au regard d'un triangle isocèle alors que le lien entre le médiateur/conciliateur et les parties au processus amiable prend la forme d'un triangle équilatéral²⁵⁰⁰ ; ce qui justifie l'expression du cercle de l'amiable précédemment évoquée²⁵⁰¹.

En outre, alors que les règlements amiables sont appréhendés au sein de la procédure de justice de manière large, ils précèdent, à défaut de réussite, la résolution du différend par le juge étatique. Aussi, comme l'énonçait Monsieur le professeur Xavier LAGARDE, « le travail du médiateur précède celui du juge et l'on peut attendre du premier les qualités dont le second doit justifier »²⁵⁰². Cette affirmation confirme l'approche jusque-là développée, mettant en exergue une justice au sein de laquelle se succèdent et collaborent les différents modes de règlement des différends. En ce sens, il est essentiel qu'ils soient dotés de garanties équivalentes à l'instar de

²⁴⁹⁸ L. CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, op. cit., p. 138.

²⁴⁹⁹ V. H. GEBHARDT, « Le juge tranche, le médiateur dénoue », *Gaz. Pal.*, 16 avr. 2013, n° 125a5.

²⁵⁰⁰ Annexe 7, précision en *infra* n° 745.

²⁵⁰¹ V. *supra* n° 610.

²⁵⁰² X. LAGARDE, « Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges », art. préc., p. 437.

la qualité du tiers intervenant. Il est alors impératif d'apprécier l'exigence d'un tiers indépendant (Chapitre 1) et impartial (Chapitre 2) dans la justice amiable.

CHAPITRE 1 : L'EXIGENCE D'UN TIERS INDEPENDANT

632. L'indépendance du tiers, un principe fondamental en droit processuel. La notion d'indépendance est issue du préfixe négatif *in* et de dépendance, du latin *dependere*. Il s'agit dès lors d'une absence de subordination, de la « situation d'un individu qui exerce seul et en toute liberté les pouvoirs qui lui sont conférés »²⁵⁰³. Cette exigence d'indépendance du tiers à la procédure implique que ce dernier ait la possibilité d'agir en toute liberté et à l'abri de toutes instructions et pressions. Affirmé comme un principe fondamental processuel par le biais de l'article 6 § 1 de la Convention européenne, le principe d'indépendance exclut toute contrainte qui pourrait être imposée au tiers. À l'instar de l'indépendance du juge, tiers au procès, le tiers au règlement amiable doit être indépendant. À défaut, le processus amiable ne serait que simulacre et affaiblirait la confiance portée en la justice amiable. Aussi, certains n'hésitent pas à assimiler l'indépendance à la « règle d'or de la fonction de médiateur »²⁵⁰⁴. Il est alors essentiel d'apprécier la place de ce principe d'indépendance dans les règlements amiables (Section 1). Pour autant, le domaine de l'amiable révèle, dans certains cas, des doutes quant à l'application de ce principe. Il sera alors question de tenter de trouver des remèdes à ces difficultés, au regard de l'importance de la posture et de la compétence du tiers lui-même. Pour ce faire, la présente étude s'interrogera sur la précision à apporter au statut du tiers en réponse aux doutes relatifs à son indépendance (Section 2).

Section 1 : Le principe d'indépendance dans les règlements amiables

633. Le principe d'indépendance, composante du procès équitable. Le principe d'indépendance est reconnu comme un principe fondamental processuel à travers l'article 6 § 1 de la Convention européenne. Il est essentiel à la bonne administration de la justice et participe directement de la confiance des citoyens dans la justice. Inséré parmi le droit à un procès équitable, il s'agit d'un principe fondamental de droit processuel qui doit être appréhendé dans l'ensemble des procédures de règlements des différends. En effet, si le droit au procès équitable

²⁵⁰³ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., v° « Indépendance ».

²⁵⁰⁴ J. -C. BEAUJOUR, « L'indépendance du médiateur », *Gaz. Pal.*, 30 janv. 2018, n° 4, p. 11.

met en exergue le droit d'accès au juge, et à la justice de manière générale²⁵⁰⁵, il conduit également à la reconnaissance d'un droit à un « bon juge »²⁵⁰⁶, et plus largement à un bon tiers. À ce titre, il en ressort le droit à un tiers indépendant (§1), qui a été consacré dans le cadre de la justice amiable (§2).

Paragraphe 1 : Le droit à un tiers indépendant

634. L'indépendance, un pilier de la justice. L'indépendance « fait la force principale de la justice »²⁵⁰⁷. En effet, l'appréciation du respect du principe d'indépendance va au-delà du regard porté sur une affaire mais tient à l'étude de la garantie de justice et du respect des principes démocratiques. L'indépendance est l'un des piliers de la justice et de la démocratie. Elle est alors garantie tant au niveau national qu'international. Le principe d'indépendance est affirmé avec force dans les textes internationaux. Outre l'article 6 § 1 de la Convention européenne et l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, l'article 14 § 1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques précise en effet que « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, *indépendant* et impartial »²⁵⁰⁸. La Déclaration universelle des droits de l'homme précise également ce droit au sein de son article 10. Au niveau national, le principe d'indépendance est constitutionnellement affirmé à l'article 64 de la Constitution française de 1958²⁵⁰⁹. L'indépendance fonde, en ce sens, la confiance du citoyen dans sa justice. Il en ressort que le juge doit juger par lui-même et ne pas abandonner son pouvoir d'appréciation d'une affaire au profit d'une autre autorité ou d'un autre pouvoir. Se pose d'ailleurs la question de savoir si un juge qui ne serait pas indépendant serait encore un juge²⁵¹⁰. Alors que la procédure amiable fait également œuvre de justice, il appert que la confiance du justiciable repose de la même manière sur l'indépendance du tiers (médiateur ou conciliateur). Il convient dès lors

²⁵⁰⁵ Cf. première partie.

²⁵⁰⁶ S. GUINCHARD et a., *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, op.cit., pp. 857 s.

²⁵⁰⁷ G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile, Mise à jour 1960, Commentaire de la Réforme judiciaire (22 décembre 1958)*, PUF, Coll. « Thémis », 1960, p. 2.

²⁵⁰⁸ À noter que la formulation est plus large que celle proposée par l'art. 6 § 1 CESDH, puisque le mot « compétent » n'y figure pas.

²⁵⁰⁹ « Le Président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire ». – Pour une application, v. Cons. const., 2 juill. 2010, n° 2010-10 QPC, JO du 3 juill. 2010, p. 12120, texte n° 9 : la présence au sein d'une juridiction répressive, à savoir le tribunal maritime commercial, d'un militaire et d'un fonctionnaire soumis à l'autorité hiérarchique du gouvernement est contraire au principe d'indépendance des juridictions qui découle de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (cons. 3).

²⁵¹⁰ L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, op. cit., n° 279, p. 538.

d'envisager l'indépendance du tiers, qu'il s'agisse du juge ou du tiers à la procédure amiable, au titre du droit à une procédure équitable. Il sera alors question de raisonner par analogie en analysant l'exigence d'indépendance des magistrats et son respect dans les règlements amiables. Chaque citoyen a le droit d'être jugé, entendu ou guidé dans la résolution de son différend par un tiers qui ne souffre d'aucune contrainte, apte à appréhender une situation de lui-même. Le droit à un tiers indépendant implique dès lors que ce tiers exerce sa mission en toute liberté. Pour ce faire, il doit être autonome dans ses liens processuels (A).

En tant que pilier de la justice, l'indépendance revêt une importance essentielle. À cet égard, l'étude s'intéressera au contrôle opéré relativement à l'indépendance de ce tiers au sens de l'article 6 § 1 de la Convention européenne (B). En effet, si la Cour européenne effectue un contrôle précis du respect de cette exigence, l'approche pourrait être appréhendée dans le cadre des règlements amiables.

A) Un tiers autonome dans ses liens processuels

635. Sauvegarde de l'autonomie du tiers. Le principe d'indépendance implique, selon la Cour européenne²⁵¹¹, que le juge ne doit avoir aucun lien avec une partie ou les autres pouvoirs de l'État. Or, *quid* de l'indépendance du tiers au processus amiable ? Ce dernier ne tranche pas un différend, il ne rend pas une décision. Cependant, le tiers conduit le processus amiable et guide les parties vers la conclusion d'un accord. Il détient ainsi une influence sur le déroulement du processus. En ce sens, il peut être amené à subir des pressions qui contreviendraient au respect de cette garantie d'indépendance de la justice. Ses liens processuels méritent ainsi d'être appréhendés. Au-delà des liens avec les parties, avec le pouvoir législatif et avec le pouvoir exécutif, il est d'autres liens qui méritent d'être étudiés précisément : les liens et les influences à l'intérieur du système de justice, et notamment le lien entre le juge et le tiers au règlement amiable. En effet, dans le cadre d'une médiation judiciaire ou d'une conciliation judiciaire déléguée à un conciliateur de justice, il apparaît nécessaire de se demander si le tiers est autonome par rapport au juge en charge de l'affaire. Chacun de ces liens processuels conduisent alors à s'interroger sur l'indépendance du tiers – qu'il s'agisse du juge, du médiateur ou du conciliateur de justice – à la procédure de résolution du différend tant vis-à-vis de l'extérieur (1.) que de l'intérieur du système de justice (2.).

²⁵¹¹ V. Fiche thématique « indépendance de la justice », CEDH, Unité de la Presse, mars 2022, 31 p.

1. Le tiers vis-à-vis de l'extérieur

636. L'indépendance du tiers par rapport aux parties. L'indépendance par rapport aux parties s'apprécie au regard du lien qui peut exister, de manière institutionnelle et au titre de la structure de l'organe, entre le tiers et l'une des parties à la procédure. Alors que le comportement du tiers n'est pas en lui-même contesté, il se trouve dans une situation de conflit d'intérêts. Il s'agit en effet d'une situation dans laquelle la mission professionnelle ou institutionnelle confiée au tiers entre en conflit avec son intérêt propre, de sorte que son indépendance en est altérée²⁵¹². À ce titre, la loi organique n° 2016-1090 du 8 août 2016 relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature²⁵¹³ a inséré, au sein de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, un article 7-1 imposant aux magistrats de veiller à prévenir ou à faire cesser immédiatement les situations de conflit d'intérêts. L'article précise notamment que « constitue un conflit d'intérêts toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction »²⁵¹⁴. Il peut ainsi s'agir d'un conflit objectif, tel que des relations familiales ou économiques, ou d'un conflit subjectif eu égard à un lien d'amitié ou, au contraire, conflictuel²⁵¹⁵. L'apparente dépendance du tiers à l'une des parties implique dès lors une remise en cause de la garantie d'indépendance. Il s'agit précisément de l'absence d'autonomie de comportement du tiers par rapport à l'une des parties. Ainsi que l'a précisé la Cour européenne dans son arrêt *Sramek c. Autriche* du 22 octobre 1984, « dès lors qu'un tribunal compte parmi ses membres une personne se trouvant dans un état de subordination de fonctions et de services par rapport à l'une des parties, les justiciables peuvent légitimement douter de l'indépendance de cette personne. Pareille situation met gravement en cause la confiance que les juridictions se doivent d'inspirer dans une société démocratique »²⁵¹⁶.

²⁵¹² G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., v° « Conflit d'intérêt ».

²⁵¹³ L. organique n° 2016-1090 du 8 août 2016 relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature, art. 26.

²⁵¹⁴ Ord. n° 58-1270 du 22 déc. 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, art. 7-1, al. 2.

²⁵¹⁵ Les conflits d'intérêts sont précisément appréhendés dans le cadre de l'arbitrage, par l'International Bar Association : v. *Lignes Directives de l'IBA sur les Conflits d'Intérêts dans l'Arbitrage International*, adoptées par résolution du Conseil de l'IBA le 23 oct. 2014, in www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx.

²⁵¹⁶ CEDH, 22 oct. 1984, *Sramek c. Autriche*, req. n° 8790/79, § 42.

637. L'indépendance par rapport aux autres pouvoirs. La question de l'indépendance relève à ce titre de la séparation des pouvoirs ; en ce que ce principe fait référence à l'autonomie du pouvoir judiciaire par rapport aux pouvoirs législatif et exécutif. L'indépendance suppose en effet que les pouvoirs législatif et exécutif ne puissent empiéter sur les prérogatives de l'autorité judiciaire, et donc du juge. Le Parlement, tout comme le Gouvernement, ne doit pas pouvoir remettre en cause les données d'un procès ainsi que les décisions rendues et ayant autorité de chose jugée. À ce titre, « il n'appartient ni au législateur ni au Gouvernement de censurer les décisions des juridictions, d'adresser à celles-ci des injonctions et de se substituer à elles dans le jugement des litiges relevant de leur compétence »²⁵¹⁷ et « ...d'enfreindre par là même le principe de séparation des pouvoirs »²⁵¹⁸. Ainsi que le rappelle le Conseil constitutionnel, l'une des caractéristiques de la justice française est de siéger « au nom du peuple français »²⁵¹⁹. En effet, la justice appartient au corps social, par l'intermédiaire de ses représentants (le Gouvernement et le Parlement) à qui il appartient de dire ce que doit être la justice. Il s'agit de la justice dans un État de droit, c'est-à-dire la justice qui respecte un certain nombre de règles constitutionnelles et conventionnelles telles que l'indépendance. À cet égard, la notion de séparation des pouvoirs a acquis une importance croissante dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme²⁵²⁰. La Cour européenne a alors pris en considération la nécessité de protéger les membres du corps judiciaire contre les mesures susceptibles de menacer leur indépendance et leur autonomie²⁵²¹. Elle considère précisément l'indépendance des juges à l'égard du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif²⁵²². À ce titre, elle admet qu'il est porté atteinte à l'indépendance des juges lorsque l'exécutif intervient dans une affaire pendante devant les tribunaux en vue d'en influencer l'issue²⁵²³. Plus encore, elle relève que de telles interventions de l'exécutif révèlent « un manque de respect envers la fonction même du pouvoir judiciaire »²⁵²⁴.

638. L'indépendance du juge à l'égard du pouvoir exécutif s'apprécie sous deux aspects. Elle doit tout d'abord être organique, dans le sens où le tiers ne doit pas être subordonné au pouvoir exécutif. Elle doit, en outre, être fonctionnelle dans la réalisation de ses missions

²⁵¹⁷ Cons. Const., 22 juill. 1980, n° 82-119 DC, *Rec.* p. 46, pt. n° 6 : *RD publ.* 1980, obs. FAVOREU.

²⁵¹⁸ Cons. Const., 26 juin 1987, n° 87-228 DC, *Rec.* p. 38, pt. n° 8 : *RD publ.* 1989. 399, obs. FAVOREU.

²⁵¹⁹ Cons. Const., 5 mai 1998, n° 98-399 DC, *Rec.* p. 245 – v. en ce sens, COJ, art. L. 111-1.

²⁵²⁰ CEDH [GC], 23 juin 2016, *Baka c. Hongrie*, req. n° 20261/12, § 165 – CEDH [GC], 1^{er} déc. 2020, *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islande*, req. n° 26374/18, § 215.

²⁵²¹ CEDH, 9 mars 2021, *Bilgen c. Turquie*, req. n° 1571/07, § 58.

²⁵²² CEDH, 24 nov. 1994, *Beaumartin c. France*, req. n° 15287/89, § 38.

²⁵²³ CEDH, 25 juill. 2002, *Sovtransavto Holding c. Ukraine*, req. n° 48553/99, § 80.

²⁵²⁴ *Ibid.*

quotidiennes. Le tiers ne doit en effet pas recevoir de commandements. Aussi, le pouvoir exécutif ne doit pas influencer la conduite d'une procédure, qu'elle soit étatique ou amiable²⁵²⁵. Quant à l'étude de l'indépendance du tiers vis-à-vis du Parlement, seule l'indépendance fonctionnelle peut être troublée. En effet les pouvoirs législatif et judiciaire n'ont aucun lien organique. Le pouvoir législatif pourrait alors influencer l'issue d'un procès en modifiant, de manière abusive, le contenu d'une loi applicable ; notamment par le biais de la technique des lois interprétatives ou de validation²⁵²⁶. Pour autant, cette influence, qui n'est pas rare²⁵²⁷, n'est pas perceptible dans le cadre de l'amiable du fait de l'application souple des règles de droit en vigueur.

Au-delà de la séparation des pouvoirs, il doit être mis en exergue la séparation des fonctions²⁵²⁸ entre les juges et entre le juge et le tiers au processus amiable ; à l'intérieur du système de justice.

2. Le tiers vis-à-vis de l'intérieur du système de justice

639. Les influences à l'intérieur du système de justice : liens entre les juges. La diversité des représentants du système de justice conduit à s'interroger sur l'indépendance du juge à l'égard des autres juges, et du tiers (médiateur ou conciliateur) à l'égard du juge.

Au sein d'une même juridiction, l'indépendance du juge pourrait être remise en cause si un autre juge lui imposait sa décision. Alors que les magistrats sont des fonctionnaires, qui disposent d'un grade et d'un échelon, il existe une hiérarchie au sein du système judiciaire²⁵²⁹. De ce fait, le risque qu'un juge de grade inférieur soit influencé par un juge de grade supérieur est bien réel. La loi française garantit alors l'absence de subordination hiérarchique dans la prise de décision²⁵³⁰, l'obligation de mobilité²⁵³¹, qui signifie qu'un juge ne peut garder éternellement

²⁵²⁵ Influence qui pourrait questionner dans le cadre des médiations institutionnelles : v. *infra*.

²⁵²⁶ Cela peut permettre de régulariser l'annulation d'un acte réglementaire et, de ce fait, de libérer l'administration de l'obligation d'exécuter la chose jugée.

²⁵²⁷ L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, op. cit., n° 64, p. 134.

²⁵²⁸ Si ce principe sera nécessairement apprécié au cours de l'étude du principe d'impartialité, il est également question d'apprécier le lien entre le juge et le tiers au règlement amiable.

²⁵²⁹ V. Ord. n° 58-1270 du 22 déc. 1958, portant loi organique relative au statut de la magistrature.

²⁵³⁰ V. not. E. POINAS, *Le statut de la magistrature. Réflexions sur un droit spécial*, préf. C. DEJOURS, Boulogne-Billancourt, Berger-Levrault, Coll. « Pratiques judiciaires », mars 2022, n° 51, p. 71 : « Le pouvoir hiérarchique existe incontestablement au sein du corps judiciaire. Il est manifesté par de nombreuses dispositions qui permettent à un supérieur hiérarchique d'affecter un magistrat à l'exécution de telle ou telle activité (y compris non juridictionnelle). Mais il trouve une limite théorique dans l'exercice de fonctions juridictionnelles ».

²⁵³¹ Le Conseil constitutionnel a, à de nombreuses reprises, rappelé l'importance de la mobilité fonctionnelle et géographique pour garantir l'indépendance du corps judiciaire : Cons. Const., 19 juin 2001, n° 2001-445 DC.

la même fonction, la règle du roulement²⁵³² ainsi que l'interdiction pour certaines personnes d'être simultanément membres d'une même juridiction²⁵³³. Outre les liens et les pressions pouvant être appréciés au sein même des juridictions, *quid* lorsque la justice étatique et la justice amiable collaborent dans une même affaire ?

640. Les influences à l'intérieur du système de justice : liens entre le juge et le tiers au règlement amiable. Lorsque le juge délègue la résolution d'une affaire à un tiers médiateur ou conciliateur, se pose la question de son influence sur le processus amiable engagé. De la même manière que le juge doit être autonome des autres pouvoirs et des autres juges, le médiateur et le conciliateur doivent être autonome du juge. La question peut en effet se poser eu égard à l'emprise du juge sur le règlement amiable. Dans le cadre d'une conciliation judiciaire, le juge désigne le conciliateur de justice et organise le processus en fixant la durée de sa mission. En vertu de l'article 129-5 du Code de procédure civile, le conciliateur tient le juge informé des difficultés qu'il rencontre dans l'accomplissement de sa mission. Aussi, alors que le juge conserve la main mise sur le processus, la dépendance du conciliateur peut être envisagée. Dans le cadre de la médiation judiciaire, le juge n'est en aucun cas dessaisi de l'affaire. Il « peut prendre à tout moment les autres mesures qui lui paraissent nécessaire »²⁵³⁴. Tout comme dans le cadre d'une conciliation déléguée, le juge désigne le médiateur, fixe la durée de sa mission et ce dernier le tient informé des difficultés rencontrées. Toutefois, la médiation judiciaire crée davantage le doute sur l'indépendance du médiateur du fait qu'à l'expiration de sa mission, le juge fixe sa rémunération²⁵³⁵. Il existe alors un lien financier entre le juge et le médiateur, qui implique de s'interroger sur l'influence et la pression qu'il pourrait subir.

Alors que ce principe d'indépendance est largement protégé, tant au niveau national qu'au niveau international, le contrôle de ses garanties est précisément observé.

²⁵³² Devant les juridictions judiciaires, l'article L. 121-3 du COJ impose l'existence d'une ordonnance de roulement annuel décidé par le président de la juridiction après avis de l'assemblée générale des magistrats. En matière administrative, bien que cette obligation d'établir une ordonnance de roulement n'existe pas, le président tient des tableaux d'organisation. V. not. CJA, art. R. 122-9 concernant le président de la section du contentieux du Conseil d'État. – Pour une étude précise de l'organisation du travail des juridictions, v. E. JEULAND, « Le droit au juge naturel et l'organisation judiciaire », *Rev. fr. d'adm. Pub.*, 2008/1, n° 125, pp. 33-42.

²⁵³³ COJ, art. L. 111-10.

²⁵³⁴ CPC, art. 131-2.

²⁵³⁵ CPC, art. 131-13.

B) Le contrôle de l'exigence de l'indépendance du tiers au sens de l'article 6 § 1 de la Convention européenne

641. Indépendance statutaire et apparence d'indépendance. En vertu du principe d'indépendance, le tiers doit exercer sa mission en toute liberté. Cela signifie qu'il doit être protégé de toute immixtions des autres pouvoirs constitués au sein de l'État, des parties, ou des juges. Or, il ne s'agit que du premier aspect de la garantie de l'indépendance. En effet, le tiers ne sera reconnu comme indépendant que « s'il apparaît comme tel aux yeux des justiciables »²⁵³⁶. Le droit à un juge indépendant conduit dès lors à apprécier tant son indépendance statutaire eu égard à des critères objectifs que la théorie de l'apparence de son indépendance. Pour juger de l'indépendance des juges, la Cour européenne des droits de l'homme apprécie quatre critères sur lesquels il convient de revenir. Le parallèle sera alors réalisé eu égard à la mission du tiers à la procédure amiable.

Cette analyse, de portée générale, a été mise en exergue par l'arrêt de la Cour européenne *Campbell et Fell c. Royaume-Uni* du 28 juin 1984²⁵³⁷. Dans cette affaire, la Cour étudiait l'indépendance d'un organe anglais (un « comité des visiteurs de la prison ») qui statuait en matière disciplinaire, selon une accusation dont la Cour européenne a reconnu le caractère pénal au sens de l'article 6 § 1 de la Convention. Depuis, la méthode d'appréciation de la Cour est clairement énoncée : « pour établir si un organe peut passer pour indépendant, il échet de prendre en compte, notamment, le mode de désignation (1.) et la durée du mandat de ses membres (2.), l'existence d'une protection contre les pressions extérieures (3.) et le point de savoir s'il y a ou non apparence d'indépendance (4.) »²⁵³⁸.

1. Premier critère : le mode de désignation

642. Le mode de désignation des magistrats. La Cour européenne s'attache tout d'abord « au mode de désignation » des juges, qui ne doit pas être laissé à la discrétion des membres de l'exécutif. Or, cette question de l'indépendance organique des magistrats de manière générale²⁵³⁹ ne manque pas de se poser en France. En effet, tout d'abord, l'article 64

²⁵³⁶ Y. STRICKLER, « Le droit à un procès équitable », in R. CABRILLAC (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, op. cit., n° 730, p. 612.

²⁵³⁷ CEDH, 28 juin 1984, *Campbell et Fell*, req. n°s 7819/77 et 7878/77.

²⁵³⁸ CEDH, 28 juin 1984, *Campbell et Fell*, préc., § 78 – CEDH, 22 juin 1989, *Langborger c. Suède*, préc., § 32 – v. égal. CEDH, 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere*, req. n°s 6878/75 et 7238/75, § 55.

²⁵³⁹ Qui regroupent tant les magistrats du parquet que les magistrats du siège, seuls juges à proprement parler.

de la Constitution énonce dans son premier alinéa que « le Président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire ». Constitutionnellement, le président de la République est l'autorité de nomination des magistrats de l'ordre judiciaire²⁵⁴⁰. Cette nomination directe par le pouvoir exécutif jette la suspicion sur l'indépendance des magistrats français. Pour autant, cette nomination est accompagnée de propositions ou d'avis émanant du Conseil Supérieur de la Magistrature. Cet organe constitutionnel, qui participe au maintien de la confiance du public dans ses institutions, a été réformé en 2008 afin d'accroître l'indépendance des magistrats et les droits des justiciables²⁵⁴¹. Depuis lors, le président de la République ne préside plus le Conseil supérieur de la Magistrature et le garde des Sceaux n'assume plus sa vice-présidence²⁵⁴². À cet égard, l'article 64 de la Constitution, précédemment évoqué, semble être « atteint d'une certaine obsolescence »²⁵⁴³. En effet, si le président de la République apparaît encore comme le garant de l'indépendance des juges, il a pour seule prérogative de demander au Conseil supérieur des avis au titre de cet article. Il est également à noter que la loi du 22 juillet 2010 a prévu l'autonomie budgétaire de cet organe constitutionnel²⁵⁴⁴. Cette évolution a ainsi permis de lui donner un surcroît d'indépendance.

643. En vertu de l'article 65 de la Constitution, le Conseil Supérieur de la Magistrature comprend une formation compétente à l'égard des magistrats du siège et une formation compétente à l'égard des magistrats du parquet. Aussi, la procédure de nomination des magistrats est différente pour les magistrats du siège, c'est-à-dire les juges chargés de rendre les décisions de justice, et pour les magistrats du parquet, chargés de requérir l'application de la loi pénale dans le respect de l'ordre public.

Dans sa formation compétente à l'égard des magistrats du siège, le Conseil supérieur de la magistrature dispose du pouvoir de proposition pour les fonctions du siège de la Cour de cassation²⁵⁴⁵ ainsi que pour celles de premier président de cour d'appel et de président de tribunal judiciaire. Pour ces quelques 400 postes, le Conseil supérieur de la magistrature dispose de l'initiative. En ce sens, il recense les candidatures, étudie les dossiers des candidats, procède à l'audition de certains d'entre eux et arrête les propositions. Pour les nominations des autres

²⁵⁴⁰ Ord. n° 58-1270 du 22 déc. 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

²⁵⁴¹ L. constitutionnelle n° 2008-724, 23 juill. 2008 de modernisation des institutions de la Ve République, JORF n° 0171 du 24 juill. 2008, art. 31.

²⁵⁴² V. Constitution, 4 oct. 1958, art. 65 modifié par L. constitutionnelle n° 2008-724 préc.

²⁵⁴³ R. DENOIX DE SAINT MARC, « Le statut constitutionnel de l'Autorité judiciaire », Séminaire pédagogique du pôle « administration de la justice », ENM Bordeaux, 12 et 13 mai 2009.

²⁵⁴⁴ L. organique n° 2010-830 du 22 juill. 2010 relative à l'application de l'article 65 de la Constitution, JORF n°0168 du 23 juill. 2010, texte n° 1, art. 9.

²⁵⁴⁵ C'est-à-dire les fonctions de premier président, président de chambre, conseiller, conseiller en service extraordinaire, conseiller référendaire et auditeur.

magistrats du siège, le pouvoir de proposition appartient au garde des Sceaux. Le Conseil supérieur de la magistrature émet un avis, « conforme » ou « non-conforme », sur le projet de nomination que celui-ci lui soumet²⁵⁴⁶.

Quant aux magistrats du parquet, ils sont nommés par décret du président de la République sur proposition du garde des Sceaux, après avis du Conseil supérieur de la magistrature. En effet, depuis la loi constitutionnelle du 27 juillet 1993²⁵⁴⁷, la formation du Conseil supérieur de la magistrature, compétente à l'égard des magistrats du parquet donne sur les propositions de nominations un avis simple, « favorable » ou « défavorable » qui ne lie pas le ministre de la Justice²⁵⁴⁸.

644. Eu égard aux suspicions de dépendance des magistrats, résultant de leur nomination constitutionnelle, la Cour européenne a cependant affiné sa jurisprudence en reconnaissant indépendants des juges désignés par le pouvoir exécutif ou par le pouvoir législatif en appréciant divers dispositifs²⁵⁴⁹, tels que l'inamovibilité des juges pendant la durée du mandat²⁵⁵⁰. *A contrario*, si le juge dépend directement du pouvoir exécutif, le tribunal ne pourra être considéré comme indépendant²⁵⁵¹.

Si l'indépendance des magistrats peut être sujette à caution eu égard à leur nomination par le pouvoir exécutif, la Cour européenne reconnaît alors l'existence de dispositifs qui permettent de répondre à l'exigence européenne considérée par l'article 6 § 1 de la Convention. Ainsi, cette situation ne pose pas de difficulté en France. Or, la désignation des tiers médiateurs et conciliateurs pourrait-elle remettre en cause leur indépendance ?

²⁵⁴⁶ La formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente à l'égard des magistrats du siège étudie les dossiers des magistrats proposés, mais aussi ceux de candidats qui n'ont pas été retenus par la Chancellerie. Il prend notamment en compte la situation des magistrats qui ont formulé des « observations » sur les projets de nominations.

²⁵⁴⁷ L. n° 93-952 du 27 juill. 1993 portant révision de la Constitution du 4 octobre 1958 et modifiant ses titres VIII, IX, X et XVI, JORF 28 juill. 1993, art. 1.

²⁵⁴⁸ À noter que depuis la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 25 juill. 2008 (précitée) cet avis du Conseil supérieur concerne l'ensemble des magistrats du parquet, et notamment les projets de nominations des procureurs généraux. La formation étudie alors les dossiers des magistrats proposés, comme ceux des candidats qui n'ont pas été retenus par la Chancellerie, lorsqu'ils ont formulé des observations sur les projets de nomination. Elle procède, le cas échéant, à des auditions. – Cpt. le rapp. du comité des états généraux de la Justice (oct. 2021-avr. 2022) propose de conférer au CSM un pouvoir d'avis conforme sur les propositions de nomination des magistrats du parquet ainsi que sur les sanctions disciplinaires qui les concernent (p. 113).

²⁵⁴⁹ CEDH, 28 juin 1984, *Campbell et Fell*, préc. – CEDH, 26 août 2003, *Filippini c. Saint-Marin*, req. n° 10526/02 – CEDH, 25 août 2005, *Clarke c. Royaume-Uni*, req. n° 23695/02.

²⁵⁵⁰ Ord. n° 58-1270 du 22 déc. 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, art. 4 : « Les magistrats du siège sont inamovibles. En conséquence, le magistrat du siège ne peut recevoir, sans son consentement, une affectation nouvelle, même en avancement ».

²⁵⁵¹ Les suspicions sont dès lors plus grandes concernant les magistrats du parquet.

645. Le mode de désignation du tiers au règlement amiable. L'indépendance du tiers au règlement amiable, judiciaire ou extrajudiciaire, semble entière eu égard à la liberté qui entoure leur activité²⁵⁵². Ce dernier n'est pas un fonctionnaire nommé et apparaît de ce fait autonome des différents pouvoirs de l'État. Dans le droit commun des règlements amiables, le tiers, pour exercer sa mission, est désigné par les parties ou par le juge. Or, il convient de distinguer les règlements amiables judiciaires et extrajudiciaires. En outre, ces procédés extrajudiciaires de résolution des différends « se caractérisent par une grande disparité »²⁵⁵³. À ce titre, la désignation n'est pas uniformisée. Il sera alors question d'apprécier précisément les rapports entretenus entre le tiers et le juge selon les domaines dans lesquels s'insèrent les modes amiables.

La question se pose notamment concernant le médiateur de la consommation. Tout d'abord, si certains travaillent pour une seule entreprise, nomment les médiateurs bancaires, d'autres sont nommés pour l'ensemble d'une branche, comme dans le domaine des assurances et de la grande distribution. La question de leur nomination a dès lors grand intérêt sur la suite de l'affaire puisqu'ils interviennent et sont rémunérés par les institutions pour lesquelles ils sont censés apporter les solutions à leurs clients. L'article L. 613-2 du Code de la consommation précise alors que lorsque le médiateur est employé ou rémunéré exclusivement par le professionnel, il doit être « désigné, selon une procédure transparente, par un organe collégial mis en place par l'entreprise, comprenant des représentants d'associations de défense des consommateurs agréées et des représentants du professionnel, ou relevant d'une instance nationale consultative dans le domaine de la consommation ou propre à un secteur d'activité dans des conditions fixées par décret »²⁵⁵⁴. La transparence de la procédure de désignation a pour but de garantir l'indépendance du tiers. L'organe est alors soit rattaché au siège de l'entreprise, soit rattaché à une instance nationale consultative dans le domaine de la consommation ou propre à chaque secteur professionnel. Si cet organe collégial peut laisser entrevoir un lien avec l'entreprise, sa composition à parts égales de représentants des associations de consommateurs agréées et de représentants du professionnel défend un équilibre pour les deux parties. Cette question a notamment fait l'objet de vifs débats à la suite de la démission de Monsieur Philippe BAILLOT de son poste de médiateur de l'assurance. Pourtant, le critère de la nomination ne semblait guère poser difficulté. En effet, le médiateur avait été nommé pour trois années par un collège de trois électeurs : le président du Comité consultatif du secteur financier, qui est un inspecteur général

²⁵⁵² V. *infra* concernant la question de la professionnalisation de l'activité du médiateur, n^{os} 691 s.

²⁵⁵³ L. CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlements des conflits*, op. cit., p. 75 – Cf. introduction.

²⁵⁵⁴ C. consom., art. L. 613-2, 1^o.

des finances, le président de l'Institut national de la consommation et le président de l'Association française de l'assurance²⁵⁵⁵. Le monde professionnel était alors minoritaire dans ce collège d'électeurs.

La question de l'indépendance du tiers à la procédure amiable se pose encore pour les médiateurs institutionnels. Certains médiateurs sont en effet nommés par arrêtés ministériels, tels que le médiateur national de l'énergie²⁵⁵⁶ ou le médiateur de l'enseignement agricole technique et supérieur²⁵⁵⁷. Bien que les liens avec le Gouvernement soient apparents²⁵⁵⁸, le droit positif précise les contours de leur statut. À ce titre, le médiateur de l'énergie est une autorité publique indépendante²⁵⁵⁹.

646. Au-delà de l'intervention de la loi française pour garantir l'indépendance de la justice amiable, le risque d'atteinte à ce principe fondamental a été appréhendé par la directive 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 et la directive 2009/22/CE. Il est en effet reconnu que l'indépendance et l'intégrité des entités des règlements amiables sont essentielles pour assurer aux citoyens de l'Union une issue équitable à la résolution amiable de leur différend. Les tiers chargés de la procédure amiable doivent être indépendants « de tous ceux qui pourraient être intéressés par l'issue du litige et ne devraient connaître aucun conflit d'intérêts susceptible de les empêcher de prendre une décision de manière équitable, impartiale et indépendante »²⁵⁶⁰. À cet égard, la directive du 21 mai 2013 exclut de son champ d'application la médiation interne, c'est-à-dire la médiation d'entreprise organisée par le professionnel²⁵⁶¹. Aussi, le règlement UE n° 524/2013 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 a affirmé son objectif de contribuer au bon fonctionnement du marché intérieur par la mise en place d'une plateforme européenne de règlement en ligne des litiges, appelée « plateforme RLL », facilitant le règlement indépendant des litiges en ligne entre

²⁵⁵⁵ Cf. interview de Philippe Baillot dans « La question conso » : <https://www.youtube.com/watch?v=GwilWc3gtb4>.

²⁵⁵⁶ C. de l'énergie, art. L122-2. – V. Arrêté du 25 nov. 2019 portant nomination du médiateur national de l'énergie, JORF n°0276 du 28 nov. 2019, texte n° 82

²⁵⁵⁷ C. rur. et de la pêche maritime, art. D810-2 – V. Arrêté du 1^{er} août 2019 portant nomination du médiateur de l'enseignement agricole technique et supérieur, JORF n°0179 du 3 août 2019, texte n° 88.

²⁵⁵⁸ Puisque le Gouvernement le désigne.

²⁵⁵⁹ V. *infra* n° 680.

²⁵⁶⁰ Dir. 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE (dir. relative au RELC), pt. 32.

²⁵⁶¹ L'art. 2 de la directive pose en effet une série d'exclusions, qui vise notamment le cas dans lequel le médiateur est employé ou rémunéré par le professionnel (Dir. 2013/11/UE, art. 2, 2.a). – v. J. JULIEN, *Droit de la consommation*, 3^e éd., LGDJ, Coll. « Précis Domat », 2019, n° 445, p. 638.

consommateurs et professionnels²⁵⁶². Cette plateforme, gratuite, permet de résoudre efficacement et équitablement des différends rencontrés par les consommateurs en évitant un recours à la justice étatique. Elle assure dès lors au consommateur, comme au e-commerçant, une garantie de sécurité et d'équité en proposant une solution de règlement du différend de qualité.

647. Si ces différents types de médiation méritent d'être réformés afin de préciser la garantie d'indépendance du tiers, se pose encore la question de savoir si ce tiers, intervenant dans la procédure amiable, est un véritable médiateur²⁵⁶³. Ce dernier apporte une réponse aux parties en conflits, il propose une solution et rend un avis. Or, le médiateur, dans son sens initial, est un simple facilitateur de solution. Il aide au dialogue entre les parties afin que ces dernières trouvent une solution ensemble. Dans le cadre des médiations de la consommation, notamment en ligne, la participation de la partie est insignifiante. Ce type de médiation ne doit alors pas être associée aux règlements amiables des différends de droit commun, étudiés dans la présente étude. Il s'agit davantage d'une régulation que d'une médiation et le tiers s'apparente en ce sens à un régulateur de solution. Il est un représentant de l'institution, de l'organisme ou de l'entreprise ; ce qui met en cause son indépendance. L'emploi d'une expression plus proche de la réalité de ce dispositif de règlement alternatif des litiges permettrait de mettre fin à la confusion entre les différentes médiations et impliquerait sans doute une plus grande confiance des citoyens en la justice amiable. Ainsi qu'il a été précédemment évoqué, il apparaît urgent que le législateur s'empare du sujet et précise la définition de la médiation.

2. Deuxième critère : la durée du mandat

648. Brièveté du mandat justifié par la nature extraordinaire du processus. La Cour européenne prend en considération la durée du mandat du tiers. La durée du mandat doit être suffisante pour éviter que le tiers soit destitué sans juste motif. Concrètement, plus la durée du mandat est longue, plus elle le protège d'une destitution déguisée. Pour autant, la brièveté de

²⁵⁶² Règlement (UE) n° 524/2013 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relatif au règlement en ligne des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE (règlement relatif au RLLC), art. 1^{er}.

²⁵⁶³ Cf. introduction n°s 28 s. – À ce titre, et au regard de la distinction établie entre la médiation interne (d'entreprise) et externe, Monsieur le professeur Jérôme JULIEN affirmait notamment que « la "véritable" médiation, elle, fait appel à un médiateur qui n'entretient aucun lien avec l'une ou l'autre des parties » (*Droit de la consommation, op. cit.*, n° 445, p. 638).

celui-ci n'est pas de nature à jeter un doute sur l'indépendance du tribunal²⁵⁶⁴. En effet, dans son arrêt *Xhoxhaj c. Albanie* du 9 février 2021, la Cour européenne a admis que la durée du mandat des membres des organes de contrôle, à supposer qu'elle ait été relativement courte, était compréhensible compte tenu de la nature extraordinaire du processus de réévaluation (« vetting process »)²⁵⁶⁵. Dans cette affaire, la Cour était également convaincue que la législation nationale avait prévu des garanties pour leur inamovibilité et leur bon fonctionnement. La durée du mandat du tiers doit ainsi s'accompagner d'autres garanties d'indépendance. Il importe alors que le fonctionnement de l'organe de résolution du différend soit organisé afin de respecter le principe d'indépendance.

649. Nature extraordinaire du processus amiable. L'étude de la durée du mandat du tiers aux règlements amiables pourrait créer confusion. En effet, le médiateur réalise une mission temporaire. Il ne s'agit pas d'une profession²⁵⁶⁶. Dès lors que le tiers est désigné pour une mission de médiation particulière, la durée de son mandat fait référence à la durée du processus amiable. Dans le cadre des médiations et conciliations judiciaires, la durée du mandat du tiers intervenant est réglementairement établie²⁵⁶⁷. La courte durée initiale de la médiation, qui ne peut excéder trois mois, éventuellement renouvelable par le juge, s'explique dès lors au regard de la nature extraordinaire du processus engagé. La brièveté de ce mandat se justifie notamment au titre de l'exigence de célérité du processus²⁵⁶⁸. Dans le cadre des médiations institutionnelles et des médiations de la consommation, cependant, la durée du mandat du tiers est reconnue comme l'un des éléments constitutifs de l'indépendance de celui-ci²⁵⁶⁹.

650. La durée du mandat, élément constitutif de l'indépendance du médiateur. Selon la mission du médiateur, la durée de son mandat peut varier entre trois et six années. Le Défenseur des droits est nommé pour un mandat de six ans non renouvelable²⁵⁷⁰. Le médiateur de l'Autorité des marchés financiers est nommé pour une durée de trois ans renouvelable²⁵⁷¹. De même, concernant les médiateurs placés auprès d'un ministre, la durée des mandats varie. Le médiateur du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie, est nommé pour une

²⁵⁶⁴ Au sens de la Cour européenne.

²⁵⁶⁵ CEDH, 9 févr. 2021, *Xhoxhaj c. Albanie*, req. n° 15227/19, § 297.

²⁵⁶⁶ V. *infra* n°s 691 s.

²⁵⁶⁷ CPC, art. 129-2 pour la conciliation et art.131-3 pour la médiation.

²⁵⁶⁸ V. *supra* n°s 461 s.

²⁵⁶⁹ Y. PICOD et N. PICOD, *Droit de la consommation*, 5^e éd., Sirey, Coll. « Université », nov. 2020, n° 747, p. 598 ; J. JULIEN, *Droit de la consommation*, *op. cit.*, n° 455, p. 648.

²⁵⁷⁰ Fiche de synthèse n° 12 : Le Défenseur des droits, Assemblée nationale.

²⁵⁷¹ C. mon. et fin., art. L. 621-19.

durée de trois ans²⁵⁷². Le médiateur national de l'énergie est nommé pour six ans²⁵⁷³. Quant au mandat du médiateur de la consommation, il est exercé pour une durée minimale de trois années²⁵⁷⁴ ; qu'il s'agisse des médiateurs des grandes entreprises publiques (telles que La Poste, RATP, SNCF)²⁵⁷⁵ ou du secteur privé (tels que les médiateurs bancaires)²⁵⁷⁶. Cette durée, qui ne peut être inférieure à trois ans, permet au médiateur de mener son activité sans crainte qu'il soit mis fin à son mandat de façon injustifiée. Le médiateur de la consommation est irrévocable pour la durée de son mandat, sauf motifs légitimes ou cas de force majeure²⁵⁷⁷. À ce titre, toute clause de résiliation du mandat du médiateur de la consommation est, par conséquent, prohibée car non conforme aux dispositions légales²⁵⁷⁸.

Cette durée minimale répond aux exigences de la directive du 21 mai 2013 précitée. Le considérant 33 de la directive du 21 mai 2013 dispose : « afin de garantir l'indépendance de leurs actions, il conviendrait par ailleurs que ces personnes soient nommées pour une durée suffisante... ». Quant à son article 6, il énonce que les personnes chargées des règlements amiables doivent être « nommées pour une durée suffisante pour assurer l'indépendance de leurs actions et qu'elles ne soient pas susceptibles d'être relevées de leurs fonctions sans juste motif »²⁵⁷⁹. À cet égard, le troisième paragraphe dudit article précise la nécessité que ces dernières « disposent d'un mandat d'une durée minimale de trois ans pour garantir l'indépendance de leur action »²⁵⁸⁰.

²⁵⁷² Décr. n° 2002-612 du 26 avr. 2002 instituant un médiateur du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie, art. 2.

²⁵⁷³ C. de l'énergie, art. L. 122-2.

²⁵⁷⁴ C. consom., art. L. 613-1, 2°.

²⁵⁷⁵ V. not. la Charte du Médiateur du groupe La Poste, I. 2., *in* <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F11064>.

²⁵⁷⁶ Rec. 2013-01 du Comité de la Médiation Bancaire du 30 avr. 2013 relative aux chartes, contrats et documents assimilés portant application des dispositions légales régissant la médiation bancaire, 1. 3. Cette recommandation modifie la durée du mandat du médiateur, qui passe de deux à trois ans.

²⁵⁷⁷ V. les différentes chartes de la médiation, propre à chaque organisme ; concernant les médiateurs publics, autorités publiques indépendantes, v. L. n° 2017-55 du 20 janv. 2017, art. 6.

²⁵⁷⁸ Il en est de même de la clause qui désigne le médiateur de la consommation pour la seule durée d'un an éventuellement renouvelable ainsi que de celle prévoyant, à l'issue du mandat de 3 ans, le renouvellement du mandat du médiateur de la consommation d'année en année, URL : https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/mediation-conso/commission-meditation/Mediation-publique.pdf

²⁵⁷⁹ Dir. 2013/11/UE, art. 6, 1. b).

²⁵⁸⁰ Dir. 2013/11/UE, art. 6, 3. b).

3. Troisième critère : l'existence d'une protection contre les pressions extérieures

651. Une protection nécessaire pour assurer l'autonomie du magistrat. Le statut légal des magistrats interdit au pouvoir exécutif de leur donner des ordres pour leur activité juridictionnelle. Ils doivent être autonomes dans leur exercice. Le tribunal sera alors jugé indépendant, bien qu'il soit composé de fonctionnaires, unis entre eux par un lien de hiérarchie. Comme précédemment développé, la Cour européenne estime qu'un organe n'est un tribunal au sens de l'article 6 § 1 de la Convention que s'il est indépendant par rapport à l'exécutif et aux parties²⁵⁸¹. À ce titre, il est nécessaire que les droits nationaux protègent le tiers d'une éventuelle vulnérabilité aux pressions extérieures. L'étude de ce critère conduit à apprécier tant des critères organiques que fonctionnels. Pour ce faire, la Cour opère un contrôle minutieux et exige que les magistrats jouissent « de larges garanties destinées à les prémunir contre les pressions extérieures »²⁵⁸².

Dans le même sens, le Comité des droits de l'homme de l'ONU « considère qu'une situation dans laquelle les fonctions et les attributions du pouvoir judiciaire et du pouvoir exécutif ne peuvent être clairement distinguées ou dans laquelle le second est en mesure de contrôler ou de diriger le premier est incompatible avec le principe d'un tribunal indépendant et impartial au sens du paragraphe 1 de l'article 14 du Pacte »²⁵⁸³. Ce critère est essentiel et garantit le respect du principe d'indépendance du tiers.

652. Le contrôle des pressions extérieures dans un système hiérarchique. En raison de leur statut de fonctionnaires, les magistrats français ne peuvent être totalement indépendants du pouvoir exécutif, d'un point de vue organique. Il revient alors au droit positif de prévoir des protections suffisantes pour assurer leur indépendance malgré le système hiérarchique auquel ils appartiennent. Cette difficulté s'observe d'autant plus pour les magistrats du parquet, constituant le ministère public, qui sont directement sous l'autorité du garde des Sceaux. Or, pour ces derniers, le critère fonctionnel pose également difficulté. Les interrogations se poursuivent en effet à la lumière de la tutelle administrative du garde des Sceaux, ministre de la Justice, sur la magistrature. L'article 5 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 dispose que « les magistrats du parquet sont placés sous la direction et le contrôle de leurs chefs

²⁵⁸¹ V. *supra* n^{os} 636 s.

²⁵⁸² CEDH, 1^{er} oct. 1982, *Piersack c. Belgique*, req. n^o 8692/72, § 27.

²⁵⁸³ Rapp. du Comité des droits de l'homme, vol. II, Ass. Gén., 49^e session, suppl. n^o 4^o, A/49/40, constatations adoptées le 20 oct. 1993 dans l'affaire *Angel N. Oló Bahamonde c. Guinée équatoriale*, p. 199, pt. 9.4.

hiérarchiques et sous l'autorité du garde des sceaux, ministre de la justice »²⁵⁸⁴. Si cette subordination hiérarchique permet une application uniforme de la politique pénale sur l'ensemble du territoire français, elle conduit à s'interroger sur l'indépendance des parquetiers par rapport au Gouvernement. L'indépendance des magistrats se mesure dès lors à la force des principes et des règles encadrant le statut de la magistrature et limitant le pouvoir donné au pouvoir exécutif.

653. La question de l'indépendance du Parquet français. Le ministère public français est-il indépendant du pouvoir exécutif ? Le lien de subordination qui unit les magistrats du parquet au ministre de la Justice, membre du pouvoir exécutif, a suscité de nombreuses critiques quant à la capacité des parquetiers à intervenir de manière autonome dans les affaires pénales.

Dans le but d'harmoniser l'exercice de l'action publique, la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 a prévu que « le ministre de la justice conduit la politique d'action publique déterminée par le Gouvernement [et] veille à la cohérence de son application sur le territoire de la République »²⁵⁸⁵. À cette fin, ladite loi a conféré au garde des Sceaux le pouvoir d'adresser aux magistrats du ministère public des instructions générales d'action publique²⁵⁸⁶. Il est à noter, en sus, que le relais du garde des Sceaux est réalisé par le procureur général qui « veille à l'application de la loi pénale dans toute l'étendue du ressort de la cour d'appel et au bon fonctionnement des parquets de son ressort »²⁵⁸⁷

Nonobstant la subordination hiérarchique avérée entre le ministre de la Justice et les magistrats du parquet, celle-ci est pour autant limitée afin de préserver le principe d'indépendance des magistrats. La loi française a en effet bien tenté de protéger le ministère public de l'autorité du ministre. Diverses règles de procédure démontrent alors des garanties qui assurent le respect de l'indépendance du ministère public. À cet égard, le Code de procédure pénale reconnaît aux magistrats du parquet l'opportunité des poursuites²⁵⁸⁸ et leur permet une

²⁵⁸⁴ Ord. n° 58-1270 du 22 déc. 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, art. 5.

²⁵⁸⁵ L. n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, art. 63 – CPP, art. 30, al. 1.

²⁵⁸⁶ L. n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, art. 63 – CPP, art. 30, al. 2. Pour exemple, le ministre de la Justice avait ainsi la possibilité de saisir le parquet pour demander d'activer une enquête préliminaire, d'ouvrir une information judiciaire ou de poursuivre, de requérir un non-lieu, une relaxe, une peine particulière ou encore un appel.

²⁵⁸⁷ CPP, art. 35, al. 1. Aussi, « il anime et coordonne l'action des procureurs de la République (...) Il précise et, le cas échéant, adapte les instructions générales du ministre de la justice au contexte propre au ressort » (al. 2). En outre, il lui adresse un rapport annuel de politique pénale ainsi qu'un rapport annuel sur l'activité et la gestion des parquets de son ressort (al. 3).

²⁵⁸⁸ CPP, art. 40-1. – À noter que l'exercice de l'action publique est un pouvoir propre du procureur de la République, qui lui est expressément reconnu par l'art. 31 du CPP.

liberté de parole²⁵⁸⁹. En outre, la loi du 25 juillet 2013 a admis que le garde des Sceaux ne pouvait plus adresser d'instruction aux procureurs de la République dans les affaires individuelles²⁵⁹⁰. Cette loi a ainsi réduit les pouvoirs qui étaient jusqu'alors reconnus au ministre vis-à-vis des magistrats du parquet. Depuis lors, le parquet a le plein exercice de l'action publique²⁵⁹¹. Si cette évolution législative renforçait l'indépendance du parquet, le ministre de la Justice reste toutefois responsable de la politique pénale déterminée par le Gouvernement et peut préciser, par des instructions générales rendues publiques, les grandes orientations. De plus, le procureur général – relais du garde des Sceaux – peut donner au procureur de la République des instructions écrites, versées au dossier, dans le but d'engager des poursuites²⁵⁹².

Dès lors, ce lien hiérarchique observé entre le Gouvernement et les membres du parquet fait naître de véritables doutes quant au respect du principe de l'indépendance du ministère public français. Cette question est, aujourd'hui encore, au cœur d'un grand débat tant au niveau national que supranational. En effet, la controverse tend à envisager la conciliation entre deux impératifs contradictoires : maintenir l'application cohérente de la loi pénale sur l'ensemble du territoire français, sans développer de liens entre le parquet et l'exécutif, et, de ce fait, proscrire un assujettissement des procureurs de la République au garde des Sceaux.

654. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a encouragé le débat et a suscité davantage de questionnements concernant l'indépendance du parquet français. Elle est en effet intervenue à ce sujet par le biais de plusieurs arrêts, qu'il est opportun de mettre en exergue. Tout d'abord, dans son arrêt *Medvedyev c. France* du 10 juillet 2008, la Cour européenne constate que « le procureur de la République n'est pas une "autorité judiciaire" au sens que la jurisprudence de la Cour donne à cette notion » et qu'« il lui manque en particulier

²⁵⁸⁹ CPP, art. 33 ; v. égal. Ord. n° 58-1270, 22 déc. 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, art. 5 ; *Adde* Cass., Crim., 22 juin 2016, n° 15-82.685, *Bull. crim.* 2016, n° 194 – Cass. Crim. QPC, 17 janv. 2017, n° 16-86.077.

²⁵⁹⁰ L. n° 2013-669 du 25 juill. 2013 relative aux attributions du garde des Sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et de mise en œuvre de l'action publique, JORF n°0172 du 26 juill. 2013, art. 1 – v. CPP, art. 30, al. 3 ; en effet, jusqu'en 1993, l'article 36 du Code de procédure pénale donnait possibilité au ministre de la Justice de dénoncer au procureur général les infractions à la loi pénale dont il avait connaissance, de lui enjoindre d'engager ou de faire engager des poursuites ou de saisir la juridiction compétente de telles réquisitions écrites que le ministre jugeait opportunes. La loi n° 93-4 du 4 janv. 1993 avait imposé que « les instructions du ministre de la justice » soient « toujours écrites ». La loi n°2004-204 du 9 mars 2004 avait repris ces dispositions à l'article 30 du Code de procédure pénale.

²⁵⁹¹ Cette loi marque une rupture avec la loi du 9 mars 2004 (préc.) portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité. Cette dernière avait en effet renforcé le pouvoir hiérarchique du ministre de la Justice en maintenant les instructions individuelles et en étendant ses prérogatives à la conduite de l'action publique.

²⁵⁹² CPP, art. 36.

l'indépendance à l'égard du pouvoir exécutif pour pouvoir être ainsi qualifié »²⁵⁹³. Cette sévère motivation de la Cour européenne à l'égard du ministère public français est pourtant bien surprenante puisque l'appréciation de la Cour avait déjà constaté le défaut de légalité sur le fond de l'affaire²⁵⁹⁴. Dans cette affaire, la Cour devait en effet statuer sur une possible atteinte à l'article 5 de la Convention européenne du fait que les requérants avaient été privés de leur liberté pendant treize jours, confinés à bord de leur navire (le « Winner ») sous la garde de la marine française, avant leur arrivée à Brest, où ils avaient été placés en garde à vue. Alors que la Cour avait considéré un manque de protection adéquate contre les atteintes arbitraires au droit à la liberté et, de ce fait, une violation de l'article 5 § 1, les motifs relatifs au rôle du procureur de la République apparaissaient comme des motifs surabondants. Il est à noter qu'ils entraient en contradiction avec la volonté de l'ancien président de la République de supprimer le juge d'instruction²⁵⁹⁵. En effet, à la veille d'une réforme de la procédure pénale faisant du parquet le moteur unique des poursuites pénales, cette motivation de la Cour européenne a eu un impact retentissant et l'arrêt de la Grande Chambre était très attendu. La Grande Chambre de la Cour européenne a été appelée à statuer à son tour dans la même affaire. Or, l'arrêt *Medvedyev c. France* du 29 mars 2010 ne traite pas du parquet français. En effet, la Grande Chambre de la Cour n'a pas jugé utile de revenir précisément sur le point développé en sus dans l'arrêt de 2008. Ceci s'explique en raison du rapprochement effectué avec l'affaire *Rigopoulos c. Espagne* du 12 janvier 1999²⁵⁹⁶. La Cour rappelle en effet « qu'elle a déjà admis, dans sa décision *Rigopoulos* (précitée), qui concernait l'interception en haute mer par la police des douanes espagnoles, dans le cadre d'une enquête judiciaire portant sur un trafic international de stupéfiants, d'un navire battant pavillon panaméen, et la détention de son équipage le temps de son convoiement vers un port espagnol, qu'un délai de seize jours n'était pas incompatible avec la notion d' "aussitôt traduit" énoncée à l'article 5 § 3 de la Convention, compte tenu de l'existence de "circonstances tout à fait exceptionnelles" qui justifiaient un tel délai »²⁵⁹⁷. Eu égard aux faits de l'affaire, la Cour valide dès lors cette approche et admet que l'article 5 § 3 s'appliquait une fois que les requérants étaient arrivés en France²⁵⁹⁸. Or, il n'existe qu'un seul

²⁵⁹³ CEDH, 10 juill. 2008, *Medvedyev c. France*, req. n° 3394/03, § 61.

²⁵⁹⁴ § 61.

²⁵⁹⁵ Cf. Discours prononcé par Monsieur Nicolas SARKOZY lors de l'audience de début d'année judiciaire, 7 janv. 2009 : « Il est temps que le juge d'instruction cède la place à un juge de l'instruction qui contrôlera le déroulement des enquêtes mais ne les dirigera plus ». – Dans cet objectif, v. Rapp. du Comité de réflexion sur la justice pénale, remis par P. LEGER au président de la République et au Premier ministre le 1^{er} sept. 2009, 59 p.

²⁵⁹⁶ CEDH, *Rigopoulos c. Espagne*, 12 janv. 1999, n° 37388/97.

²⁵⁹⁷ CEDH [GC], 29 mars 2010, *Medvedyev c. France*, req. 3394/03, § 130.

²⁵⁹⁸ Or, les requérants ont été placés en garde à vue pour une présentation effective à un juge d'instruction « huit à neuf heures après leur arrivée en France » (§ 132). De ce fait, « cette période de huit à neuf heures était compatible avec la notion d' "aussitôt traduit" énoncée à l'article 5 § 3 et dans la jurisprudence de la Cour » (§ 133).

arrêt opposable dans l'affaire *Medvedyev* : celui de la Grande chambre, qui n'expose pas clairement d'éléments de réponse quant à la question de l'indépendance du parquet français²⁵⁹⁹. Malgré le constat manifeste opéré en 2008, l'arrêt *Medvedyev c. France* n'est dès lors pas en lien direct avec la question du Ministère public français²⁶⁰⁰. La réponse à cette question a cependant été apportée par l'arrêt *Moulin c. France*, qui avait été ajourné dans l'attente de l'arrêt *Medvedyev* en Grande chambre²⁶⁰¹. Dans cet arrêt, il appartenait à la Cour d'examiner la question de savoir si le procureur adjoint, membre du ministère public, remplissait les conditions requises pour être qualifié, au sens de l'article 5 § 3 de la Convention, de « juge ou (...) autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires »²⁶⁰². Tout en relevant le lien de dépendance effective entre le ministre de la Justice et le ministère public, la Cour juge expressément que, du fait de leur statut, « les membres du ministère public, en France, ne remplissent pas l'exigence d'indépendance à l'égard de l'exécutif »²⁶⁰³. La question est alors clairement tranchée par la Cour européenne : le ministère public français n'est pas indépendant. La Cour de cassation s'est ralliée à la position de la Cour européenne dans un arrêt en date du 15 décembre 2010²⁶⁰⁴. De son côté, le Conseil constitutionnel a jugé, dans un arrêt du 8 décembre 2017, que la subordination du parquet à l'exécutif était conforme à la Constitution²⁶⁰⁵. Aussi soutient-il que la conciliation entre le principe d'indépendance de l'autorité judiciaire et les prérogatives du Gouvernement est assurée. Enfin, la Cour de justice de l'Union européenne

²⁵⁹⁹ À cet égard, la garde des Sceaux de l'époque, Madame Michèle Alliot-Marie, avait immédiatement affirmé : « la CEDH dans sa décision ne remet pas en cause le statut du parquet français. Cela met fin aux interprétations que certains ont voulu donner depuis le premier arrêt de la Cour, le 10 juillet 2008 », Communiqué de presse, 29 mars 2010, URL : <http://www.presse.justice.gouv.fr/communiques-de-presse-10095/archives-des-communiques-de-2010-11743/cedh-arret-medvedyev-19211.html>.

²⁶⁰⁰ Le rôle du ministère public n'est que rapidement appréhendé lorsque la Cour admet que « le magistrat doit présenter les garanties requises d'indépendance à l'égard de l'exécutif et des parties, ce qui exclut notamment qu'il puisse agir par la suite contre le requérant dans la procédure pénale, à l'instar du ministère public » (§ 124).

²⁶⁰¹ En effet, la Grande chambre de la Cour européenne devait trancher entre deux possibilités : juger que l'article 5 § 3 de la Convention devait s'appliquer dès la prise de contrôle du Winner (soit treize jours avant l'arrivée en France) ou confirmer le report de l'application de l'article 5 § 3 de la Convention pour des circonstances tout à fait exceptionnelles à l'arrivée en France. Dans le premier cas, il était alors nécessaire d'examiner précisément la question de l'indépendance du ministère public français puisque seul le procureur de la République de Brest intervenait durant ces treize jours. Dans le second cas, il n'était pas nécessaire d'étudier le rôle du ministère public puisqu'il y avait bien une présentation devant le juge d'instruction. Le traitement de l'affaire *Moulin* nécessitait alors d'attendre une réponse de la Grande chambre.

²⁶⁰² CEDH, 23 nov. 2010, *Moulin c. France*, req. n° 37104/06, § 55.

²⁶⁰³ CEDH, 23 nov. 2010, *Moulin c. France*, req. n° 37104/06, § 57 ; Pour autant, par souci de pédagogie, la Cour reconnaît être consciente du débat existant au plan national, et que cela n'est pas incompatible avec l'article 66 de la Constitution, celle-ci ne se prononçant que de manière autonome sous le seul angle des dispositions de l'art. 5 § 3 de la Convention – Dans le même sens, v. CEDH, 27 juin 2013, *Vassis et autres c. France*, req. n° 62736/09.

²⁶⁰⁴ Cass., Crim., 15 déc. 2010, n° 10-83.674, *Bull. crim.* 2010, n° 207 : « si c'est à tort que la chambre de l'instruction a retenu que le ministère public est une autorité judiciaire au sens de l'article 5 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, alors qu'il ne présente pas les garanties d'indépendance et d'impartialité requises par ce texte et qu'il est partie poursuivante ».

²⁶⁰⁵ Cons. Const., 8 déc. 2017, n° 2017-680 QPC, JORF n° 0287 du 9 déc. 2017, texte n° 186.

s'est prononcée dans le cadre d'une question préjudicielle en apportant des indications sur l'exigence d'indépendance de l'autorité judiciaire d'émission d'un mandat d'arrêt européen. Dans cet arrêt du 12 décembre 2019, la Cour de justice a jugé « que, en France, les magistrats du parquet disposent du pouvoir d'apprécier de manière indépendante, notamment par rapport au pouvoir exécutif, la nécessité et le caractère proportionné de l'émission d'un mandat d'arrêt européen et exercent ce pouvoir de manière objective, en prenant en compte tous les éléments à charge et à décharge »²⁶⁰⁶. Bien que cette décision de la Cour de justice conforte la vision du Conseil constitutionnel, cet arrêt concerne spécifiquement la question de l'indépendance du parquet lorsqu'il apprécie le caractère proportionné de l'émission d'un mandat européen. La question de son indépendance de manière globale reste dès lors en suspens ; ce qui aura des conséquences quant à l'appréciation de l'indépendance du médiateur dans le cadre de la matière pénale²⁶⁰⁷. En effet, en vertu de l'article 41-1 du Code de procédure pénale, le procureur de la République peut réaliser lui-même ou par l'intermédiaire d'un tiers une mesure alternative aux poursuites. Dans le cadre de la médiation pénale, la question de l'indépendance du procureur rejaillit alors nécessairement sur le statut de ce tiers désigné.

655. L'autonomie du tiers à la procédure amiable. L'exigence d'indépendance fonctionnelle appréhendée par la Cour européenne ne semble pas devoir être observée dans le cadre des règlements amiables. En effet, le tiers médiateur ou conciliateur ne rend pas de décision, il ne tranche pas un litige. Au contraire, ce dernier doit conseiller les parties et les guider pour qu'un accord soit conclu. L'autonomie qui doit être relevée dans le cadre d'un règlement amiable est alors celle des parties, qui sont juges de leur propre cause. Pourtant, qu'advierait-il d'un règlement amiable dans lequel le tiers subirait des pressions de l'une des parties ou du juge ? En tant que facilitateur de solution le tiers influence tant le déroulement du processus que son issue. Il apparaît alors nécessaire que celui-ci agisse de manière autonome, sans subir de pression de l'extérieur. La question se pose d'autant plus lorsque le tiers propose une solution, dans le cadre de la médiation de la consommation²⁶⁰⁸. Dans ce contexte, le tiers doit être indépendant au risque de porter atteinte à la justice amiable. Il sera alors question de

²⁶⁰⁶ CJUE, 1^e ch., aff. jointes, C-566/19 PPU et C-626-19 PPU, 12 déc. 2019, pt. 55. – La décision est d'autant plus surprenante que l'avocat général avait estimé, au contraire, que le parquet français n'avait pas l'indépendance imposée par les textes européens dès lors qu'il recevait des instructions de politique pénale du ministre de la Justice, v. conclusions de Monsieur l'avocat général Manuel Campos SANCHEZ-BORDONA.

²⁶⁰⁷ V. *infra* n^{os} 669 s.

²⁶⁰⁸ V. *infra* n^{os} 676 s.

revenir précisément sur l'implication du droit positif dans la protection de ce tiers à l'encontre des pressions extérieures²⁶⁰⁹.

4. Quatrième critère : l'apparence d'indépendance

656. Théorie de l'apparence. Ce dernier critère relatif à l'apparence de l'indépendance du tiers est l'application du *dictum* précédemment évoqué « justice must not only be done, it must also be seen to be done »²⁶¹⁰. Il s'agit de vérifier si le justiciable peut légitimement éprouver des doutes quant au respect de la garantie d'indépendance du tiers. Si tel est le cas, son droit à un tiers indépendant est violé et l'équilibre de la procédure est rompu. À ce titre, la Cour européenne affirme que « même les apparences peuvent revêtir de l'importance »²⁶¹¹. Dès lors, l'élément déterminant, pour la Cour européenne, consiste à « savoir si les appréhensions de l'intéressé peuvent passer pour objectivement justifiées »²⁶¹².

657. Ce critère de l'apparence est lié à la confiance que la justice d'un État de droit se doit d'inspirer aux justiciables. Cette confiance légitime est alors perçue comme l'essence de toute société démocratique et les États se doivent de protéger leurs citoyens de tout doute quant au respect des principes essentiels de bonne justice²⁶¹³. Dès lors, il en est de même dans le cadre de la justice amiable. Outre la question de l'indépendance des médiateurs institutionnels, d'autres incertitudes apparaissent au sein des règlements amiables. Il sera alors question d'apprécier précisément ces différents processus amiables qui causent du tort au développement des procédures amiables et de s'interroger quant à l'apparence d'indépendance du tiers médiateur ou conciliateur. Ces problématiques sont avant tout résolues par un encadrement législatif et réglementaire. *Quid* des garanties prévues par les textes pour affirmer et faire reconnaître le respect du principe d'indépendance du tiers dans les règlements amiables ? Si un défaut d'apparence d'indépendance du tiers intervenant dans la justice amiable était observé, les citoyens perdraient la confiance envers cette autre possibilité de résoudre leurs différends.

²⁶⁰⁹ V. *infra* n^{os} 658.

²⁶¹⁰ *Dictum* précité : il faut non seulement que justice soit faite, mais aussi qu'elle le soit au vu et au su de tous.

²⁶¹¹ CEDH, 24 mai 1989, *Hauschildt c. Danemark*, req. n^o 10486/83, § 48 – CEDH, 9 juin 1998, *Incal c. Turquie*, req. n^o 22678/93, § 71.

²⁶¹² CEDH, 25 févr. 1997, *Findlay c. Royaume-Uni*, req. n^o 22107/93, § 76 – CEDH, 9 juin 1998, *Incal c. Turquie*, req. n^o 22678/93, § 71.

²⁶¹³ « Il y va de la confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer aux justiciables » : CEDH, 26 oct. 1984, *De Cubber c. Belgique*, préc., § 26 – CEDH, 9 janv. 2013, *Oleksandr Volkov c. Ukraine*, req. n^o 21722/11, § 106 ; *Adde* CEDH, 22 oct. 1984, *Sramek c. Autriche*, req. n^o 8790/79, § 42.

L'encadrement de ce principe est dès lors le corollaire de la réussite et du développement des règlements amiables dans le système de justice.

Paragraphe 2 : La consécration du droit à un tiers indépendant dans le cadre de la justice amiable

658. Une consécration définitive récente. Eu égard à l'importance du principe d'indépendance en droit processuel et aux conséquences de sa violation, l'institutionnalisation des règlements amiables devait nécessairement conduire à l'affirmation du principe d'indépendance dans la justice amiable. Les parties qui s'engagent dans un règlement amiable disposent du droit à un tiers indépendant. Pour autant, la considération de ce droit a été tardive. En effet, malgré une volonté générale de promouvoir le principe d'indépendance du tiers, la consécration de celui-ci dans les règlements amiables est récente. Il est alors question d'apprécier cette reconnaissance progressive du principe d'indépendance du tiers au règlement amiable (A) et sa consécration définitive au sein de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 (B).

A) Une reconnaissance progressive du principe d'indépendance du tiers au règlement amiable

659. L'étude de l'indépendance du tiers désigné par le juge dans le cadre d'un règlement amiable judiciaire. Depuis la loi n° 95-125 du 8 février 1995, le juge peut proposer aux parties de désigner un tiers aux fins de tenter une conciliation ou une médiation judiciaire²⁶¹⁴. En désignant un tiers pour réaliser cette mission, le juge réalise une délégation d'exercice de sa mission de conciliation commandée par l'article 21 du Code de procédure civile. La question de la réelle autonomie de ce tiers, qui remplace le juge dans la résolution du différend, se pose. Le tiers au règlement amiable tire en effet son investiture de l'institution judiciaire. De plus, il est désigné dans le cadre d'une instance judiciaire pendante. À ce titre, comme il a déjà été précisé en amont, le tiers est tenu à un certain nombre d'obligations envers le juge qui l'a désigné. Le tiers va réaliser sa mission de conciliation ou de médiation sous l'égide de ce juge. Il doit l'informer de l'avancée du processus amiable et des difficultés

²⁶¹⁴ L. n° 95-125 du 8 févr. 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, préc., art. 22 (modifié par L. n° 2016-1547 du 18 nov. 2016, art. 5).

rencontrées²⁶¹⁵. Il doit également répondre d'une certaine célérité dans la réalisation de la mission confiée²⁶¹⁶ et respecter diverses règles d'ordre déontologique. Le juge dispose ainsi d'un droit de regard sur la procédure de conciliation ou de médiation judiciaire, mais également d'un droit de sanction en cas de comportements non conformes aux exigences légales et règlementaires²⁶¹⁷. Aussi se pose la question de savoir si les médiateurs et conciliateurs sont réellement indépendants des juges qui les désignent.

Bien qu'il s'agisse d'une autonomie relative, le médiateur ou le conciliateur désigné est tout de même indépendant dans le sens où il conduit lui-même le processus amiable. Le tiers n'agit pas au nom du juge. En effet, « 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 »²⁶¹⁸. Le tiers bénéficie, au contraire, d'un véritable pouvoir d'initiative dans le choix des modalités de mise en œuvre de la procédure amiable²⁶¹⁹. Aussi, le juge doit être perçu comme « une autorité de bon secours, discrète mais toujours disponible »²⁶²⁰. Il est « à portée de main en quelque sorte, pour lever les obstacles, aplanir les difficultés, pour parachever, au besoin, l'œuvre entreprise »²⁶²¹. Il vient en appui en tant que de besoin. En effet, l'autonomie du tiers et la confiance qui lui est donnée pour faire œuvre de justice n'excluent pas pour autant le contrôle et le soutien du juge²⁶²².

660. La reconnaissance de l'indépendance du tiers dans les textes français. Nombre de textes français, qui organisent le statut du tiers au règlement amiable, font expressément référence à ce principe d'indépendance. Cette précision revêt une importance considérable du fait que cette exigence d'indépendance garantit au tiers la confiance des parties et lui assure la légitimité nécessaire à la réussite de sa mission. Le tiers au règlement amiable ne doit pas subir de contraintes, d'influences ou de pressions dans l'exercice de sa mission. Il doit être autonome sur le plan matériel, moral ou encore intellectuel. À l'instar de la nature même des modes

²⁶¹⁵ Pour le conciliateur : CPC, art. 129-5 ; pour le médiateur : CPC, art. 131-9 et 131-11.

²⁶¹⁶ Pour le conciliateur : CPC, art. 129-2 ; pour le médiateur : CPC, art. 131-3 et 131-6, al. 1^{er}.

²⁶¹⁷ Le moyen de sanctionner le conciliateur qui ne respecterait pas ses obligations déontologiques est tiré du décret n° 78-381 du 20 mars 1978. Le magistrat peut s'opposer au renouvellement du conciliateur, mettre fin à ses fonctions avant l'expiration de leur terme par ordonnance motivée du premier président, après avis du procureur général et du magistrat coordonnateur, après avoir entendu l'intéressé. Le *Guide de la conciliation de justice* (préc.) précise notamment que cette procédure de sanction est mise en œuvre en cas de faits graves mettant en cause l'indépendance du conciliateur.

²⁶¹⁸ J. JOLY-HURARD, *Conciliation et médiation judiciaires*, op. cit., n° 559, p. 349.

²⁶¹⁹ V. not. J. JOLY-HURARD, *Conciliation et médiation judiciaires*, op. cit., n° 488, p. 299.

²⁶²⁰ J. NORMAND, « Conclusions », in *Le juridictionnel et le conventionnel dans le règlement des différends*, op. cit., p. 144.

²⁶²¹ *Ibid.*

²⁶²² Cf. question de la réelle déjudiciarisation : *supra* n°s 126 s.

amicales de résolution des différends, le tiers doit être libre d'agir, et ce, afin qu'il ne soit pas suspecté d'avoir favorisé l'une ou l'autre des parties au cours du processus.

À cet égard, l'article 131-5 du Code de procédure civile précise que « la personne physique qui assure l'exécution de la mesure de médiation doit (...) présenter les garanties d'indépendance nécessaires à l'exercice de la médiation »²⁶²³. Quant au conciliateur de justice, le décret n° 78-381 du 20 mars 1978 lui impose de prêter le serment selon lequel il jure de loyalement remplir ses fonctions avec exactitude et probité et d'observer en tout les devoirs qu'elles lui imposent²⁶²⁴. Aussi s'engage-t-il à respecter les obligations déontologiques telles que son indépendance. Outre le sens du service public et des qualités humaines et intellectuelles certaines, le tiers doit également démontrer des qualités morales²⁶²⁵. Parallèlement, nombre de règlements de médiation internationaux exigent cette garantie d'indépendance du tiers.

661. La reconnaissance de l'indépendance du tiers dans les règlements de médiation. Alors que l'indépendance du tiers soutient la légitimité du processus, les centres, associations ou organismes de médiation ont reconnu cette exigence dans leurs règlements. À ce titre, l'article 5.3 du règlement de médiation de l'International Chamber of Commerce (ICC)²⁶²⁶ dispose : « avant sa nomination ou sa confirmation, le Médiateur pressenti signe une déclaration d'acceptation, de disponibilité, d'impartialité et d'indépendance. Le Médiateur pressenti fait connaître par écrit au Centre les faits ou circonstances qui pourraient être de nature à mettre en cause son indépendance dans l'esprit des parties, ainsi que les circonstances qui pourraient faire naître des doutes raisonnables quant à son impartialité. Le Centre communique ces informations par écrit aux parties et leur fixe un délai pour présenter leurs observations éventuelles ». De même, le centre d'arbitrage et de la médiation de l'organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI)²⁶²⁷ propose des méthodes extrajudiciaires de règlement des litiges telles que la médiation. Le règlement de médiation de l'OMPI précise dans son article 8 que « le médiateur doit être neutre, impartial et *indépendant* »²⁶²⁸. Dans le même sens encore, l'article 9 du Règlement de médiation de la Chicago International Dispute Resolution

²⁶²³ CPC, art. 131-5, 5°.

²⁶²⁴ Décr. n°78-381 du 20 mars 1978 relatif aux conciliateurs de justice, préc., art. 8.

²⁶²⁵ V. *Guide de la conciliation de justice*, préc., p. 6.

²⁶²⁶ La Chambre de commerce internationale (ICC) présente un règlement de médiation qui définit un cadre institutionnel structuré visant à assurer la transparence, l'efficacité et l'équité du processus de règlement des différends tout en permettant aux parties d'exercer leur choix sur de nombreux aspects de la procédure. La médiation est administrée par le Centre international d'ADR – V. ICC, « Mediations Rules », <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/mediation/mediation-rules/>, en vigueur depuis 2014.

²⁶²⁷ World International Property Organization (WIPO).

²⁶²⁸ OMPI, Règlement de médiation, en vigueur à compter du 1^{er} juill. 2021, art. 8, <https://www.wipo.int/amc/fr/mediation/rules/>.

Association (CIDRA) énonce que tout médiateur doit être et rester indépendant des parties dans la procédure de médiation²⁶²⁹. Il fait également interdiction à toute personne d'agir en tant que médiateur dans un litige où elle aurait des intérêts financiers ou personnels, à moins que les parties n'y aient consenti²⁶³⁰. Le Règlement de médiation du Singapore International Mediation Center (SIMC) affirme également cette exigence dans son article 4.5²⁶³¹. La déontologie du médiateur lui impose alors d'être indépendant.

662. La reconnaissance de l'indépendance du tiers au niveau supranational. Au niveau européen, la Recommandation (2002)10 du Comité des ministres des États membres sur la médiation en matière civile précisait que « le médiateur devrait agir de manière impartiale et *indépendante* et veiller au respect de l'égalité des armes pendant le processus de médiation »²⁶³². Pourtant la directive 2008/52 n'évoque pas cette exigence, si essentielle soit-elle au développement de ces pratiques. Absente du droit commun de la médiation, cette exigence de l'indépendance du tiers au processus a pourtant fait son apparition dans le cadre des règles spéciales propres à certains médiateurs. L'article 6 de la directive 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE prévoit en effet que les États membres veillent à ce que les tiers intervenant dans le cadre des règlements extrajudiciaires des litiges de consommation soient indépendants. Cette exigence a été consacrée en droit français et l'article L. 613-1 du Code de la consommation dispose désormais que « le médiateur de la consommation accomplit sa mission (...) en toute indépendance (...) dans le cadre d'une procédure transparente, efficace et équitable »²⁶³³.

663. Évolution législative et apparition de l'exigence d'indépendance dans le texte fondamental des règlements amiables. Bien que le principe d'indépendance du tiers médiateur et conciliateur soit clairement affirmé dans le cadre des règlements amiables judiciaires ou dans les régimes propres aux règlements amiables dans lesquels ils interviennent,

²⁶²⁹ The Mediation Rules of Chicago International Dispute Resolution Association (CIDRA), en vigueur à compter du 20 févr. 1998, art. 9 « Indépendance, Disclosure », https://www.cidra.org/sites/default/files/pdf/M_Rules.pdf.

²⁶³⁰ En ce sens, v. égal. Hong Kong Mediation Center, « Hong Kong Mediation Centre Mediation Rules », art. 5 et 6.

²⁶³¹ Singapore International Mediation Center (SIMC), « Mediation Rules », art. 4.5, https://simc.com.sg/v2/wp-content/uploads/2020/10/SIMC-Mediation-Rules-EN-FINAL_A4-updated-16-Oct-2020.pdf.

²⁶³² Conseil de l'Europe, Comité des ministres, Recommandation Rec (2002)10 sur la médiation en matière civile, adoptée le 18 sept. 2002 lors de la 808 réunion des Délégués des Ministres, IV, pt. 12.

²⁶³³ Art. créé par l'ord. n° 2016-301 du 14 mars 2016, art. – v. égal. Ord. n° 2015-1033 du 20 août 2015 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation, qui achève la transposition de la dir. 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la dir. 2009/22/CE.

la force de ce principe est restée incertaine eu égard à son absence au sein du texte fondateur des règlements amiables. En effet, la loi n° 95-125 du 8 février 1995 énonçait dans son article 21-2 que « le médiateur accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence ». Le principe d'indépendance ne trouvait alors pas sa place dans les principes directeurs propres à la mission du tiers. Si cette absence interrogeait, la loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire²⁶³⁴ a corrigé cette regrettable omission.

B) Une consécration définitive au regard de l'inscription de l'exigence d'indépendance du tiers dans la loi n° 95-125 du 8 février 1995

664. Une absence énigmatique. Le raisonnement analogique entrepris dans cette étude incite à reconnaître un principe d'indépendance dans l'ensemble des règlements des différends. Que le tiers soit un juge étatique, un médiateur ou un conciliateur, il fait œuvre de justice à travers le rôle qu'il joue dans la résolution du différend. Le tiers ne doit en effet subir aucune pression de quelque lieu que ce soit, afin de protéger le processus et les parties. Cette approche a été confirmée par certains textes nationaux et internationaux²⁶³⁵. Pourtant, la loi n° 95-125 du 8 février 1995, texte fondateur des règlements amiables en France, n'imposait pas le respect de cette exigence essentielle à la légitimité de la procédure. La version initiale de la loi du 8 février 1995 ne s'intéressait pas à la qualité du tiers à la procédure de médiation ou de conciliation. En effet, seule l'obligation du secret à l'égard des parties était considérée²⁶³⁶. En 2011, la transposition de la directive européenne 2008/52 en droit français²⁶³⁷ a permis de fixer un cadre destiné à favoriser la résolution des différends à l'amiable, avec notamment la consécration de principes directeurs tels que le principe d'impartialité du médiateur²⁶³⁸. Or, aucune place n'a été attribuée à l'indépendance. Cette absence interrogeait dès lors : quelle valeur donner au principe d'indépendance dans le cadre des règlements amiables ? Cette omission signifiait-elle la contingence de ce principe, si essentiel dans le monde de la justice ? *A contrario*, pouvait-il être envisagé que l'évidence régnait en maître et qu'au titre de la fundamentalité de ce principe

²⁶³⁴ L. n° 2021-1729 du 22 déc. 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire, JORF n° 0298 du 23 déc. 2021, texte n° 2, art. 45.

²⁶³⁵ Cf. *supra* nos 660 s.

²⁶³⁶ L. n° 95-125, art. 24 ancien.

²⁶³⁷ Ord. n° 2011-1540, 16 nov. 2011 portant transposition de la directive n° 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, JO 17 nov. 2011, p. 19286.

²⁶³⁸ V. *infra* n° 708.

le législateur français n'ait pas jugé nécessaire de l'inscrire dans les textes de droit commun ? Alors que les dispositions du Code de procédure civile précitées²⁶³⁹ comblaient l'omission dans cette loi originelle, se posait pourtant la question de l'indépendance du tiers au règlement amiable extrajudiciaire.

665. La question de l'indépendance dans le cadre des règlements amiables extrajudiciaires. Malgré la considération portée au développement des modes amiables par la loi n° 95-125 du 8 février 1995, aucun encadrement législatif ou réglementaire ne régissait les règlements amiables extrajudiciaires. L'Union européenne s'était alors saisie de la question à la fin des années quatre-vingt-dix²⁶⁴⁰. La Commission européenne a présenté le Livre vert du 19 mars 2002 « sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial »²⁶⁴¹. Ce Livre vert rappelle les mérites des règlements amiables et énonce un certain nombre de souhaits de dispositions minimales. Bien que l'indépendance du tiers soit revendiquée pour les « ADR dans le cadre de procédures judiciaires »²⁶⁴², il n'est pas appréhendé pour les « ADR conventionnels »²⁶⁴³. Par la suite, la directive 2008/52 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale avait pour objectif de faciliter l'accès aux modes amiables de résolution des différends, de promouvoir et d'encourager le recours à la médiation, et d'assurer une relation équilibrée entre les différentes procédures de règlements des différends, c'est-à-dire la médiation et les procédures judiciaires. Pour ce faire, l'appréhension du rôle du tiers et des principes auxquels il est tenu était essentielle. Si, au sens de la directive, la notion de médiateur ne doit pas être comprise de manière restrictive, ce dernier doit pour autant présenter certaines qualités pour mener à bien sa mission. L'article 3 (b) de la directive précise qu'il est tenu de « mener une médiation avec efficacité, impartialité et compétence ». Là encore, le principe d'indépendance du tiers est passé sous silence. L'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 – qui avait pour objet de transposer la directive 2008/52 – ambitionnait également d'améliorer le régime général de la médiation en

²⁶³⁹ Cf. n° 660.

²⁶⁴⁰ Cf. Introduction : Conseil européen de Vienne, déc. 1998 et Tempere, 15 et 16 oct. 1999, dans lesquels les États membres se sont accordés pour créer des « procédures de substitution extrajudiciaires » (Conclusions de la Présidence du Conseil européen de Tempere des 15 et 16 oct. 1999, pt. 30).

²⁶⁴¹ Livre Vert, « Les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial », COM(2002)196 final.

²⁶⁴² Livre vert, préc., pt. 30 : « En France, le conciliateur de justice qui doit remplir des conditions de moralité (jouir de ses droits civils et politiques), de qualification (justifier d'une expérience en matière juridique d'au moins trois ans) et d'*indépendance* (incompatibilité avec un mandat électif ou une activité se rattachant au service de la justice). En France, les médiateurs doivent remplir des conditions de probité (absence de condamnation pénale, disciplinaire ou administrative), de qualification, d'expérience et d'*indépendance* ».

²⁶⁴³ Le livre relève, dans son considérant 33, des principes communs à toutes les procédures, tels que l'impartialité, l'équité ou encore la confidentialité que doit respecter le tiers.

droit français instauré par la loi n° 95-125 du 8 février 1995. L'article 1530 du Code de procédure civile, créé par le décret d'application n° 2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends, a alors précisé les contours de la médiation conventionnelle, en référence à la médiation judiciaire²⁶⁴⁴. Aussi l'ordonnance de 2011 a-t-elle précisé que le médiateur exerce ses fonctions avec « impartialité, compétence et diligence »²⁶⁴⁵. La transposition de la directive dans le droit français a remplacé le concept d'efficacité auquel faisait référence le texte européen pour désigner le résultat de la médiation. L'ordonnance de transposition de 2011 emploie, en effet, la notion de « diligence », qui fait référence à la conduite à adopter par le médiateur. Or, l'indépendance et la diligence du tiers sont deux principes bien distincts. Alors que le premier apprécie l'autonomie du tiers, le second s'intéresse au soin qu'il apporte à l'accomplissement de sa mission²⁶⁴⁶. Il est alors regrettable que le Gouvernement, à travers cette ordonnance de 2011, n'ait pas reconnu l'exigence d'indépendance. En effet, comment susciter l'intérêt des justiciables envers la justice amiable sans garantir la légitimité et la crédibilité du tiers à la procédure ? Cette omission – et le fait qu'elle soit récurrente – peut s'expliquer en raison de la prise en considération du principe d'impartialité²⁶⁴⁷. Pour autant, ces deux principes sont également à distinguer. L'indépendance exige la liberté du tiers dans sa mission tandis que l'impartialité se réfère à son comportement²⁶⁴⁸. À cet égard, l'abandon de l'exigence d'indépendance a pu être jugée « inopportune et incompréhensible »²⁶⁴⁹. Par opposition aux exigences de diligence et d'impartialité, l'indépendance va en effet au-delà du comportement personnel du tiers. Le comportement des autorités extérieures est pris en considération.

Le Conseil d'État avait notamment estimé utile, dans son étude adoptée en assemblée générale plénière le 29 juillet 2010 intitulée *Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne*, d'ajouter aux trois critères énoncés par la directive (« efficacité, impartialité et

²⁶⁴⁴ CPC, art. 1530, créé par le décret d'application n° 2012-66 du 20 janv. 2012 relatif à la résolution amiable des différends, préc., art. 2.

²⁶⁴⁵ Ord. n° 2011-1540, 16 nov. 2011 portant transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, JORF n°0266 du 17 nov. 2011, art. 1 – L. n° 95-125, 8 févr. 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, préc., art. 21-2 ancien (avant l'ajout du principe d'indépendance) – CPC, art. 1530.

²⁶⁴⁶ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., v° « Diligence ».

²⁶⁴⁷ V. not. S. GUINCHARD et a., *Droit processuel*, op. cit., n° 811.

²⁶⁴⁸ Cf. n° 630 – Il conviendra de préciser la définition du principe d'impartialité ultérieurement, v. *infra* n° 700.

²⁶⁴⁹ S. TANDEAU DE MARSAC, « La transposition de la Directive européenne sur la médiation en France », *Cahiers de l'arbitrage*, 1^{er} avr. 2012, n° 2, p. 341.

compétence ») le critère d'indépendance²⁶⁵⁰. Dans cette continuité, et alors que la qualité du processus dépend en grande partie du rôle joué par le tiers, le législateur est intervenu récemment afin d'ajouter l'exigence d'indépendance au sein de la loi n° 95-125 du 8 février 1995.

666. Une réponse logique récemment apportée. Alors que le médiateur devait classiquement faire preuve d'impartialité, de compétence et de diligence, la loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire²⁶⁵¹ a ajouté l'exigence d'indépendance. L'article 45 de cette loi modifie ainsi l'article 21-2 de la loi de 1995 qui dispose désormais : « le médiateur accomplit sa mission avec impartialité, compétence, *indépendance* et diligence ». Le principe de l'indépendance du tiers trouve alors la place qui est la sienne. Ce principe fondamental défend avec force l'autonomie de la justice. Ainsi, tant le juge que le tiers au processus amiable doivent être libre dans leur mission de justice. Le juge doit être indépendant des autres pouvoirs, des parties et des autres juges. Le médiateur et le conciliateur doivent être en outre indépendant du juge qui les désigne dans le cadre d'un règlement amiable judiciaire.

Alors que le texte fondateur des modes amiables défend l'exigence de l'indépendance du tiers, l'ensemble des textes organisant sa mission devront être modifiés ; comme l'article L. 213-2 du Code de la justice administrative, créé par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 ou encore l'article 1530 du Code de procédure civile. En effet, le principe d'indépendance s'apprécie dans l'ensemble des modes amiables de résolution des différends. Il n'y a pas de règlement amiable sans indépendance du tiers.

Si le principe de l'indépendance est désormais affirmé dans les textes, sa mise en œuvre révèle encore quelques incertitudes. Aussi apparaît-il nécessaire de préciser le statut de ce tiers.

²⁶⁵⁰ Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne, « Les études du Conseil d'État », La Documentation française, 2010, 2.2.2.2 : « Ce critère conforte celui de l'impartialité. Il implique que le médiateur ne soit pas, en principe, lié à l'une des parties au différend par des rapports d'ordre hiérarchique ou financier susceptibles d'entacher, objectivement ou subjectivement, son impartialité ou la présomption d'impartialité nécessaire à l'accomplissement de sa mission ».

²⁶⁵¹ L. précitée.

Section 2 : La nécessaire précision du statut du tiers en réponse aux doutes relatifs à son indépendance

667. L'indépendance, cadre nécessaire et élément essentiel pour la confiance envers la justice amiable. À l'instar du contrôle opéré par la Cour européenne des droits de l'homme pour juger de l'indépendance d'un tiers à la procédure,²⁶⁵² la théorie de l'apparence d'un tiers indépendant apparaît primordiale. Or, en France, l'organisation de certaines médiations conduit à douter de la reconnaissance et du respect de ce principe d'indépendance. Il sera alors question d'analyser ces différents domaines dans lesquels l'indépendance du tiers interroge (§1). L'étude de ces domaines permettra notamment de cerner les véritables contours de l'amiable. En outre, les risques d'atteintes à l'efficacité et à la qualité des règlements amiables obligent à promouvoir des remèdes à la pleine reconnaissance de ce principe (§2). Le cadre de l'amiable exige des précisions en raison de l'importance du principe d'indépendance au sein de la justice. Il s'agit de l'un des éléments essentiels à la confiance des citoyens dans la justice amiable.

Paragraphe 1 : Les cas douteux d'indépendance du tiers

668. Des médiateurs au statut particulier. Certains règlements amiables mettent en exergue des acteurs particuliers eu égard au contexte dans lequel ils interviennent. Le statut particulier du tiers au règlement alternatif peut alors interroger. À ce titre, l'indépendance du tiers dans le cadre de la matière pénale devra être analysée (A), de même que dans le cadre de la médiation de la consommation (B).

A) Les suspicions en matière pénale

669. Choix de la médiation pénale. En vertu du principe de l'opportunité des poursuites, le procureur de la République décide s'il est opportun d'engager les poursuites, de classer sans suite la procédure ou de mettre en œuvre une procédure alternative aux poursuites²⁶⁵³. Au titre de cette dernière possibilité, et en application de l'article 41-1 du Code

²⁶⁵² V. *supra* n^{os} 641 s.

²⁶⁵³ CPP, art. 40 et 40-1.

de procédure pénale, le procureur de la République peut « faire procéder, à la demande ou avec l'accord de la victime, à une mission de médiation entre l'auteur des faits et la victime »²⁶⁵⁴. Le procureur de la République est alors le garant de cette mesure alternative. Il en est l'instigateur et l'organise par l'intermédiaire d'un tiers, que la loi qualifie de « médiateur du procureur de la République »²⁶⁵⁵. Ce médiateur pénal est alors directement lié au ministère public, lui-même sous la dépendance du garde des Sceaux. Il appert dès lors que le statut particulier du procureur de la République et les débats engagés relatifs à son indépendance²⁶⁵⁶ rejaillissent sur le statut du médiateur pénal.

670. La question de l'indépendance du ministère public et ses conséquences sur la médiation pénale. La difficulté relative à l'indépendance du procureur de la République, placé sous la subordination hiérarchique du garde des Sceaux, agit par contagion sur la médiation pénale et sur les autres mesures alternatives aux poursuites. En effet, dès lors que le doute existe quant à l'indépendance du procureur de la République, comment légitimer les mesures alternatives qu'il met en œuvre ? Dans le cadre d'une composition pénale, ce dernier propose une ou plusieurs sanctions à l'auteur des faits. Les doutes quant à son indépendance rejaillissent alors avec force. En outre, comment admettre que « son » médiateur – ou délégué, dans le cadre des autres mesures alternatives aux poursuites²⁶⁵⁷ – soit lui-même indépendant ?

671. La qualité équivoque du délégué ou du médiateur pénal. La personne même qui participe à la mesure alternative aux poursuites peut faire douter du respect du principe d'indépendance. En vertu de l'article R. 15-33-30 du Code de procédure pénale, les personnes physiques et les associations régulièrement déclarées peuvent être habilitées à intervenir dans les mesures alternatives aux poursuites. Ces mesures peuvent en effet être mise en œuvre, par délégation du procureur de la République, à un délégué ou à un médiateur de celui-ci. Le

²⁶⁵⁴ CPP, art. 41-1, 5°.

²⁶⁵⁵ CPP, art. 41-1.

²⁶⁵⁶ V. *supra* n°s 652 s.

²⁶⁵⁷ Pour précision, v. *infra* n° 671.

délégué du procureur peut être désigné pour procéder à un rappel à la loi²⁶⁵⁸, orienter l'auteur des faits vers une structure sanitaire, sociale ou professionnelle, demander à l'auteur des faits de régulariser sa situation, lui demander de réparer le dommage causé, ou encore pour intervenir lors de la procédure de composition pénale²⁶⁵⁹. La seule mesure exclue de son domaine d'intervention est précisément la médiation. Au contraire, le médiateur du procureur peut se voir confier une mission de médiation, ainsi que l'ensemble des missions confiées au délégué du procureur²⁶⁶⁰. Au-delà de cette distinction relative au champ de leur intervention, le délégué et le médiateur du procureur respectent la même réglementation. La personne physique ou morale qui désire être habilitée en fait la demande au procureur de la République ou au procureur général²⁶⁶¹. Si le procureur estime qu'il n'y a pas d'incompatibilité, il décide de l'habilitation du demandeur pour une durée d'un an. À la fin de cette période probatoire, le procureur peut l'habiliter pour une durée de cinq ans renouvelable. Pour ce faire, il doit cependant requérir l'avis de l'assemblée générale des magistrats du siège et du parquet du tribunal ou de la cour d'appel, ou de la commission restreinte de l'assemblée générale des magistrats du siège et du parquet dans les juridictions où sa constitution est obligatoire²⁶⁶². Si l'initiative de l'habilitation appartient au procureur, elle est confortée par l'avis postérieur de l'assemblée générale des magistrats²⁶⁶³. Pour autant, force est de reconnaître que « le médiateur reste dans une situation très ambiguë par rapport à celui qui le mandate ponctuellement et surtout l'habilite pour une première durée probatoire d'un an puis pour une période de cinq ans renouvelable »²⁶⁶⁴.

²⁶⁵⁸ À noter que le rappel à la loi sera remplacé, dès le 1^{er} janvier 2023, par un « avertissement pénal probatoire » : L. n° 2120-1729, 22 déc. 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire, art. 14, I. 4°. L'article 41-1, al. 1, du CPP est ainsi modifié : « 1° Adresser à l'auteur de l'infraction qui a reconnu sa culpabilité un avertissement pénal probatoire lui rappelant les obligations résultant de la loi ou du règlement ainsi que les peines encourues et lui indiquant que cette décision est revue en cas de commission d'une nouvelle infraction dans un délai de deux ans ; ce délai est fixé à un an en matière contraventionnelle. Cet avertissement ne peut être adressé que par le procureur de la République ou son délégué ; il ne peut intervenir à l'égard d'une personne qui a déjà été condamnée ou à la suite d'un délit de violences contre les personnes ou d'un délit commis contre une personne dépositaire de l'autorité publique ou investie d'un mandat électif public. Lorsque l'infraction a causé un préjudice à une personne physique ou morale, l'avertissement ne peut intervenir que si le préjudice a déjà été réparé ou s'il est également fait application de la mesure prévue au 4 ».

²⁶⁵⁹ CPP, art. R. 15-33-30, al. 1.

²⁶⁶⁰ CPP, art. R. 15-33-30, al. 2.

²⁶⁶¹ Selon qu'elle désire être habilitée dans le ressort du TJ ou dans celui de la CA : CPP, art. R. 15-33-31.

²⁶⁶² CPP, art. R. 15-33-35.

²⁶⁶³ Réglementation qui semble alors répondre aux exigences européennes, v. *supra* n°s 641 s.

²⁶⁶⁴ E. DREYER, « La médiation pénale, objet juridique mal identifié », *JCP G.*, n° 14, 2 avr. 2008, doct. 131, spéc. n° 13.

672. Alors que le délégué et le médiateur sont considérés comme des collaborateurs de justice au service du ministère public²⁶⁶⁵, ils vont de ce fait mettre en œuvre la politique pénale du parquet. À cet égard, « le médiateur et le délégué du procureur de la République adressent une fois par an un rapport d'activité au procureur de la République ou, s'ils exercent leurs fonctions dans le ressort de la cour d'appel, au procureur général »²⁶⁶⁶. Au même titre que les magistrats du parquet eux-mêmes qui rendent des comptes à leur hiérarchie, ce collaborateur œuvre pour le ministère public. Ainsi obligés, les délégués et médiateurs du procureurs peuvent-ils être reconnus comme indépendants du procureur, et de ce fait, du ministre de la Justice ? Eu égard à un tel constat, il est permis d'en douter. En outre, bien que la personne mandatée doive « présenter des garanties (...) d'indépendance... »²⁶⁶⁷, cette exigence n'est pas confirmée dans le serment prononcé à la suite de son habilitation : « je jure d'exercer mes fonctions avec rigueur, loyauté, impartialité et dignité et de respecter le secret professionnel »²⁶⁶⁸.

673. La personne du médiateur pénal et ses liens avec les acteurs extérieurs. Désigné par le procureur de la République, qui lui donne mandat écrit, le médiateur est choisi parmi des « personnes physiques » ou « des associations régulièrement déclarées qui ont été habilitées comme médiateurs du procureur »²⁶⁶⁹. Les statistiques officielles du ministère de la Justice mettent en exergue une baisse de 15% du nombre de médiateurs individuels entre 2010 et 2014. *A contrario*, l'étude dévoile l'existence d'au moins une association pour chaque cour d'appel et précise que les parquets ont missionné plus de 150 associations socio-judiciaires en 2014. Or, le point essentiel à relever réside dans cette promotion du recours à des médiateurs salariés désignés dans le cadre d'associations, à la défaveur des médiateurs bénévoles individuels. En effet, les associations mandatées par le ministère public sont régulièrement des associations socio-judiciaires ou d'aide aux victimes. Les premières peuvent avoir plusieurs types d'activités, comme venir en aide aux victimes, s'occuper du suivi des mesures alternatives aux poursuites, ou intervenir en matière de contrôle judiciaire. Eu égard à leurs multiples actions²⁶⁷⁰, elles établissent un lien direct avec le système judiciaire. Quant aux secondes, elles sont essentiellement liées à la défense des victimes. Aussi sont-elles instinctivement liées à l'une des parties à la médiation. Si ce déséquilibre doit être associé à l'étude de l'impartialité

²⁶⁶⁵ Circ. CRIM 2004-03/E5, 16 mars 2004, relative à la politique pénale en matière de réponses alternatives aux poursuites et de recours aux délégués du procureur, BO du ministère de la justice, n° 93.

²⁶⁶⁶ CPP, art. R. 15-33-36-1.

²⁶⁶⁷ CPP, art. R. 15-33-33, 3°.

²⁶⁶⁸ CPP, art. R. 15-33-36.

²⁶⁶⁹ CPP, art. R. 15-33-30, al. 2.

²⁶⁷⁰ Pour exemple, l'A.C.J.M. est une association d'Aide aux victimes, de Contrôle Judiciaire socio-éducatif, d'enquête de personnalité et de Médiation pénale.

du tiers à la médiation pénale²⁶⁷¹, le respect de l'indépendance s'apprécie au titre des pressions que peut subir le médiateur salarié, tant par l'association qui l'emploie et qui tend à favoriser la victime que par le système de justice appréhendé de manière globale. Le médiateur pénal s'illustre ainsi comme un ambassadeur de l'application concrète de la politique pénale du Gouvernement ou bien comme l'exécutant d'une association alliée de la victime.

674. Un environnement ambigu. Enfin, l'espace dans lequel se déroule cette médiation pénale n'encourage pas à légitimer la garantie d'indépendance du tiers. En effet, la médiation pénale se déroule le plus souvent dans les lieux de justice ou d'accès au droit²⁶⁷², c'est-à-dire au sein même du tribunal, d'une maison de justice et du droit. Dans les autres cas, elle est réalisée dans les locaux de l'association mandatée. Dès lors, aucun lieu neutre n'apparaît. En effet, les entretiens se réaliseront soit dans le lieu où sévit le parquet, soit dans un lieu où la victime est au centre des préoccupations. L'environnement ne démontre dès lors pas à une neutralité du processus, ni ne tend à garantir l'indépendance du tiers.

675. Bilan. L'utilité et le développement des mesures alternatives aux poursuites est certain et a déjà été observé. Pour autant, lorsque l'une d'elles est organisée par le procureur de la République lui-même, l'ensemble des doutes relatifs à son statut se répercute de manière négative sur l'image des mesures alternatives. De plus, lorsque le procureur désigne un délégué ou un médiateur pour mettre en œuvre cette mesure, il conserve une certaine autorité à son encontre ; à tel point que la loi et la doctrine parlent de « délégué du procureur », « médiateur du procureur »²⁶⁷³ ou même de « l'homme du procureur »²⁶⁷⁴. Le rapport est établi et corrompt la garantie d'indépendance du tiers. Ainsi, le statut du médiateur pénal et le contexte dans lequel il intervient jette le discrédit sur ce processus. Afin d'attribuer la place qui revient à ces mesures alternatives efficaces, il est essentiel de ré-appréhender le système et de le modifier en profondeur. Des propositions ont été mises en exergue afin de limiter la dépendance du médiateur au procureur de la République²⁶⁷⁵. Madame le professeur Catherine GINESTET proposait en effet de « changer la dénomination officielle de ce médiateur et lui donner pour mission exclusive la médiation pénale » ; de « détacher le médiateur des associations socio-judiciaires ou d'aide aux victimes » et d'« élaborer des règles claires de formation obligatoire

²⁶⁷¹ V. *infra* nos 737 s.

²⁶⁷² Il en est de même pour le délégué du procureur de la République, CPP, art. D15-3-1.

²⁶⁷³ CPP, art. 41-1.

²⁶⁷⁴ C. GINESTET, « Le médiateur pénal. Relever le défi de l'impartialité », art. préc., p. 266.

²⁶⁷⁵ C. GINESTET, art. préc., p. 277.

pour s'assurer des compétences du médiateur pénal »²⁶⁷⁶. Ces modifications législatives permettraient de résoudre cette nébuleuse autour de l'indépendance du médiateur pénal en raison des liens établis entre ce dernier et le ministère public. En outre, elles confirment la vision défendue jusque-là, selon laquelle les mesures alternatives aux poursuites ne sont pas des modes amiables de résolution des différends²⁶⁷⁷. Il est alors en effet opportun de distinguer ces différents modes de résolution des différends, de clarifier le statut de ce tiers et de le renommer en tenant compte de sa mission concrète qui est de réguler les litiges pénaux.

B) Les suspicions en matière de consommation

676. L'institutionnalisation de médiations pour résoudre les litiges entre consommateurs et professionnels. La médiation de la consommation permet de résoudre à l'amiable un différend national ou transfrontalier entre un consommateur et un professionnel. Sous l'influence du droit européen, le droit français a développé et généralisé ces modes amiables dans le domaine des litiges de la consommation. À cet égard, divers médiateurs ont été institués afin de favoriser les rapprochements entre l'entreprise ou l'institution d'une part et leurs consommateurs ou leurs usagers d'autre part ; tel le médiateur aux entreprises, le médiateur du crédit aux entreprises ou le médiateur national de l'énergie²⁶⁷⁸. La médiation d'entreprise a connu un développement exponentiel, et ce dans tous les secteurs, à la faveur de l'ordonnance du 20 août 2015²⁶⁷⁹ complétée par les décrets n° 2015-1382 du 30 octobre 2015 relatif à la médiation des litiges de la consommation²⁶⁸⁰ et n° 2015-1607 du 7 décembre 2015 relatif aux conditions de désignation des médiateurs d'entreprises²⁶⁸¹. Ces textes achèvent dès lors la transposition de la directive du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation²⁶⁸². L'ambition affichée est d'offrir au consommateur une véritable

²⁶⁷⁶ *Ibid.*, synthèse des propositions, p. 279 – propositions qui servent également le respect du principe d'impartialité : v. *infra* n°s 737 s.

²⁶⁷⁷ Notamment la première proposition exposée.

²⁶⁷⁸ Liste des médiateurs la consommation consultable *in* <https://www.economie.gouv.fr/mediation-conso/liste-des-mediateurs-references>.

²⁶⁷⁹ Ord. n° 2015-1033 du 20 août 2015 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation, JORF n° 0192 du 21 août 2015.

²⁶⁸⁰ Décr. n° 2015-1382 du 30 octobre 2015 relatif à la médiation des litiges de la consommation, JORF n° 0253 du 31 oct. 2015.

²⁶⁸¹ Décr. n° 2015-1607 du 7 déc. 2015 relatif aux conditions de désignation des médiateurs d'entreprises, JORF n° 0285 du 9 déc. 2015.

²⁶⁸² Dir. 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE (directive relative au RELC).

alternative au règlement contentieux de son litige. Alors que la directive européenne était d'harmonisation minimale et permettait de maintenir ou d'introduire des règles allant au-delà de celles établies en son sein, l'ordonnance et les décrets de 2015 démontrent leur volonté de généraliser et de rendre plus efficace le recours à la médiation en matière de litiges de consommation. Depuis lors, toutes les entreprises sont concernées, petites ou grandes²⁶⁸³. En somme, là où n'existaient jusqu'alors que des médiateurs institutionnels ou sectoriels ou de grandes entreprises, et pour les litiges circonscrits, la loi française a généralisé entièrement la médiation à la suite de la directive européenne 2013/11.

L'ordonnance n° 2014-301 du 14 mars 2016²⁶⁸⁴ a procédé à une recodification du Code de la consommation²⁶⁸⁵ et son nouveau Livre VI est désormais consacré au règlement des litiges de consommation. Il s'ouvre ainsi sur un Titre premier intitulé « Médiation », dont le contenu résulte de cette transposition. Les articles L. 612-1 et suivants du Code de la consommation fixent un cadre procédural à la médiation et établissent des principes directeurs à son processus, à l'instar de l'indépendance du médiateur.

677. Le droit à un règlement extrajudiciaire des litiges de consommation. Tant le texte européen²⁶⁸⁶ que sa transposition en droit interne²⁶⁸⁷ garantit le recours effectif à un processus de médiation de la consommation. En effet, depuis le 1^{er} janvier 2016, les professionnels de tous les secteurs économiques ont l'obligation de permettre aux consommateurs d'avoir recours gratuitement, en cas de litiges, à un médiateur de la consommation²⁶⁸⁸. L'article L. 612-1 du Code de la consommation dispose que « tout consommateur a le droit de recourir gratuitement à un médiateur de la consommation en vue de la résolution amiable du litige qui l'oppose à un professionnel. À cet effet, le professionnel garantit au consommateur le recours effectif à un dispositif de médiation de la consommation ». L'effectivité de la médiation est notamment assurée par la mise en place de dispositifs de médiations en ligne et hors ligne²⁶⁸⁹. Le médiateur de la consommation doit alors mettre en

²⁶⁸³ V. C. consom., art. L. 611-4 pour les exceptions.

²⁶⁸⁴ Ord. n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation, JORF n° 0064 du 16 mars 2016.

²⁶⁸⁵ À ce sujet, v. not. N. SAUPHANOR-BROUILLARD, « La refonte du droit contractuel général de la consommation par l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 », *Rev. des contrats*, 1^{er} sept. 2016, n° 03, p. 492.

²⁶⁸⁶ Dir. n° 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE, art 8, a) : « la procédure de REL est disponible et aisément accessible en ligne et hors ligne aux deux parties, quel que soit l'endroit où elles se trouvent ».

²⁶⁸⁷ Ord. n° 2015-1033 du 20 août 2015 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation, préc., art. 1 – C. consom., art. L. 611-1 et s., spéc. art. L. 612-1.

²⁶⁸⁸ Ce qui confirme la reconnaissance d'un droit au règlement amiable (*Cf. supra* n° 281).

²⁶⁸⁹ Dir. n° 2013/11/UE, préc., art. 8, a).

place un site internet consacré à la médiation et fournir un accès direct aux informations relatives au processus de médiation²⁶⁹⁰.

La médiation de la consommation se manifeste alors comme un droit pour les particuliers-consommateurs et un devoir pour les professionnels²⁶⁹¹. Le professionnel a la possibilité de mettre en place son propre service de médiation, en interne²⁶⁹² ; d'orienter le consommateur vers un médiateur sectoriel²⁶⁹³ auquel il aura adhéré ; ou encore, vers un médiateur public²⁶⁹⁴, institué par la loi. Il devra communiquer les coordonnées du ou des médiateurs dont il relève sur son site internet. Pour autant, chacun de ces médiateurs, qu'il s'agisse d'un médiateur interne, sectoriel ou de services publics, met en exergue des liens avec le professionnel ou directement avec l'État. Aussi, ces médiateurs, tiers à la médiation de la consommation, revêtent-ils réellement un statut indépendant ?

678. L'exigence illusoire de l'indépendance du médiateur de la consommation. Le médiateur de la consommation est défini à l'article L. 611-1 du Code de la consommation comme « la personne physique ou morale accomplissant une mission de médiation conventionnelle ». Afin de mettre en place une procédure équitable, garantissant les droits de chacune des parties et notamment de la partie faible, la directive européenne 2013/11 a reconnu l'exigence d'indépendance de ce tiers à la médiation. L'article 6 de la directive dispose que « les États membres veillent à ce que les personnes physiques chargées du REL²⁶⁹⁵ (...) soient indépendantes... »²⁶⁹⁶. En ce sens, l'article L. 613-1 du Code de la consommation prévoit que « le médiateur de la consommation accomplit sa mission (...) en toute indépendance (...) dans le cadre d'une procédure transparente, efficace et équitable ». Pour répondre au mieux à cette exigence, l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 a consacré un chapitre III au statut du médiateur de la consommation. Pourtant, l'interrogation d'une réelle indépendance des médiateurs perdure en raison des liens entretenus entre ces derniers et l'une des parties, à savoir le professionnel.

²⁶⁹⁰ C. consom., art. L. 614-1.

²⁶⁹¹ D'aucuns y voient un transfert de charges sur les professionnels du coût de la justice étatique : A. VENNIN, « La médiation de la consommation, une chance pour les consommateurs et les professionnels », 6 juill. 2017, *in* Ressources juridiques, Blogs des avocats, consultable sur le site du CNB : <https://consultation.avocat.fr/blog/ariane-vennin/article-19314-la-mediation-de-la-consommation-une-chance-pour-les-consommateurs-et-les-professionnels.html>.

²⁶⁹² Par ex., le Médiateur pour le Groupe ENGIE, le Médiateur du Groupe EDF, le Médiateur du groupe La Poste, la Médiatrice de la RATP.

²⁶⁹³ Comme le Médiateur de l'eau, la Médiatrice des Communications Électroniques, le médiateur du E-commerce.

²⁶⁹⁴ Tel que le Médiateur national de l'énergie ou le Médiateur de l'Autorité des marchés financiers.

²⁶⁹⁵ « Règlement extrajudiciaire des litiges », v. Dir. n° 2013/11/UE, préc., § 5.

²⁶⁹⁶ Dir. n° 2013/11/UE, préc., art. 6, 1.

679. S'agissant des médiateurs d'entreprises internes, ils entretiennent un lien financier et parfois hiérarchique avec l'entreprise. Dès lors, comment imaginer « qu'une personne exclusivement rémunérée par un professionnel ne connaisse aucune forme de pression de la part de celui qui le rémunère »²⁶⁹⁷ ? Afin de garantir l'indépendance nécessaire à la réalisation de la mission du médiateur, le Code de la consommation précise les conditions supplémentaires à mettre en œuvre lorsqu'il est « employé ou rémunéré exclusivement par le professionnel ». Le 3° de l'article L. 613-2 du Code de la consommation apparaît toutefois comme un non-sens dès lors qu'il affirme qu'« aucun lien hiérarchique ou fonctionnel entre le professionnel et le médiateur ne peut exister pendant l'exercice de sa mission de médiation ». En effet, alors que le médiateur est employé ou rémunéré par l'entreprise, il est évident qu'un lien direct existe entre ces deux acteurs du processus de médiation. À cet égard, l'indépendance du tiers semble illusoire. Pour autant, la loi s'est efforcée de délimiter ce rapport entre le médiateur et l'entreprise, afin d'assurer une procédure amiable équitable. L'article L. 613-1 du Code de la consommation tend ainsi à répondre aux critères d'indépendance développés par la Cour européenne²⁶⁹⁸.

Tout d'abord, le médiateur de la consommation doit être « désigné, selon une procédure transparente, par un organe collégial mis en place par l'entreprise, comprenant des représentants d'associations de défense des consommateurs agréées et des représentants du professionnel, ou relevant d'une instance nationale consultative dans le domaine de la consommation ou propre à un secteur d'activité dans des conditions fixées par décret »²⁶⁹⁹. Ainsi qu'il a été précisé précédemment, la composition de l'organe collégial de désignation garantit son indépendance²⁷⁰⁰.

Concernant le critère de la durée du mandat, le médiateur de la consommation est « nommé pour une durée minimale de trois années »²⁷⁰¹. Bien que de nombreux médiateurs voient leur mission renouvelée, ce mandat peut apparaître court dès lors que l'efficacité du travail entrepris par le médiateur s'apprécie sur le moyen terme²⁷⁰².

Concernant l'exigence d'une protection contre les pressions auxquelles peut être soumis le médiateur, il s'agit d'observer la réglementation prévue par le Code de la

²⁶⁹⁷ A. ALLAMELOU, « Transposition de la directive 2013/11/UE : quand médiation rime avec consommation », *Dalloz actualité*, 23 févr. 2016.

²⁶⁹⁸ V. *supra* n°s 641 s.

²⁶⁹⁹ C. consom., art. L. 613-2, 1°.

²⁷⁰⁰ V. *supra* n°s 645 s. et, à titre d'exemple, la désignation de Philippe Baillet déjà précisée (Cf. interview de Philippe Baillet dans « La question conso » : <https://www.youtube.com/watch?v=GwilWc3gtb4>).

²⁷⁰¹ C. consom., L. 613-1, 2°.

²⁷⁰² À titre d'illustration, le Défenseur des droits est désigné pour un mandat de six ans (non renouvelable).

consommation. Avant tout, il convient d'apprécier le lien financier existant entre l'entreprise et le médiateur. En effet, un tel rapport entre le médiateur et le professionnel est source de suspicions quant à l'indépendance du tiers. Pourtant, il appert que la rémunération du médiateur est totalement indépendante de l'orientation de ses avis et du résultat de la médiation²⁷⁰³. Afin d'assurer la protection contre les pressions possibles, le Code précise notamment que le médiateur dispose d'un budget distinct et suffisant pour l'exécution de ses missions²⁷⁰⁴. En outre, l'article L. 613-2 du Code de la consommation précise qu'« à l'issue de son mandat, le médiateur a l'interdiction de travailler pendant au moins trois ans pour le professionnel qui l'a employé ou pour la fédération à laquelle ce professionnel est affilié »²⁷⁰⁵. Si cette condition apparaît pour certains comme un frein à la médiation d'entreprise en raison de l'incertitude de l'avenir professionnel de ces médiateurs, elle conditionne l'autonomie du médiateur par rapport à l'entreprise ainsi que l'équilibre de la procédure qui pourrait être perturbé en raison d'une contractualisation imminente. Le droit positif français agit ainsi pour garantir l'indépendance du tiers. Pourtant, ces dispositifs sont-ils suffisants pour assurer la confiance des justiciables dans les médiations de la consommation ? La question se pose d'autant plus concernant les médiateurs institutionnels, désignés par l'État.

680. L'indépendance incertaine des médiateurs institutionnels, désignés par l'État.

Le médiateur public est défini comme le « médiateur désigné par une autorité publique dans les conditions fixées par la loi, laquelle détermine également son statut, son champ de compétences dans le domaine des litiges prévus au présent titre et ses modalités d'intervention »²⁷⁰⁶. La désignation de ce dernier crée dès lors des doutes quant à son indépendance. En effet, pour illustration, le médiateur national de l'énergie est un médiateur public au sens de l'article L. 611-1 du Code de la consommation. Son champ de compétence et les modalités de son intervention sont encadrés par les articles L. 122-1 à L. 122-5 et R. 122-1 à R. 122-12 du Code de l'énergie. Il assure, en outre, sa mission de médiation des litiges de consommation dans les conditions prévues aux articles du Code de la consommation, et pour les litiges des consommateurs personnes physiques, précisément, par les articles L. 612-1 et suivants et R. 612-1 et suivants de ce Code. Il « est nommé pour six ans par les ministres chargés

²⁷⁰³ C. consom., L. 613-1, 2° – S. BERNHEIM-DESVAUX, « La transposition de la directive 2013/11/UE du 21 mai 2013 relative au règlement extra-judiciaire des litiges de consommation (RELC) par l'ordonnance n° 2015-1033 du 20 août 2015 », CCC, n° 10, oct. 2015, étude 11, spéc. n° 17.

²⁷⁰⁴ V. également C. consom., art. L. 613-3 dans les cas où le médiateur de la consommation est employé ou rémunéré exclusivement par un organisme ou une fédération professionnelle. – Cf. Dir. n° 2013/11/UE, préc., art. 6. 3, d) et 6. 4.

²⁷⁰⁵ Cf. Dir. n° 2013/11/UE, préc., art. 6. 3, c).

²⁷⁰⁶ C. consom., art. L. 611-1, 7°.

respectivement de l'énergie et de la consommation »²⁷⁰⁷. Dès lors, ne peut-on pas considérer que ce dernier est directement lié au Gouvernement qui le désigne, et de ce fait, faire l'objet de pressions afin de diriger ses avis dans la continuité de la politique suivie ? Bien que la question se pose, le médiateur de l'énergie est une autorité publique indépendante créée par la loi n° 2006-1537 du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie. Son statut est encadré par la loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes²⁷⁰⁸. À cet égard, il est doté de la personnalité morale et de l'autonomie financière. Si son financement est assuré par l'État, son budget est voté chaque année par le Parlement en loi de finances. Dès lors, nonobstant les doutes légitimes quant à l'indépendance du médiateur institutionnel par rapport au pouvoir exécutif, le droit positif prévoit des dispositifs protecteurs. Pour autant, sont-ils suffisants eu égard aux doutes exprimés ?

681. Un statut protecteur de l'indépendance à promouvoir. Eu égard aux constats précédemment réalisés, les médiateurs de service public, d'entreprise ou de fédération et association disposent d'un statut protecteur assurant leur indépendance. En effet, à la lecture des textes et de la nouvelle organisation du Code de la consommation, il appert que le lien fonctionnel entre l'État, l'entreprise ou la fédération et le médiateur n'est pas de nature à rendre ce dernier *ipso facto* dépendant. Il semble dès lors que l'institutionnalisation du médiateur de la consommation ait considéré l'exigence d'indépendance, à la condition cependant que tout soit mis en œuvre en ce sens. Bien qu'aucun lien organique n'existe entre les deux acteurs, il apparaît pourtant un lien matériel qu'il est nécessaire d'encadrer afin que l'indépendance du tiers soit pleinement respectée. L'observation du cadre organisationnel du statut du médiateur est essentielle. À cet égard, le seul critère pouvant encore à ce jour poser problème reste le critère de l'apparence. En effet, les doutes persistent en raison des liens existants entre ces différents acteurs. L'importance attachée à cette apparence d'indépendance a été soulevée par la Cour européenne et cause ainsi du tort à la confiance que les citoyens pourraient porter envers ces médiations de la consommation. En effet, la théorie de l'apparence conduit à assurer la confiance des justiciables envers la justice amiable. Or, « avec plus de 5 200 sollicitations et demandes de médiations, l'activité du Médiateur des entreprises est restée soutenue en

²⁷⁰⁷ C. de l'énergie, art. L. 122-2.

²⁷⁰⁸ L. n° 2017-55 du 20 janv. 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes, JORF n° 0018, 21 janv. 2017.

2021 »²⁷⁰⁹ ; ce qui démontre que les doutes émis n'ont pas nécessairement altéré la confiance que les consommateurs peuvent avoir en ces médiateurs.

De surcroît, il est à noter que ces médiations de la consommation revêtent une approche particulière, qui interroge quant à leur place dans la justice amiable.

682. En effet, lorsque la médiation est organisée par un médiateur de la consommation, ce dernier propose une solution au différend que les parties sont libres d'accepter ou de refuser. Il n'y a dès lors aucune participation des parties afin de résoudre communément leur différend. Le médiateur, tiers à la procédure, joue ici le jeu des parties. En ce sens, au-delà de la question de l'indépendance de celui-ci, se pose la question de savoir s'il s'agit bien d'une médiation au sens développé jusqu'alors. En effet, la médiation sous l'emprise du tiers, où les parties n'ont qu'un rôle secondaire d'adhérer ou non à la proposition, apparaît davantage comme une procédure de régulation du contentieux que comme une procédure amiable permettant aux parties de participer à la résolution de leur différend²⁷¹⁰. Cette analyse permet cependant d'apprécier plus opportunément encore la nécessité de respecter le principe d'indépendance. Alors que le médiateur de la consommation dispose d'un rôle notable dans cette procédure, la question de son indépendance est d'autant plus importante. Quel que soit le cadre de la procédure amiable, il est alors question d'appréhender les améliorations nécessaires à l'accroissement de cette apparence du respect d'indépendance.

Paragraphe 2 : Des remèdes pour garantir l'indépendance du tiers

683. Reconsidérer la place du tiers médiateur ou conciliateur au sein de la justice.

Comment choisir un tiers médiateur ou conciliateur pour être accompagné dans la résolution de son différend ? Plus encore, comment choisir le *bon* tiers²⁷¹¹ ? Bien que la réussite du processus amiable dépende de la participation active des parties, celle-ci est motivée par le rôle positif du

²⁷⁰⁹ V. la présentation du bilan d'activité 2021 du Médiateur des entreprises, 16 mars 2022, *in* <https://www.economie.gouv.fr/mediateur-entreprises-bilan-activite-2021> – *Adde* Dossier de presse – Bilan d'activité 2021 du Médiateur des entreprises, 15 mars 2022.

²⁷¹⁰ Toutefois, son avantage est considérable. En effet, l'initiative de la médiation de la consommation, même si elle ne s'opère pas, peut conduire à une résolution immédiate du différend par le professionnel qui prend conscience de l'erreur commise et rembourse, par exemple, le consommateur. Bien que le consommateur ait tenté à diverses reprises d'obtenir des réponses de la part du professionnel, le médiateur saisi informe le professionnel et lui expose un état de fait. Cette présentation permet au professionnel de regarder rationnellement la situation et de régler individuellement le conflit.

²⁷¹¹ En référence au droit à un « bon juge » (S. GUINCHARD et a., *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, *op.cit.*, pp. 857 s.).

tiers. En ce sens, pour que les parties s'engagent dans un règlement amiable, encore faut-il qu'elles aient confiance en la personne du tiers intervenant. La confiance du citoyen en la justice doit être au centre des préoccupations. Le législateur français a ainsi imposé la création de listes de médiateurs afin de faciliter le choix du tiers par les parties ou par le juge dans le cadre des règlements amiables judiciaires. Il s'agit notamment de présenter des médiateurs au statut évalué et contrôlé. Il sera alors question d'analyser ce référencement des médiateurs sur les listes (A), avant de s'attacher à l'une des conditions essentiellement appréhendées : leur compétence. La formation des médiateurs doit être développée en tant que gage de leur indépendance (B). En effet, il est essentiel que le médiateur soit formé et compétent pour mener à bien sa mission de médiation. Ainsi pourra-t-il démontrer, de manière autonome, une posture indépendante.

A) L'établissement de listes de médiateurs

684. La liste des médiateurs de la consommation. Afin de remédier aux doutes précédemment émis quant à l'indépendance des médiateurs de la consommation et eu égard à l'importance de ce contrôle dans un rapport déséquilibré entre le consommateur et le professionnel, les personnes chargées de mener des missions de médiation sont évaluées et contrôlées. Les autorités compétentes de l'État doivent vérifier si les entités de règlement des différends respectent les exigences de qualité fixées par la directive européenne n° 2013/11 du 21 mai 2013²⁷¹². À ce titre, la Commission d'évaluation et de contrôle de la médiation de la consommation (CECMC), présidée par Monsieur Marc EL NOUCHI²⁷¹³, a pour rôle d'évaluer l'activité des médiateurs de la consommation et de contrôler leur conformité avec les exigences du Code de la consommation²⁷¹⁴. Elle analyse la compétence du médiateur tant sur le plan juridique que sur le plan pédagogique. La personne évaluée doit connaître les techniques de la médiation, mais également les techniques propres au domaine dans lequel intervient la

²⁷¹² V. not. Rapp. de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen sur l'application de la directive 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et du règlement (UE) n° 524/2013 du Parlement européen et du Conseil relatif au règlement en ligne des litiges de consommation, Bruxelles, 29 sept. 2019, COM(2019) 425 final, rapp. à consulter *in* <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:52019DC0425>.

²⁷¹³ Nommé par arrêtés ministériels du 25 mars 2019 et du 21 mars 2022.

²⁷¹⁴ C. consom., art. L. 615-1 et s. et R. 615-1 et s. – Pour un exposé précis des missions de la CECMC, v. aussi *in* <https://www.economie.gouv.fr/mediation-conso/commission/missions>.

médiation. La Commission observe également l'accessibilité du médiateur pour les parties²⁷¹⁵, envisagée notamment au titre de l'obligation de contribuer au droit à l'information des consommateurs et de l'obligation de communication du médiateur. Elle dresse alors, sur la base de cette évaluation, « une liste de toutes les entités de REL qui lui ont été notifiées et qui satisfont aux exigences fixées »²⁷¹⁶. Elle établit et met à jour cette liste des médiateurs de la consommation, y compris les médiateurs publics. Ensuite, elle procède à la notification des médiateurs inscrits sur cette liste à la Commission européenne, pour uniformisation de l'ensemble des entités de REL²⁷¹⁷. Cette liste des médiateurs a été communiquée pour la première fois à la Commission européenne en 2016. La Commission européenne la met depuis lors à jour dès notification par les États.

Cette Commission CECMC, et l'ensemble des autorités compétentes pour évaluer et contrôler la qualité des médiateurs de la consommation, sont ainsi la pierre angulaire du système de médiation de la consommation en ce sens qu'elles assurent aux consommateurs l'accès à des médiateurs de qualité en termes d'indépendance²⁷¹⁸. Dans le prolongement de la mise en place de ces listes de médiateurs de la consommation par l'ordonnance de 2015 transposant la directive 2013/11, la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle a également prévu une liste des médiateurs en matière civile, commerciale et sociale.

685. La liste des médiateurs judiciaires auprès des cours d'appel. Dans le cadre d'une médiation judiciaire, le juge désigne une personne ou une association afin d'aider les parties à résoudre leur différend à l'amiable. En vertu de l'article 1^{er} du décret n° 2017-1427 du 9 octobre 2017 relatif à la liste des médiateurs auprès de la cour d'appel²⁷¹⁹, les médiateurs en matière civile, commerciale et sociale sont inscrits sur une liste prévue à l'article 22-1 A de la loi du 8 février 1995, établie pour l'information des juges. Chaque cour d'appel dispose dès lors d'une liste de médiateurs référencés²⁷²⁰. La création de ces listes, établies tous les trois ans par chaque cour d'appel, a été envisagée par le Conseil des ministres de l'Union européenne lors du colloque européen organisé à l'occasion des dix ans du Groupement Européen des

²⁷¹⁵ Inscrite au Livre VI Titre Ier du Code de la consommation, essentiellement aux art. L. 612-1, 614-1 à 3, et L. 616-1 à 3.

²⁷¹⁶ Cf. Dir. 2013/11/UE, préc., art. 20, § 2.

²⁷¹⁷ C. consom., art. R. 615-6.

²⁷¹⁸ À ce titre, v. le rapp. d'activité de la CECMC 2019-2021, propositions n^{os} 6 et s. pour « renforcer l'indépendance des médiateurs de la consommation », p. 48.

²⁷¹⁹ Décr. n° 2017-1457, 9 oct. 2017 relatif à la liste des médiateurs auprès de la cour d'appel, JORF n°0238 du 11 oct. 2017, modif. par le décr. n° 2021-95 du 29 janv. 2021, art. 1.

²⁷²⁰ Il est à noter que « la liste comporte une rubrique spéciale pour les médiateurs familiaux et une rubrique spéciale pour les services en ligne fournissant des prestations de médiation » (Décr. n° 2017-1457, 9 oct. 2017 relatif à la liste des médiateurs auprès de la cour d'appel, préc. – modifié par le décr. n°2021-95 du 29 janv. 2021, art. 1).

Magistrats pour la Médiation (GEMME), les 5 et 6 juin 2014. En effet, il a été décidé que, dans chaque État, une liste de médiateurs devrait être créée avant 2018 ; comme il existe des listes d'avocats, de notaires ou d'officiers judiciaires²⁷²¹. La création de ces listes a ainsi été imposée en droit français par le biais de l'article 8 de la loi « Justice du XXI^e siècle » ; eu égard à la diversité de ses enjeux.

686. Enjeux de la création des listes. Les listes de médiateurs judiciaires donnent, d'une part, le renseignement des médiateurs disponibles pour mener à bien une médiation. Alors que ces listes concernent exclusivement les médiateurs judiciaires, elles ne sont, selon l'article 8 de la loi « Justice du XXI^e siècle », qu'à destination de l'information des magistrats²⁷²². Toutefois, le décret n° 2017-1427 a reconnu la nécessité de présenter cette liste au public par tous moyens. L'alinéa 4 de l'article premier du décret précise en effet que la liste « est mise à la disposition du public sur le site internet de la cour d'appel ou, à défaut, du ministère de la justice. Les juridictions, les conseils départementaux de l'accès au droit ainsi que les services d'accueil unique du justiciable, situés dans le ressort de la cour d'appel, informent le public par tous moyens de l'existence de cette liste ». Pour autant, le juge a la possibilité de désigner des médiateurs ne figurant pas sur cette liste. La liste ne crée dès lors pas de monopole au profit des personnes inscrites pour réaliser une mission de médiation judiciaire. En ce sens, elle n'est qu'informative. D'autre part, la présence d'un médiateur sur une telle liste permet d'assurer la confiance qui peut lui être portée. Comme pour les experts judiciaires²⁷²³, la liste « permet de crédibiliser les fonctions du médiateur »²⁷²⁴. Ainsi, ces listes permettent de connaître les tiers disponibles et compétents. L'inscription suppose cependant des conditions précises.

687. Les conditions d'inscription sur les listes de médiateurs. Les articles 2 et 3 du décret de 2017 précisent les conditions attendues. Concernant la personne physique, tout d'abord, elle pourra être inscrite sur une liste des médiateurs près la cour d'appel si elle remplit trois conditions. Elle ne doit pas avoir fait l'objet d'une condamnation, d'une incapacité ou d'une

²⁷²¹ V. « La médiation, un chemin de Paix pour la justice en Europe », 2 juill. 2014, URL : <https://www.justice.gouv.fr/le-ministere-de-la-justice-10017/la-mediation-un-chemin-de-paix-pour-la-justice-en-europe-27261.html> (consulté le 5 sept. 2022) ; B. BLOHORN-BRENNEUR et D. CALIN (D.) (dir.), *La médiation, un chemin de paix pour la justice en Europe*. GEMME, 10 ans déjà... !, L'Harmattan, Coll. « Logiques Juridiques », 2015, 360 p.

²⁷²² Élément rappelé dans l'alinéa premier de l'article premier du décret de 2017.

²⁷²³ Ces professionnels reconnus pour leur compétence et leur expérience dans leur domaine d'activité sont chargés par le juge d'apporter des éclaircissements et de donner un avis technique sur les éléments d'une affaire. Ils sont en effet inscrits sur une liste établie auprès de chaque cour d'appel : v. L. n° 71-498 du 29 juin 1971 relative aux experts judiciaires (JORF du 30 juin 1971), modif. par L. n° 2016-1547 du 18 nov. 2016, et Décr. n° 2004-1463 du 23 déc. 2004 relatif aux experts judiciaires (JORF n° 303 du 30 déc. 2004).

²⁷²⁴ N. FRICERO et a., *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, op.cit., n° 210.21, p. 132.

déchéance mentionnées sur le bulletin n° 2 du casier judiciaire ; elle ne doit pas avoir été l'auteur de faits contraires à l'honneur, à la probité et aux bonnes mœurs ayant donné lieu à une sanction disciplinaire ou administrative de destitution, radiation, révocation, de retrait d'agrément ou d'autorisation ; et, en sus, elle doit justifier d'une formation ou d'une expérience attestant l'aptitude à la pratique de la médiation. Cette disposition complète les exigences requises par des dispositions propres à certains domaines particuliers et celles prévues à l'article 131-5 du Code de procédure civile. Ce dernier dispose en effet que la personne physique qui assure l'exécution de la mesure de médiation doit, outre les interdictions susmentionnées évoquées dans le décret de 2017²⁷²⁵, « posséder, par l'exercice présent ou passé d'une activité, la qualification requise eu égard à la nature du litige » ; doit « justifier, selon le cas, d'une formation ou d'une expérience adaptée à la pratique de la médiation » ; et enfin, il doit « présenter les garanties d'indépendance nécessaires à l'exercice de la médiation ».

Quant à la personne morale, il est obligatoire que ses dirigeants remplissent les conditions prévues aux 1° et 2° de l'article 2 du décret ; que ses statuts attestent qu'elle peut accomplir des missions de médiation ; et enfin, que la personne physique assurant la mission de médiation remplisse les conditions précédemment exposées.

688. Imprécisions et divergences territoriales. En raison du manque de précision de ces conditions d'inscription, certaines cours d'appel n'ont pas hésité à affiner les critères en exigeant un diplôme, des heures de formation ou un certain nombre de désignation ou de médiations accomplies, ou encore une domiciliation dans le ressort de la cour. Si le décret n'a retenu aucun critère de territorialité ou de domiciliation, chaque médiateur peut candidater dans l'ensemble des cours d'appel. Or, le manque d'homogénéité des critères de sélection, et ce en raison de l'absence d'un dispositif national, conduit à une instruction différente des candidatures selon la cour d'appel dans laquelle a été déposée la candidature. En effet, la même candidature peut être acceptée par des cours d'appel et rejetée par d'autres²⁷²⁶. À ce titre, de nombreux auteurs dénoncent un modèle inadapté. Se pose alors la question de savoir quelles

²⁷²⁵ « Ne pas avoir fait l'objet d'une condamnation, d'une incapacité ou d'une déchéance mentionnées sur le bulletin n° 2 du casier judiciaire » ; ne pas avoir été « l'auteur de faits contraires à l'honneur, à la probité et aux bonnes mœurs ayant donné lieu à une sanction disciplinaire ou administrative de destitution, radiation, révocation, de retrait d'agrément ou d'autorisation ».

²⁷²⁶ V. not. l'exemple exposé par Monsieur le professeur Fabrice VERT concernant un médiateur diplômé et reconnu du ressort de la cour d'appel de Paris. Ce dernier « a présenté sa candidature auprès de toutes les cours d'appel de France, avec des réponses contradictoires. En effet, dans les premières réponses à sa candidature multiple, il a reçu huit réponses favorables, huit refus dont quatre pour cause d'éloignement géographique, une pour "diplôme inadapté", deux pour absence de formation ou d'expérience, une sans motivation », F. VERT, « Premières listes de médiateurs dans les cours d'appel : un dispositif légal perfectible », *Dalloz actualité*, 29 oct. 2018.

sont les personnes chargées d'instruire les candidatures. Il s'agit des conseillers coordonnateurs de l'activité des médiateurs et des conciliateurs de justice. Ils donnent un avis et les candidatures seront admises ou rejetées par l'assemblée générale des magistrats du siège de la cour d'appel. En cas de refus d'inscription ou de radiation d'un médiateur, la décision est susceptible d'un recours devant la Cour de cassation. Ce recours doit être motivé, à peine d'irrecevabilité, et être formé dans le délai d'un mois à compter de la notification de la décision, par déclaration au greffe ou par lettre recommandée avec avis de réception adressée au greffe de la haute juridiction.

Eu égard à ces différences territoriales et à l'imprécision du modèle, la Cour de cassation est intervenue par le biais de deux arrêts du 27 septembre 2018 et a annulé les décisions de l'assemblée générale de deux cours d'appel. Dans ces deux affaires, les assemblées générales des cours d'appel avaient ajouté des conditions à celles prévues par le décret et avaient, de ce fait, rejeté des candidatures à la liste de médiateurs. Dans le premier cas, le rejet de la demande était motivé par le fait que la candidate ne disposait pas d'un diplôme. Or, au visa de l'article 2, 3°, du décret n° 2017-1457 du 9 octobre 2017 relatif à la liste des médiateurs auprès de la cour d'appel, la Cour de cassation juge que la décision de l'assemblée générale doit être annulée au motif « qu'il n'est pas exigé du candidat un diplôme, mais la justification d'une formation ou d'une expérience attestant l'aptitude à la pratique de la médiation »²⁷²⁷. Dans le second cas, le rejet de la demande était cette fois motivé par une méconnaissance du contexte local et d'un éloignement géographique qui aurait pu générer un surcoût de la médiation. La Cour de cassation juge également que la décision de l'assemblée générale doit être annulée du fait que les critères observés pour rejeter la demande sont étrangers à l'article 2 du décret de 2017²⁷²⁸.

Eu égard à ces imprécisions, l'assemblée générale des magistrats conserve alors une certaine marge de manœuvre dans la sélection des personnes pouvant figurer sur la liste²⁷²⁹.

689. Le paradoxe observable entre l'inscription et les conditions à respecter. L'imprécision du décret, notamment eu égard à la nécessité de « justifier, selon le cas, d'une formation ou d'une expérience adaptée à la pratique de la médiation », crée une certaine

²⁷²⁷ Cass., Civ. 2^e, 27 sept. 2018, n° 18-60.091, *Bull.* 2018, II, n° 192.

²⁷²⁸ Cass., Civ. 2^e, 27 sept. 2018, n° 18-60.132, *Bull.* 2018, II, n° 193. – De manière explicite, la Cour de cassation énonce, dans une décision postérieure publiée, du 18 oct. 2018, que « les médiateurs peuvent solliciter leur inscription auprès d'une cour d'appel, sans condition de résidence ou d'activité » : Cass., Civ. 2^e, 18 oct. 2018, n° 18-60128 ; dans le même sens, Cass., Civ. 2^e, 18 oct. 2018, n° 18-60127 ; Cass., Civ. 2^e, 18 oct. 2018, n° 18-60133 ; Cass., Civ. 2^e, 18 oct. 2018, n° 18-60124.

²⁷²⁹ V. not. J.-P. TRICOIT, « L'inscription sur la liste des médiateurs », *LPA*, 4 janv. 2019, n° 004, p. 8.

ambiguïté quant au statut de ce tiers et à son inscription sur les listes des cours d'appel²⁷³⁰. En effet, le droit français ne s'attarde pas sur la question de l'accès à l'exercice de l'activité de médiateur. Le décret prévoit des conditions d'honorabilité et de qualification du médiateur. Pour autant, il se contente d'énumérer ces conditions sans spécifier les compétences requises. Cette observation met alors en évidence un curieux paradoxe. En effet, si le droit positif français n'est pas très précis en matière de formation et de compétence du médiateur, il est très strict en matière d'inscription sur les listes de médiateurs des cours d'appel²⁷³¹. La demande exige un dossier lourd, et certains tribunaux ne sélectionnent que les médiateurs qui sont également juristes. Il est alors très difficile d'intégrer ces listes. À ce sujet, certains auteurs avaient déjà relevé la difficulté pratique d'établir des listes de médiateurs en l'absence de référentiel commun national et de statut du médiateur²⁷³². Bien que ce dispositif soit ambitieux afin de présenter des médiateurs au statut reconnu et indépendant, il s'agit ainsi d'un dispositif prématuré²⁷³³. Il aurait été nécessaire de préciser prioritairement la formation et la compétence attendues ; ce qu'a notamment envisagé la loi confiance pour la justice du 22 décembre 2021.

B) Le développement de la formation des médiateurs, gage d'indépendance du tiers

690. Souplesse quant aux qualités attendues du médiateur. L'article 131-5 du Code de procédure civile exige une bonne moralité du médiateur, une qualification requise eu égard à la nature du litige, une formation ou une expérience adaptée à la pratique de la médiation. Le médiateur peut justifier d'un diplôme ou d'un certificat de médiation. Pour autant, il n'existe à

²⁷³⁰ À cet égard, v. not. Cass., Civ. 2^e, 21 mars 2019, n° 18-60191 (rejet pourvoi c. CA Amiens, 25 juin 2018) et Cass., Civ. 2^e, 11 avr. 2019, n° 19-60045 (rejet pourvoi c. CA Paris, 6 nov. 2018), comm. M. GUEZ, « Conditions d'inscription sur la liste des médiateurs : l'expérience attestant l'aptitude à la pratique de la médiation », *Gaz. Pal.*, 5 nov. 2019, n° 38, p. 42 : Dans les faits, les deux candidats faisaient valoir une expérience significative en qualité de conciliateur et se voyaient pourtant opposer un refus d'inscription en raison d'un manque de formation et d'expérience adaptée à la pratique de la médiation. La Cour de cassation, dans ces deux arrêts, rejette les pourvois estimant que les assemblées générales des magistrats du siège n'avaient pas commis d'erreur manifeste d'appréciation. Le manque de précision quant aux conditions de formation et d'expérience du tiers s'associe à la nébuleuse existant autour des notions de conciliation et de médiation (*cf.* introduction). Il apparaît alors urgent de clarifier le débat afin de préciser les spécificités attendues de ce tiers au règlement amiable.

²⁷³¹ V. not. Dépêche de la garde des Sceaux du 8 févr. 2018 et ses annexes, consultable sur le site du ministère de la Justice, URL : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/depeche_decret_liste_mediateurs_4_annexes20180208.pdf.

²⁷³² B. GORCHS-GELZER, « Regard critique sur le décret n° 2017-1457 du 9 octobre 2017 relatif à la liste de médiateurs auprès de la cour d'appel », *Dr. et proc.* 2017. 246.

²⁷³³ F. VERT, « Premières listes de médiateurs dans les cours d'appel : un dispositif légal perfectible », *Dalloz actualité*, 29 oct. 2018.

ce jour, qu'un seul diplôme national : le diplôme d'État de médiateur familial²⁷³⁴. Les articles R. 451-66 et suivants du Code de l'action sociale et des familles²⁷³⁵ organisent ce diplôme. L'article R. 451-66 dispose en effet que ce diplôme « atteste des compétences nécessaires pour intervenir auprès de personnes en situation de rupture ou de séparation afin de favoriser la reconstruction de leur lien familial et aider à la recherche de solutions répondant aux besoins de chacun des membres de la famille ». La formation comprend un volet théorique et un volet pratique²⁷³⁶. Le premier aspect de l'enseignement porte sur le processus de médiation et les techniques nécessaires pour mener à bien cette mission. Toutefois, les règles essentielles de droit, de psychologie et de sociologie sont également dispensées. La formation pratique est réalisée sous la forme d'un stage de mise en situation, sous la conduite d'un référent professionnel dans un service de médiation familiale. Si la formation semble complète, plusieurs rapports relèvent la nécessité de préciser ces enseignements, notamment en termes juridiques²⁷³⁷. L'institutionnalisation des règlements amiables requiert en effet que les tiers soient davantage formés. Ils doivent connaître les règles de droit minimales et, plus précisément, les principes directeurs des modes amiables²⁷³⁸. Dans les autres domaines, il n'existe que des formations réalisées par des organismes privés²⁷³⁹ ou des diplômes d'université²⁷⁴⁰. Il n'y a dès lors aucune uniformisation de la formation des médiateurs français. Il s'agit d'une activité d'accès libre. L'exercice de la médiation en France n'est en effet pas reconnu comme une profession réglementée ; ce qui n'est pas le cas dans d'autres États européens²⁷⁴¹.

691. L'inexistence d'une profession de médiateur en France malgré les exigences européennes. Ni la loi du 8 février 1995, ni les articles 131-1 et suivants n'ont reconnu la

²⁷³⁴ Décr. n° 2003-1166, 2 déc. 2003, portant création du diplôme d'État de médiateur familial, JO 9 déc., p. 20964 – Arr. 12 févr. 2004, relatif au diplôme d'État de médiateur familial, JO 27 févr., p. 3961.

²⁷³⁵ Complétés par l'arrêté du 19 mars 2012 (Arr. 19 mars 2012, relatif au diplôme d'État de médiateur familial, JO 29 mars, p. 5709).

²⁷³⁶ C. de l'action sociale et des familles, art. R. 451-68.

²⁷³⁷ V. Rapp. « Tasca-Mercier », proposition n° 15 : « Renforcer la formation juridique des médiateurs familiaux dans le cadre du diplôme d'État de médiateur familial ». Le rapport précise qu'« avec le développement de la médiation judiciaire, les professionnels interviennent pour dégager un accord qui a vocation à être homologué par le juge. Ils doivent donc être en mesure d'apprécier l'équilibre de l'accord et sa conformité au droit en vigueur ».

²⁷³⁸ À ce titre, le rapp. « Tasca-Mercier » ajoute la nécessaire sensibilisation des professionnels de la justice aux mécanismes de la médiation par le biais d'enseignements dédiés, v. proposition n° 16 : « Mettre en place ou renforcer, lorsqu'il existe, l'enseignement relatif à la médiation, ainsi que, plus largement, aux modes alternatifs de règlement des conflits, dans le cadre de la formation initiale des avocats et des magistrats ».

²⁷³⁹ Tels que l'Institut 131 ou l'École Professionnelle de la Médiation et de la Négociation (EPMN).

²⁷⁴⁰ Tels que le Diplôme d'université (DU) La médiation de l'Université Paris Panthéon-Assas ou le Diplôme d'université de Médiation : Droit et pratiques de la médiation en matière civile, commerciale et sociale de l'Université Toulouse 1 Capitole.

²⁷⁴¹ V. *infra* n° 692.

médiation comme une profession. Dès lors, comment envisager qu'une personne chargée de la mission de médiation, qui n'est pas un professionnel reconnu de la médiation, puisse respecter précisément les conditions posées par les textes ? La directive 2008/52 incitait déjà les États membres, dans son considérant n° 16, à « encourager, par tout moyen qu'ils jugent approprié, la formation des médiateurs et la mise en place de mécanismes efficaces de contrôle de la qualité relatifs à la fourniture des services de médiation »²⁷⁴². L'article 4 de la directive, relatif à la qualité de la médiation, ajoutait que « les États membres encouragent, par tout moyen qu'ils jugent approprié, l'élaboration de codes volontaires de bonne conduite et l'adhésion à ces codes, par les médiateurs et les organismes fournissant des services de médiation, ainsi que d'autres mécanismes efficaces de contrôle de la qualité relatifs à la fourniture de services de médiation » et qu'ils « promeuvent la formation initiale et continue de médiateurs ». Dans le même sens, la résolution du Parlement européen du 13 septembre 2011 sur la mise en œuvre de la directive relative à la médiation dans les États membres, ses effets sur la médiation et son adoption par les tribunaux indique dans le considérant n° 18 qu'il est nécessaire d'accroître les « exigences pour l'accès à la profession de médiateur ». Enfin, elle reconnaît, dans le considérant n° 20, « l'importance d'établir des normes communes pour l'accès à la profession de médiateur en vue de promouvoir une médiation de meilleure qualité et de garantir des normes élevées en matière de formation professionnelle et d'accréditation dans l'Union européenne ». Si cette préoccupation se perçoit encore dans l'article 6 de la directive n° 2013/11 du 21 mai 2013, plus de dix années après, le droit positif français n'a toujours pas imposé la création de la profession de médiateur. Ceci s'explique tout d'abord en raison de l'opposition de ceux qui considèrent la médiation comme « un moyen de redonner du pouvoir aux acteurs de la société civile »²⁷⁴³. En outre, la médiation ne constitue pas seulement un nouveau domaine d'intervention ou d'action. Elle s'apparente à un marché. Dès lors, la question de la professionnalisation représente un enjeu important pour de nombreux acteurs, comme les professions du juridique ou du social, qui aspirent à annexer cette fonction dans leur champ d'intervention²⁷⁴⁴. Il est alors une autre opposition à la professionnalisation qui dénonce l'exclusivité et les monopoles qui pourraient en découler. Qu'en est-il dans les autres États membres de l'Union ?

²⁷⁴² Dir. 2008/52, cons. n° 16.

²⁷⁴³ J.-P. BONAFE-SCHMITT, « Les enjeux de la formation à la médiation », *Négociations*, vol. 28, n° 2, 2017, pp. 201-219.

²⁷⁴⁴ À l'instar des avocats : v. not. J.-P. BONAFE-SCHMITT et J.-C. ROBERT, *Les médiations : logiques et pratiques sociales*, Lyon, Rapp. de recherche GLYSI, GIP Mission de recherche Droit et Justice, 2001.

692. L'influence des systèmes étrangers pour la professionnalisation du statut du médiateur. Eu égard aux directives générales précédemment exposées, l'ensemble des États membres de l'Union a plus ou moins encadré l'activité de médiation. La Grèce est l'État qui a mis en place le système le plus strict quant à l'encadrement du statut du médiateur. Il a fait de la médiation une profession réglementée. Pour être médiateur en Grèce, il faut non seulement être avocat mais également être agréé par la commission d'agrément des médiateurs placée sous la tutelle du ministre de la Justice, de la transparence et des droits de l'homme²⁷⁴⁵. Dans un contexte plus souple, l'Italie a également encadré l'activité du tiers. Le droit italien exige en effet des garanties de compétences des médiateurs²⁷⁴⁶. Le médiateur doit posséder un titre d'études correspondant au minimum au diplôme de maîtrise universitaire d'une durée de trois ans ou être inscrit sur un ordre ou un collège professionnel²⁷⁴⁷. Ce dernier doit également suivre une formation spécifique de 50 heures réalisée par un organisme agréé par le ministère de la Justice, ainsi qu'une formation continue. Tous les deux ans, il participe à une formation de 18 heures et, en tant que stagiaire, à vingt procédures de médiation²⁷⁴⁸. Le droit italien prévoit ainsi une formation initiale et une formation continue au cours de laquelle la théorie est associée à la pratique. Enfin, il est également intéressant d'appréhender le cadre réglementé de la médiation en Roumanie²⁷⁴⁹. En effet, l'activité du médiateur est coordonnée par un « Conseil de médiation » qui fixe le Code de déontologie à respecter, les normes de formation, et agréé les médiateurs qu'il référence alors sur un « répertoire des médiateurs »²⁷⁵⁰.

693. Ces différentes approches européennes relatives au statut du médiateur ont permis d'apprécier les enjeux de la professionnalisation de la médiation et des médiateurs. Nonobstant le manque de reconnaissance, en France, d'une profession réglementée, la mission de médiation est soumise à de nombreux principes et les pratiques « sont étayées par un référentiel déontologique de plus en plus précis »²⁷⁵¹. Afin d'assurer la qualité du tiers au règlement amiable et de garantir la confiance des citoyens en la justice amiable, il serait opportun d'envisager une harmonisation des formations. Alors qu'ils interviennent dans le système de

²⁷⁴⁵ L. n° 3898/2010, JO du gouvernement grec – FEK, vol. 1, p. 211 du 6 déc. 2010 ; v. égal. l'arrêté ministériel qui fixe les conditions de l'agrément, établit le Code de déontologie à respecter, prévoit les sanctions disciplinaires et organise le régime de responsabilité du médiateur : AM. n° 109088.

²⁷⁴⁶ Décr. législatif n° 28/2010, art. 16 et s.

²⁷⁴⁷ Décr. Ministériel n° 180/2010, 18 oct. 2010, n° 180, art. 4, § 3, a).

²⁷⁴⁸ Décr. Ministériel n° 180/2010, 18 oct. 2010, n° 180, art. 4, § 3, b) – V. G. MATTEUCCI, « La médiation obligatoire en Italie, 2021. La pertinence de la formation », 22 juill. 2021, art. posté in <https://cim-imc.com/wp-content/uploads/2021/08/2021.07.21-La-mediation-obligatoire-en-Italie-2021.pdf>.

²⁷⁴⁹ L. 192/2006 sur la médiation et l'organisation de la profession de médiateur, publiée dans le Monitorul Oficial n° 441 du 22 mai 2006.

²⁷⁵⁰ L. 192/2006, préc., art. 12.

²⁷⁵¹ N. FRICERO et a., *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, op.cit., n° 212.08.

justice, les tiers intervenant aux règlements amiables (médiateurs et conciliateurs) doivent maîtriser les techniques utiles à la réussite de leur mission et à la bonne administration de la justice. En ce sens, l'article 1^{er}-1 du décret n° 72-355 du 4 mai 1972 énonce que l'École nationale de la magistrature a pour mission : « la formation de personnes n'appartenant pas au corps judiciaire et amenées soit à exercer des fonctions juridictionnelles dans l'ordre judiciaire, soit à concourir étroitement à l'activité judiciaire »²⁷⁵². Les médiateurs et les conciliateurs collaborent avec les autres acteurs de la justice, et notamment les juges, pour faire œuvre de justice par le biais d'un autre mode de règlement des conflits. Ils doivent donc être convenablement formés.

À cet égard, le législateur français a récemment entrepris des modifications législatives qui tendent à la reconnaissance d'une professionnalisation de l'activité du médiateur ; à l'instar de la création du conseil de la médiation qui existait déjà en Roumanie²⁷⁵³.

694. Vers une professionnalisation de l'activité du médiateur. Ainsi que cela existe déjà en matière de médiation familiale, il apparaît essentiel que le tiers au règlement amiable reçoive une formation précise et reconnue afin d'exercer sa mission. Certes, l'essence des règlements amiables conduit à ne pas se concentrer sur une rationalité juridique pour résoudre la discorde. Pour autant, l'équilibre du processus est essentiel à la protection des parties. Les participants au règlement amiable œuvrent ensemble pour rétablir la paix sociale, et ainsi, leurs droits de citoyens doivent être garantis. Dès lors, dans la conduite de la procédure amiable, le tiers doit être compétent à plusieurs titres. D'une part, il doit avoir des qualités humaines d'écoute et de communication. En effet, il doit être apte à rétablir le dialogue entre les parties en conflit. D'autre part, alors que le mode amiable est intégré au droit processuel et qu'il tend à résoudre une opposition d'intérêts, il intervient dans un contexte juridique précis. Le tiers doit ainsi être en mesure de saisir les contours de celui-ci. La nécessité de cette double compétence, à la fois juridique et technique, a notamment été promue par la CECMC. Cette autorité de régulation et de contrôle des médiateurs de la consommation estime en effet que « les compétences juridiques et techniques générales de candidats médiateurs ayant la qualité d'avocat ou de toute autre profession juridique n'établissent pas la spécialisation requise dans un domaine d'expertise particulier. En effet, si l'activité professionnelle des candidats en cause atteste d'un niveau juridique avéré, celui-ci ne garantit pas pour autant une connaissance approfondie en droit de la consommation, lequel peut présenter une certaine complexité tant

²⁷⁵² Décr. n°72-355, 4 mai 1972, relatif à l'École nationale de la magistrature, art. 1^{er}-1, b).

²⁷⁵³ V. *supra* n° 692.

dans ses règles générales que spécifiques et ne peut se substituer à une expertise technique, souvent nécessaire dans certains domaines »²⁷⁵⁴.

695. Cette nécessité de développer et de perfectionner la formation de ce tiers incite à professionnaliser son activité. Bien que plusieurs conceptions s'opposent à ce sujet²⁷⁵⁵, l'institutionnalisation des règlements amiables oblige à s'interroger sur la professionnalisation de l'activité du médiateur²⁷⁵⁶. En effet, comme précédemment observé, notamment lors de l'étude relative à l'exigence de confidentialité du tiers, comment celui-ci peut-il réagir sans une certaine connaissance du droit²⁷⁵⁷ ? Plus encore, comment un tiers peut-il guider des parties en conflit sans maîtriser les techniques et les méthodes utiles au rétablissement du dialogue ? L'attitude du médiateur ou du conciliateur conditionne le bon déroulement du processus et sa réussite. En ce sens, il est essentiel que chaque tiers intervenant dans un processus amiable dispose d'un savoir-faire afin de mener à bien sa mission, et soit dès lors formé à cet effet. La professionnalisation de la médiation doit ainsi être envisagée à plusieurs titres : reconnaître la compétence du tiers à faire œuvre de justice, mais également structurer la pratique des règlements amiables de manière harmonisée afin de lui donner une certaine cohérence. Les médiateurs, eux-mêmes, ont appelé de leur vœux une évolution professionnalisante de leur statut. Le Collectif 21 défendait ainsi la création d'une nouvelle profession règlementée de médiateur : « il s'agit essentiellement d'offrir aux médiateurs un statut en mettant, enfin, en harmonie, le droit et la pratique, par la prise en compte d'un métier qui s'exerce déjà de fait, en France, et ce, afin d'apporter toute sécurité aux personnes en médiation, aux prescripteurs et aux médiateurs »²⁷⁵⁸.

Par la professionnalisation du statut du médiateur, il est ainsi question de reconnaître la qualité du tiers en tant que professionnel compétent et, également, « d'apporter des garanties,

²⁷⁵⁴ CECMC, plénière, les 6 nov. 2017, 17 juill. 2019 et 26 mai 2021, cité in <https://www.economie.gouv.fr/mediation-conso/statut-du-mediateur-de-la-consommation#C07-4>.

²⁷⁵⁵ V. F. BEN MRAD, *Sociologie et pratiques de médiation : Entre principes et compétences*, thèse Metz, L'Harmattan, 2002, spéc. pp. 49 et s. L'auteur présente les différentes approches qui coexistent : *l'approche pragmatique*, « vue sous l'angle de la déprofessionnalisation ». *L'approche attributive*, également opposée à la professionnalisation des activités du médiateur, qui est « composée de professionnels amenés à utiliser la médiation dans le cadre de leur profession ». L'opposition exercée par ces derniers se fonde alors « sur la défense de leur territoire professionnel ». *L'approche spécialisée* qui incite, quant à elle, à former les médiateurs aux techniques de la médiation du fait que ces compétences ne soient pas inhérentes à leur formation professionnelle initiale ou continue. Enfin, *l'approche professionnelle*, « pour les défenseurs de la professionnalisation de la médiation ». Les compétences, dans ce modèle, se fondent sur une qualification sanctionnée par un diplôme acquis dans un organisme de formation spécialisée.

²⁷⁵⁶ V. not. N. MEYER, « De l'activité au métier. L'enjeu de la professionnalisation de la médiation », in L. CASAUX-LABRUNEE et J.-F. ROBERGE, *Pour un droit du règlement amiable des différends. Des défis à relever pour une justice de qualité*, op. cit., pp. 397-412.

²⁷⁵⁷ V. *supra* nos 510 et 523.

²⁷⁵⁸ Collectif 21, *Livre blanc sur la médiation*, sept. 2019, URL : <https://lext.so/okydK5>.

notamment en termes d'efficacité et de responsabilité, pour les parties qui décident d'avoir recours à la médiation »²⁷⁵⁹. À cet égard, professionnaliser l'activité du médiateur permettrait de réfuter les doutes émis quant à son indépendance en raison des relations qu'il peut entretenir avec les parties et le juge.

696. La compétence du tiers, assurance de son indépendance d'esprit. La précision quant à la compétence du tiers est devenue indispensable pour donner confiance aux citoyens envers les médiateurs et, de manière plus générale, envers la justice amiable²⁷⁶⁰. En effet, l'acquisition de connaissances juridiques approfondies, associée à la maîtrise de secteurs techniques spécifiques dans lesquels le médiateur est appelé à intervenir, relève des exigences d'indépendance du tiers. À ce titre, le tribunal administratif de Lille a considéré, dans un jugement du 18 décembre 2020, que les aptitudes dans le domaine de la médiation, les connaissances en matière de droit de la consommation et un savoir-faire ou une expérience technique lorsque le médiateur intervient dans un domaine spécialisé, participent aux exigences d'indépendance, d'impartialité et d'efficacité prévues par l'article L. 613-1 du Code de la consommation²⁷⁶¹.

Ce constat se perçoit légitimement en pratique. En effet, si le médiateur n'a pas les connaissances suffisantes pour appréhender le différend et guider les parties vers un accord, il n'hésitera pas à écouter celui qui l'a missionné. Ainsi, dans le domaine de la consommation, il suivra les directives de l'entreprise ou du groupe, dans le cadre d'une médiation pénale, il suivra les directives du procureur et en matière civile, commerciale ou sociale, celles du juge. La compétence intervient alors pour développer une indépendance d'esprit. En effet, sans compétence, pas d'autonomie et sans indépendance d'esprit, pas de règlement amiable équitable. Il est alors essentiel de développer la formation des médiateurs et des conciliateurs afin d'assurer ce principe essentiel à toute société démocratique.

Le législateur français s'est alors engagé afin de répondre à ces besoins, notamment par la création du Conseil national de la médiation.

697. Création du Conseil national de la médiation. La loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire porte création, au sein de son

²⁷⁵⁹ N. MEYER, « De l'activité au métier. L'enjeu de la professionnalisation de la médiation », in L. CASAUX-LABRUNEE et J.-F. ROBERGE, *Pour un droit du règlement amiable des différends. Des défis à relever pour une justice de qualité*, op. cit., p. 404.

²⁷⁶⁰ N. MEYER, « La médiation, art ou technique ? L'enjeu de la formation des médiateurs », in L. CASAUX-LABRUNEE et J.-F. ROBERGE, *Pour un droit du règlement amiable des différends. Des défis à relever pour une justice de qualité*, op. cit., pp. 359-375.

²⁷⁶¹ TA Lille, 18 déc. 2020, n° 1803654.

article 45, d'un Conseil national de la médiation²⁷⁶². Ce dernier est présenté par l'article 21-6 de la loi du 8 février 1995. Le Conseil national de la médiation est placé auprès du ministre de la Justice. En ce sens, il est inséré dans le système de justice. Il est chargé de « rendre des avis dans le domaine de la médiation définie à l'article 21 et proposer aux pouvoirs publics toutes mesures propres à l'améliorer », de « proposer un recueil de déontologie applicable à la pratique de la médiation », de « proposer des référentiels nationaux de formation des médiateurs et faire toute recommandation sur la formation » et d'« émettre des propositions sur les conditions d'inscription des médiateurs sur la liste prévue à l'article 22-1 A »²⁷⁶³. La création de ce Conseil a dès lors pour objectif de promouvoir et de développer les règlements amiables en leur donnant une plus grande légitimité. Il est en effet question d'harmoniser une pratique connue, d'assurer sa visibilité et de garantir la sécurisation de ces processus amiables afin de rassurer les justiciables, en consacrant notamment l'indépendance du tiers. L'action du Conseil national de la médiation permettra en effet de consacrer une méthode homogène pour la réussite et le développement de la justice amiable. Le manque de cohérence dénoncé entrave l'épanouissement des règlements amiables. Le rôle du Conseil sera alors essentiel. Il interviendra notamment pour l'harmonisation de la formation des tiers et permettra, de ce fait, une véritable reconnaissance de leur indépendance.

La vision volontariste à une professionnalisation du statut du tiers se justifie ainsi par la création d'un Conseil de la Médiation placé près le ministre de la Justice. Dans un entretien réalisé par Monsieur Malik CHAPUIS, magistrat, et Monsieur le professeur Hervé CROZE, à la question de savoir si la médiation et la conciliation étaient un métier que l'on devait apprendre, Monsieur CHAPUIS répondait par la positive²⁷⁶⁴. Il affirmait que « le législateur a d'ailleurs parfaitement, et sagement, exprimé un besoin d'encadrement institutionnel de ces professions en créant un Conseil national de la médiation qui sera force de proposition en matière déontologique et pourra garantir la qualité de la formation et les compétences des médiateurs »²⁷⁶⁵. Il est en effet nécessaire de proposer un statut du médiateur qui garantisse les qualités professionnelles que doit assurer tout tiers dans le cadre d'un règlement d'un différend. Si le refus de cet encadrement résulte notamment de la crainte de priver le tiers de sa liberté

²⁷⁶² Il est à noter que le conseil national de la médiation avait été proposé dès 2019 par le collectif Médiation 21, dans son livre blanc précité – v. égal. L. GARNERIE, « Médiateurs : le Collectif 21 prône une organisation de la profession », *Gaz. Pal.*, 22 oct. 2019, n° 36, p. 9.

²⁷⁶³ L. n° 95-125 du 8 févr. 1995, art. 21-6, créé par la loi n° 2021-1729, 22 déc. 2021, art 45.

²⁷⁶⁴ Entretien par M. CHAPUIS et H. CROZE, « Modes amiables de règlements des différends. La pratique des MARD en cours d'instance : regards croisés », *Procédures*, n° 1, janv. 2022, 1.

²⁷⁶⁵ Sur ces questions, il renvoie au rapport réalisé par la cour d'appel de Paris sur la direction de Madame le professeur Valérie LASSERRE – V. J.-M. HAYAT et V. LASSERRE, « Promotion et encadrement des MARD : publication du rapport de la cour d'appel de Paris », *Dalloz actualité*, 25 mars 2021.

d'exercice, les évolutions législatives tendent pourtant à la reconnaissance d'une profession de médiateur. En effet, la structuration de l'accès au marché du travail est perceptible, de même que l'identité des médiateurs, dotés de savoir-faire spécifiques bien identifiés, est désormais largement revendiquée et reconnue socialement²⁷⁶⁶.

Conclusion du Chapitre 1

698. Garantie d'indépendance et crédit de la justice. Le tiers intervenant pour le règlement d'un différend contentieux ou amiable doit être indépendant. Il en va de la confiance que les citoyens portent en leur justice. En effet, la justice doit offrir un modèle cohérent et crédible dans lequel le justiciable a droit à une procédure équitable. Un juge, un médiateur ou un conciliateur dépendant n'est pas autonome dans son activité. En raison de pressions subies, il peut prendre fait et cause pour l'une des parties sans considération de la situation d'espèce. Dans le cadre de la justice étatique, le jugement sera faussé et les fondements de notre État de droit seront atteints. Ainsi que le rappelle Monsieur le procureur général près la Cour de cassation François MOLINS en ouverture de la conférence CSM du 12 mars 2021, l'indépendance des magistrats est un « principe cardinal »²⁷⁶⁷. Elle est dès lors, « pour la société, la condition de sa confiance dans la justice » ; « pour le justiciable, la condition d'un procès équitable » ; « pour le magistrat, la condition de sa légitimité »²⁷⁶⁸. L'indépendance permet d'assurer le crédit de la justice.

À cet égard, que serait une justice amiable sans l'indépendance des médiateurs et des conciliateurs ? Certes, la condition d'indépendance du tiers au règlement amiable revêt un degré moins retentissant sur la solution apportée au différend puisque les parties peuvent refuser l'accord, ou la proposition dans le cadre de la médiation de la consommation. Pour autant, le rôle du tiers est essentiel pour la réussite et la promotion de la justice amiable. Le respect de la garantie de l'indépendance du tiers au règlement amiable est gage de développement de ces

²⁷⁶⁶ V° la définition de « Profession » présentée par C. TOURMEN, in « Activité, tâche, poste, métier, profession : quelques pistes de clarification et de réflexion », *Santé publique*, 2007/hs, vol. 19, pp. 15 et s. (cité in N. MEYER, « De l'activité au métier. L'enjeu de la professionnalisation de la médiation », art. préc., p. 399) – Ce constat se justifie d'autant plus au regard du contrôle plus contraignant engagé en matière de consommation. Ainsi qu'il a été précisé précédemment, les autorités compétentes de l'État évaluent les entités de règlement des différends afin que les exigences de qualité soient respectées. Certaines de ces entités peuvent être sanctionnées. À cet égard, par une décision du 15 févr. 2021, la CECMC a mis un terme aux activités de l'association des huissiers (association Medicycs) en tant que médiateur de la consommation.

²⁷⁶⁷ Allocution de Monsieur le procureur général F. MOLINS, ouverture de la conférence du CSM, « Indépendance et responsabilité des magistrats », 12 mars 2021, consultable sur le site de la Cour de cassation.

²⁷⁶⁸ *Ibid.*

pratiques. Les règlements amiables mettent en lumière la confiance entre des partenaires prêts à résoudre un différend ensemble. Dès lors, comment imaginer que le sage soit influencé dans la conduite du processus et favorise l'une des parties ?

699. Garantie d'indépendance et qualité du tiers. L'indépendance assure la qualité du tiers chargé de la mission de médiation ou de conciliation. Or, le respect de cette garantie requiert la mise en place de dispositifs organisés. À ce titre, les formations initiale et continue des médiateurs doivent être précisées. Le développement des règlements amiables exige une transparence de l'activité et de ceux qui l'exercent. Le législateur français a ainsi envisagé des évolutions. Outre l'investiture du principe d'indépendance du médiateur dans la loi du 8 février 1995²⁷⁶⁹, un Conseil de la médiation chargé de contrôler l'indépendance des médiateurs a été créé par la loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire. Il s'agit d'une avancée significative pour la reconnaissance du statut du tiers médiateur en tant qu'acteur essentiel à l'établissement de la paix sociale et économique de la France. Si l'indépendance du tiers est désormais pleinement consacrée, qu'en est-il de leur impartialité ?

²⁷⁶⁹ L. n° 95-125, 8 févr. 1995, préc., art. 21-2, modifié par L. n° 2021-1729 du 22 déc. 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire, préc., art. 45.

CHAPITRE 2 : L'EXIGENCE D'UN TIERS IMPARTIAL

700. Notion d'impartialité. La notion d'impartialité est issue du préfixe négatif *in*, sous l'une de ses variantes *im-*, et du terme latin *pars* qui signifie partie, parti. Elle désigne ainsi le caractère de celui qui est sans parti. Le *Vocabulaire juridique* de l'Association Henri Capitant définit l'impartialité comme « l'absence de parti pris, de préjugé, de préférence, d'idée préconçue, exigence consubstantielle à la fonction juridictionnelle dont le propre est de départager des adversaires en toute justice et équité »²⁷⁷⁰. Le plus souvent postposé, le tiers impartial fait ainsi référence à celui qui n'est pas partial. De ce fait, « puisque la partialité est l'état de celui qui prend parti pour ou contre une personne sans souci de justice ou de vérité, est impartial celui qui apprécie ou juge une personne sans parti pris favorable ou défavorable »²⁷⁷¹. Ce principe d'impartialité conduit à un « effort de dépersonnalisation de la justice »²⁷⁷². Le tiers ne doit pas privilégier l'une ou l'autre des parties. Au contraire, il doit être distant, « étranger » aux parties²⁷⁷³, et considérer le différend avec une vue d'ensemble. Dès lors, la procédure dans laquelle il intervient pourra être considérée comme juste. D'ailleurs, il peut être relevé que l'un des synonymes de la notion d'impartialité est celui de *justice*²⁷⁷⁴. Madame DE DURAS écrivait notamment : « il était juste parce qu'il était impartial, et impartial parce que tout lui était indifférent »²⁷⁷⁵.

701. L'impartialité, principe fondamental de la justice. L'impartialité du tiers, si essentielle pour garantir la justice à tout citoyen, est un droit de portée nationale et internationale²⁷⁷⁶. En effet, tout justiciable a droit à ce que sa cause soit entendue par un juge qui puisse se prononcer sans parti pris, sans opinion préconçue, en se référant uniquement aux éléments de faits et de droit obtenus à l'issue d'un débat contradictoire. Le juge doit trancher le

²⁷⁷⁰ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° « Impartialité ».

²⁷⁷¹ Y. STRICKLER, « Le droit à un procès équitable », in R. CABRILLAC (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 613, n° 731.

²⁷⁷² *Ibid.*, en référence à la représentation de la justice sous la forme d'une femme aux yeux bandés.

²⁷⁷³ En référence à la description réalisée par Madame DE DURAS in *Édouard*, 1825, éd. de M.-A. DIETHELM, Gallimard, Coll. « Folio Classique », 2007, p. 100 : « il était étranger aux autres hommes », ce qui caractérisait son impartialité.

²⁷⁷⁴ CNRTL, v° synonyme « Impartialité ».

²⁷⁷⁵ Madame DE DURAS, *Édouard*, *op. cit.*, p. 100.

²⁷⁷⁶ V. *infra* n°s 705 s.

différend selon son intime conviction eu égard aux éléments présentés devant lui²⁷⁷⁷. Le magistrat du siège doit notamment « accueillir et prendre en compte tous les points de vue débattus devant lui, quelles que soient ses opinions personnelles, et faire abstraction de tout préjugé »²⁷⁷⁸. Or, dans le cadre d'un règlement amiable, le tiers est choisi *intuitu personae*. Alors que les parties, elles-mêmes, ont, d'un commun accord, favorisé la désignation de tel tiers au profit de tel autre, comment apprécier l'impartialité de ce dernier ? Il sera alors question d'appréhender le principe d'impartialité dans les règlements amiables (Section 1) avant de s'interroger sur son adaptation eu égard au rôle du tiers (Section 2), dont l'activité diverge de celle du juge.

Section 1 : Le principe d'impartialité dans les règlements amiables

702. Appréciation de l'impartialité. L'appréciation de l'impartialité du tiers est ancienne. La Bible s'y intéressait déjà. Le Deutéronome, tout d'abord, indique : « Vous n'aurez pas de partialité dans le jugement »²⁷⁷⁹. Quant au livre de l'Exode, il exprime « Tu ne favoriseras pas le faible dans son procès »²⁷⁸⁰. Or, d'un point de vue diachronique, le principe d'impartialité a pris une particulière ampleur depuis la seconde guerre mondiale²⁷⁸¹. Il a en effet été consacré par l'ensemble des textes supranationaux, pour devenir un principe directeur du procès. Depuis lors, chaque justiciable a droit à un tiers impartial (§1). Pour autant, la reconnaissance de ce droit suppose une analyse précise. En effet, la perception de l'impartialité du tiers est complexe. À ce titre, la Cour européenne des droits de l'homme et les tribunaux internes étudient le respect de cette exigence par le biais d'une casuistique, en observant et comparant des situations diversifiées qui apportent un éclairage différent sur le principe. La mise en exergue d'indices de partialité a conduit la Cour européenne à distinguer deux approches : l'impartialité objective et l'impartialité subjective, qu'il sera question d'appréhender dans le cadre des règlements amiables (§2).

²⁷⁷⁷ V. not. le recueil des obligations déontologiques des magistrats du Conseil supérieur de la magistrature, Chapitre II « L'impartialité », pp. 19 et s., in http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/sites/default/files/atoms/files/csm_recueilobligationsdeontologiques.pdf

²⁷⁷⁸ *Ibid.*, p. 23.

²⁷⁷⁹ Deutéronome, 1, 17.

²⁷⁸⁰ Exode, 23, 3.

²⁷⁸¹ E. JEULAND, *Droit processuel général*, op. cit., n° 203, p. 321.

Paragraphe 1 : Le droit à un tiers impartial

703. Fondamentalité du principe d'impartialité. La fondamentalité du principe d'impartialité est appréciée tant au titre de sa reconnaissance dans les textes nationaux et internationaux qu'au regard de ses enjeux. Le principe d'impartialité trouve une place essentielle dans le droit processuel français, qu'il s'agisse des textes relatifs aux procédures contentieuses ou amiables. Il s'agit en effet d'un principe fondamental (A). Son application et sa reconnaissance au sein des règlements amiables témoignent d'une véritable opportunité et d'enjeux essentiels à leur réussite (B).

A) Le principe fondamental de l'impartialité du tiers

704. Affirmation du principe et distinction avec les notions voisines. Reconnu au sein des textes nationaux et internationaux, le principe d'impartialité est essentiel pour garantir le procès équitable (1.). Au-delà du cercle judiciaire, il s'impose ainsi dans l'ensemble des règlements des différends, et ce, en raison de son caractère fondamental. Pour autant, les textes et la doctrine n'hésitent pas à employer la notion d'impartialité conjointement avec d'autres notions, telles que l'indépendance et la neutralité. La distinction entre indépendance et impartialité ayant déjà été relevée²⁷⁸², il est désormais question de comparer l'impartialité et la neutralité. Si pour certains ces deux notions sont synonymes, la présente étude observera la nécessité de répondre à ces deux exigences et s'efforcera donc de les distinguer (2.).

1. L'impartialité, garantie du procès équitable applicable dans l'ensemble des règlements des différends

705. Une reconnaissance internationale. Ainsi que l'affirment l'article 10 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, l'article 14 § 1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, l'article 6 § 1 de la Convention européenne et l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, les membres de l'autorité judiciaire doivent satisfaire à l'exigence d'impartialité. L'impartialité est « consubstantielle du pouvoir

²⁷⁸² V. *supra* n^{os} 630 et 665.

juridictionnel »²⁷⁸³. À ce titre, la Cour européenne attribue une importance essentielle à ce principe processuel. Elle reconnaît qu'« une interprétation restrictive de l'article 6 par. 1 (art. 6-1) – notamment quant au respect du principe fondamental de l'impartialité du juge – ne cadrerait pas avec l'objet et le but de cette disposition, vu la place éminente que le droit à un procès équitable occupe dans une société démocratique au sens de la Convention »²⁷⁸⁴. Pour la Cour de justice de l'Union, l'impartialité constitue « la pierre angulaire du droit au procès équitable »²⁷⁸⁵. En ce sens, elle est un principe fondamental processuel qui doit être garanti par l'ensemble des procédures de règlements des différends.

706. Une reconnaissance nationale. Le Conseil constitutionnel reconnaît valeur constitutionnelle au principe d'impartialité en le rattachant à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789²⁷⁸⁶. Il n'a d'ailleurs « pas manqué de rappeler, par le biais des QPC, que cette garantie est au cœur de la fonction juridictionnelle »²⁷⁸⁷. En effet, dans sa décision n° 2011-147 QPC du 8 juillet 2011, le Conseil constitutionnel affirme que « le principe d'impartialité est indissociable de l'exercice de fonctions juridictionnelles »²⁷⁸⁸.

Dès lors, ce principe trouve une place centrale dans les « principes généraux » propres aux juridictions judiciaires, issus des articles L. 111-1 et suivants du Code de l'organisation judiciaire. L'article L. 111-5 du Code de l'organisation judiciaire prévoit en effet que « l'impartialité des juridictions judiciaires est garantie par les dispositions du présent code et celles prévues par les dispositions particulières à certaines juridictions ainsi que par les règles d'incompatibilité fixées par le statut de la magistrature ». L'impartialité est dès lors envisagée et contrôlée à plusieurs titres. Le droit positif français prévoit ainsi une protection afin de garantir l'impartialité du tiers. Il existe des mécanismes préventifs permettant de contester la composition du tribunal lorsqu'il existe un doute quant à l'impartialité d'un juge, tels que la récusation²⁷⁸⁹ ou le renvoi pour cause de suspicion légitime²⁷⁹⁰. Quant aux mécanismes curatifs,

²⁷⁸³ D. N. COMMARET, « Une juste distance ou réflexions sur l'impartialité du magistrat », *D.* 1998, p. 262.

²⁷⁸⁴ CEDH, 26 oct. 1984, *De Cubber c. Belgique*, req. n° 9186/80, § 30.

²⁷⁸⁵ CJUE, 1^{er} juill. 2008, *Chronopost SA et La Poste c. UFEEX et autres*, aff. C6341/06 P et C-342/06 P, § 46.

²⁷⁸⁶ Cons. Constit., déc. n° 2003-466 DC, 20 févr. 2003, cons. n° 23.

²⁷⁸⁷ S. GUINCHARD et a., *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, *op.cit.*, n° 493, p. 937 – Adde H. MOUANNES, « L'impartialité juridictionnelle dans le viseur de la QPC », *Constitutions*, 2012, 273. L'auteur s'interroge sur l'application, au Conseil Constitutionnel lui-même, des exigences qu'il manifeste envers les juridictions ordinaires.

²⁷⁸⁸ Cons. const., 8 juill. 2011, n° 2011-147 QPC, *M. Tarek J.*, *D.* 2012. 1638, obs. V. BERNAUD et N. JACQUINOT ; *AJ fam.* 2011. 435, obs. V. A.-R. ; *ibid.* 391, point de vue L. GEBLER ; *AJ pénal* 2011. 596, obs. J.-B. PERRIER ; *RSC* 2011. 728, chron. C. LAZERGES ; *ibid.* 2012. 227, obs. B. DE LAMY ; *RTD civ.* 2011. 756, obs. J. HAUSER ; *JO* du 9 juill. 2011, p. 11979, cons. 8.

²⁷⁸⁹ COJ, art. L. 111-6 et L. 111-7 ; CPC, art. 341 s. et art. 1027 – procédure développée en *infra* n°s 751 s.

²⁷⁹⁰ COJ, art. L. 111-8.

tout justiciable peut se fonder sur les dispositions de l'article 6 § 1 de la Convention européenne pour solliciter la cassation d'une décision en cas de violation de ce principe d'impartialité. Or, la jurisprudence constante de la Cour de cassation considère que la partie qui n'a pas fait usage de la possibilité de récuser un magistrat, alors qu'elle était en mesure de le faire, n'est plus recevable à invoquer devant elle la violation de l'article 6 § 1 de la Convention européenne²⁷⁹¹.

Dans le cadre du contentieux administratif, l'impartialité est également un principe général en vertu duquel nul ne peut être juge et partie à la fois²⁷⁹². Il est garanti à l'article L. 721-1 du Code de la justice administrative au titre de la possibilité d'user de la procédure de récusation²⁷⁹³.

707. Évolution et renouveau de l'exigence d'impartialité. Si l'exigence d'impartialité apparaissait déjà dans les textes bibliques²⁷⁹⁴, elle connaît un renouveau dans la société contemporaine. L'historien et sociologue Monsieur Pierre ROSANVALLON observait, en effet, « dans le monde contemporain une demande sociale d'impartialité forte encore plus exigeante. L'attente est de voir advenir une société d'impartialité, [...]. Se profile ainsi à l'horizon une société d'impartialité radicale »²⁷⁹⁵. L'exigence d'impartialité tend à l'adhésion des justiciables. Aussi, le principe doit être appréhendé largement.

Certains auteurs prônaient, à ce titre, une approche réaliste de l'impartialité. Monsieur le professeur Emmanuel JEULAND se demandait pourquoi il serait si grave qu'un juge ait un préjugé dans une affaire puisque « d'une certaine façon, un juge a toujours un préjugé, une intuition de départ qu'il essaie de confirmer ». Il précisait alors : « ce qui est grave (...) est d'avoir un préjugé qui empêche d'écouter les parties. Le principe d'impartialité cache donc une sorte d'obligation d'écoute »²⁷⁹⁶. Madame le professeur Marie-Anne FRISON-ROCHE s'est également prononcée en ce sens : « ce que l'impartialité interdit, ce n'est pas d'avoir une opinion, c'est de ne pas vouloir en changer, d'être dès le départ hors de portée du débat »²⁷⁹⁷. Le juge, qui doit être distant des parties dans le cadre du procès, doit cependant envisager la

²⁷⁹¹ Point développé ci-après, v. *infra* n° 760 : Cass., Ass. plén., 24 nov. 2000, n° 99-12.412, *Bull. Ass. Plén.*, n° 10, p. 17. – Pour la matière pénale : Cass., Ass. plén., 11 juin 2004, n° 98-82.323, *Bull. Ass. Plén.*, n° 1, p. 1.

²⁷⁹² M. GUYOMAR et B. SEILLER, *Contentieux administratif*, 6^e éd., Dalloz, Coll. « HyperCours », 2021, n° 726 s., pp. 397 et s. – v. aussi CE, sect. 27 avr. 1988, *Sophie*, Lebon 160 ; CE, ass., 23 févr. 2000, *Sté Labor Metal*, Lebon 83 ; 6 avr. 2001, *SA Entreprise Razel frères et Le Leuch*, Lebon 176.

²⁷⁹³ CJA, art. L. 721-1 : « La récusation d'un membre de la juridiction est prononcée, à la demande d'une partie, s'il existe une raison sérieuse de mettre en doute son impartialité » ; v. égal. CJA, R. 122-21-1 s. et R. 721-2 s.

²⁷⁹⁴ V. *supra* n° 702.

²⁷⁹⁵ P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Seuil, Les livres du nouveau monde, 2008, pp. 169 et 171.

²⁷⁹⁶ E. JEULAND, *Droit processuel général*, *op. cit.*, n° 216, p. 333.

²⁷⁹⁷ M.-A. FRISON-ROCHE, « L'impartialité du juge », *D.* 1999, chron. p. 53

situation attentivement afin de se défaire de ses préjugés inhérents à sa nature d'homme. Il en va de la considération objective de la situation présentée.

En outre, force est de constater que cette exigence d'impartialité ne s'applique pas exclusivement au corps judiciaire. Elle s'impose à tous les acteurs de la justice, qu'il s'agisse des magistrats²⁷⁹⁸ et des personnes agissant en exécution d'un mandat public²⁷⁹⁹. Du fait que les acteurs participent à l'œuvre de justice, ils doivent être impartiaux, c'est-à-dire remplir leur mission « en excluant toute considération étrangère à la cause »²⁸⁰⁰.

La large considération portée à cette exigence essentielle à la justice – tant relativement au comportement impartial qu'à la diversité des acteurs contraints au principe d'impartialité – a conduit à son ingérence au sein des règlements amiables des différends. L'exigence d'impartialité ne concerne pas uniquement le tiers juge mais, au-delà, le tiers médiateur ou conciliateur.

708. Reconnaissance de l'impartialité du tiers au règlement amiable. À la différence du principe d'indépendance qui a connu une véritable consécration au sein des règlements amiables par la récente loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire²⁸⁰¹, le principe d'impartialité a été reconnu comme nécessaire à la bonne réalisation du règlement amiable dès l'origine. En effet, la directive européenne 2008/52 imposait déjà aux États membres de « veiller à ce que la médiation soit menée avec efficacité, *impartialité* et compétence »²⁸⁰². Insérée tant dans la définition du « médiateur »²⁸⁰³, que dans les qualités attendues de la médiation²⁸⁰⁴, cette exigence d'impartialité trouvait une place centrale dans le régime général des modes amiables. L'exigence d'impartialité du médiateur est alors prévue à l'article 21-2 de la loi du 8 février 1995 depuis la transposition de la directive européenne²⁸⁰⁵. Elle a été ensuite consacrée à l'article 1530 du Code de procédure civile, propre au tiers intervenant dans le cadre des médiations et conciliations extrajudiciaires, par le décret

²⁷⁹⁸ « L'impartialité concerne tous les magistrats du siège comme du parquet » : Conseil supérieur de la magistrature, *Le recueil des obligations déontologiques des magistrats*, *op. cit.*, p. 21, n° 2.

²⁷⁹⁹ Concernant les experts, v. Cass. Civ. 2^e, 4 juin 2009, n° 08-11.163, *Bull.* 2009, II, n° 140 ; *Gaz. Pal.*, 3 nov. 2009, note N. FRICERO.

²⁸⁰⁰ D. ROETS, *Impartialité et justice pénale*, préf. J. PRADEL, thèse, éd. Cujas, Coll. « Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers », 1997-18, p. 18, § 9.

²⁸⁰¹ V. *supra* n° 666.

²⁸⁰² Dir. 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, préc., cons. 17.

²⁸⁰³ Dir. 2008/52/CE, préc., art. 3, b).

²⁸⁰⁴ Dir. 2008/52/CE, préc., art. 4, 2.

²⁸⁰⁵ Ord. n° 2011-1540 du 16 nov. 2011 portant transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, préc., art. 1.

d'application n° 2012-66 du 20 janvier 2012²⁸⁰⁶. Selon cet article, le tiers choisi par les parties « accomplit sa mission avec *impartialité*... ». Le *Guide de la conciliation* précise également que, dans le cadre de la conciliation conventionnelle, les parties bénéficient « de l'aide d'un tiers impartial qui les guidera dans leur démarche de recherche d'un compromis qui sera équitable et exécutable par chacune d'entre elles »²⁸⁰⁷.

En ce sens, quel que soit le domaine – judiciaire ou conventionnel – du mode amiable, le tiers intervenant doit être impartial. Cette exigence relative à la qualité du tiers est ainsi un droit pour le justiciable, qui peut s'engager librement dans un règlement amiable. Quoique précisée dans les textes de droit commun, l'exigence d'impartialité du tiers a également été consacrée dans les matières particulières, comme pour la médiation de la consommation²⁸⁰⁸. L'article L. 613-1 du Code de la consommation dispose en effet que « le médiateur de la consommation accomplit sa mission (...), en toute indépendance et *impartialité*... ».

709. En outre, dans la continuité d'une reconnaissance par les textes législatifs et réglementaires, les codes de déontologie n'ont pas hésité à affirmer le droit des parties à un médiateur ou conciliateur impartial. À ce titre, le Code national de déontologie du médiateur, adopté en 2009, assure que « le médiateur s'oblige à ne pas prendre parti ni privilégier l'une ou l'autre des personnes en médiation. Il s'interdit d'accepter une médiation avec des personnes avec lesquelles il a des liens d'ordre privé, professionnel, économique, de conseil ou autre. Le médiateur s'interdit d'avoir un intérêt financier direct ou indirect dans l'issue de la médiation. Il doit refuser la mission si l'un des membres de son équipe a agi, et/ou agit, en qualité autre pour l'une des personnes concernées par la médiation ». La posture du tiers revêt une importance largement prise en considération dans l'ensemble des textes relatifs à l'amiable. L'impartialité du tiers est un droit dont dispose chaque justiciable et le tiers lui-même doit en assurer le respect.

710. Si la reconnaissance de cette exigence d'impartialité du tiers ne surprend guère en raison du fait qu'il s'agisse d'un principe processuel fondamental, reconnu comme la base essentielle du procès équitable, se pose cependant la question de ses contours précis. En effet, les textes précités mettent régulièrement en exergue la nécessité de l'indépendance et de l'impartialité du tiers ou l'exigence de neutralité et d'impartialité du processus. Il est alors

²⁸⁰⁶ Décr. n° 2012-66 du 20 janv. 2012 relatif à la résolution amiable des différends, préc., art. 2.

²⁸⁰⁷ *Guide de la conciliation de justice*, préc., p. 24.

²⁸⁰⁸ Dir. 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil, du 21 mai 2013, relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE, préc.

essentiel de distinguer ces notions, afin de s'approcher au plus près des exigences attendues du tiers. L'appréciation précise de ses qualités tend à préserver l'offre d'une meilleure justice rendue aux citoyens. À la différence de l'indépendance²⁸⁰⁹, l'étude du principe d'impartialité du tiers confirme que cette exigence ne se conçoit « que par rapport à lui-même et non par rapport à des influences extérieures. Elle exclut tout militantisme, tout favoritisme de sa part et toute prétention idéologique »²⁸¹⁰. Pour autant, *quid* de la différence entendue entre l'impartialité et la neutralité du tiers régulièrement mise en avant ?

2. Distinction entre l'impartialité et la neutralité du tiers

711. Impartialité et neutralité, une distinction à opérer. L'impartialité assure le *bon* comportement du tiers à la procédure. Or, qu'en est-il de ce « bon comportement » ? Fait-il référence à la neutralité du tiers ? Si tel est le cas, l'impartialité serait assimilée à la neutralité. Or, à la lecture des textes, les deux exigences sont imposées individuellement, par le biais de la virgule employée ou par la conjonction de coordination « et »²⁸¹¹. La qualité du processus amiable incite ainsi au respect tant de la neutralité que de l'impartialité du tiers. Bien que l'impartialité soit régulièrement assimilée à l'exigence de neutralité, ces deux notions méritent d'être distinguées afin de cerner au mieux le principe étudié.

La neutralité désigne l'« absence de préférence [du tiers], tant à l'égard des parties qu'à l'égard de telle ou telle solution au problème »²⁸¹². Cette exigence impose que le tiers s'engage dans le règlement amiable de manière neutre, nonobstant des sentiments et des valeurs propres. Il doit être un tiers désintéressé. Or, eu égard à la définition de l'impartialité appréhendée ci-dessus, les deux caractéristiques que sont la neutralité et l'impartialité, dont doit faire preuve le tiers, sont difficilement différenciables. Elles sont parfois utilisées de façon interchangeable.

²⁸⁰⁹ Cf. *supra* nos 632 s.

²⁸¹⁰ J.-L. BERGEL, « Introduction générale », Colloque organisé par le Sénat, « L'office du juge », Paris, Palais du Luxembourg, 29 et 30 sept. 2006.

²⁸¹¹ V. Proposition de loi n° 1750 visant à développer et encadrer la médiation judiciaire et la médiation conventionnelle, Ass. Nat., 6 mars 2019, art. 2 et 11 ; Recomm. n° R(98)1 du Comité des ministres aux États membres sur la médiation familiale, adoptée par le Comité des Ministres le 21 janv. 1998, lors de la 616^e réunion des Délégués des Ministres, pt. 10 : « processus dans lequel un tiers, le médiateur, impartial et neutre... » ; *Adde* définition de la médiation donnée par M. GUILLAUME-HOFNUNG, in *La médiation*, 7^e éd., PUF, Coll. « Que sais-je ? », janv. 2015, p. 70 : « un processus de communication éthique reposant sur la responsabilité et l'autonomie des participants, dans lequel un tiers – impartial indépendant, neutre, avec la seule autorité que lui reconnaissent les médiateurs – favorise par des entretiens confidentiels l'établissement, le rétablissement du lien social, la prévention ou le règlement de la situation en cause ».

²⁸¹² A. PEKAR LEMPEREUR, J. SALZER et A. COLSON, *Méthode de médiation*, Malakoff, Dunod, 2008 (2018 pour la nouvelle présentation), p. 63.

D'ailleurs, en anglais, les termes *neutral*, *impartial*, et *unbiased*, sont rarement distingués. Pour autant, les deux notions présentent des aspects bien différents, qu'il est opportun de relever.

712. Impartialité et neutralité, distinction entre réalisme et idéalisme. Eu égard au caractère éminemment interactif des règlements amiables, il est généralement admis que le tiers à la procédure doit avoir une bonne capacité d'écoute et de communication. Le tiers doit entendre et échanger avec l'ensemble des parties de manière égale, et ce, afin de promouvoir le dialogue. De ce fait, nombre d'auteurs considèrent que la neutralité absolue du tiers au règlement amiable « relève du mythe »²⁸¹³. En effet, le tiers est assurément motivé par la réussite du processus amiable. Tout d'abord, le médiateur est rémunéré dans le cadre de sa mission de médiation. La conclusion de l'accord, aboutissant à la résolution du différend, met également en exergue ses compétences et sa capacité à mener à bien un règlement amiable. Le succès dudit règlement amiable le valorisera et assurera sa crédibilité. Il pourra notamment se prévaloir de cette expérience. En outre, la réussite du processus amiable peut répondre à des effets indirects que subissaient ou auraient pu subir le tiers lui-même. Enfin, et *a contrario*, elle peut lui apporter un certain bénéfice ; comme dans le cas d'une médiation menée par un copropriétaire à l'égard d'un conflit entre deux autres voisins. Dès lors, le tiers peine à maintenir cette distance et cette indifférence imposées par la neutralité à laquelle il doit répondre. Bien que l'exigence de neutralité soit porteuse de sens et permette de garantir aux parties un processus équitable, elle présente des limites. Le for intérieur du tiers est impénétrable. Dès lors, afin de résoudre cette difficulté, il s'agit davantage d'apprécier la manifestation de cette neutralité aux yeux des parties que la réalité même de cette neutralité. Tel est l'enjeu du principe d'impartialité. Messieurs les professeurs Alain PEKAR LEMPEREUR, Jacques SALZER et Aurélien COLSON affirment que « la seule manière d'opérationnaliser la neutralité – c'est-à-dire d'en concrétiser les effets positifs malgré les préférences ou les intérêts que porte en lui le médiateur –, c'est par l'impartialité du processus : est impartial le médiateur qui, quel que soit son avis intime sur une question, maintient strictement l'équilibre du processus par lequel les parties apporteront leur réponse à cette question »²⁸¹⁴. La distinction entre la neutralité et l'impartialité témoigne alors de l'idéal attendu sous le prisme de la réalité. Le tiers a nécessairement une idéologie personnelle, des sentiments et des valeurs propres. Aussi, bien qu'il ne puisse être

²⁸¹³ A. PEKAR LEMPEREUR, J. SALZER et A. COLSON, *Méthode de médiation*, Dunod, 2008, p. 63 ; Déjà démontré par J. BERCOVITCH et J. RUBIN (eds), *Mediation in International Relations : Multiple Approaches to Conflict Management*, New York, St Martin's Press, 1992, 301 p.

²⁸¹⁴ A. PEKAR LEMPEREUR, J. SALZER et A. COLSON, *Méthode de médiation*, *op. cit.*, p. 65.

neutre au sens strict, le respect de l'exigence d'impartialité permet d'apprécier plus objectivement sa qualité.

713. L'impartialité, assurance de l'attitude neutre du tiers. Les exigences d'impartialité et de neutralité peuvent être distinguées au regard de la posture, objective ou subjective, du tiers. Monsieur Jacques FAGET considère, à ce titre, que la notion d'impartialité renvoie à « une posture objective qui exige de ne pas prendre parti », alors que celle de la neutralité est « plus subjective, et probablement inaccessible » dans le sens où « tout médiateur est “travaillé” par des sentiments, des valeurs »²⁸¹⁵. L'impartialité manifeste ainsi la pensée rationnelle du tiers qui se base sur des faits. La neutralité, quant à elle, se base sur l'absence de croyances personnelles ou de sentiments. Le constat opéré quant à l'inaccessibilité de la neutralité par le tiers au règlement amiable apparaît dès lors légitime, et ce, au regard de la condition d'homme du tiers, dans sa grandeur et dans ses limites.

Dans la continuité de cette vision, d'autres auteurs admettent que la distinction entre l'impartialité et la neutralité se base sur l'exigence externe ou interne du tiers. Selon Messieurs les professeurs Alain PEKAR LEMPEREUR, Jacques SALZER et Aurélien COLSON, l'impartialité qualifie la perception qu'ont les personnes de l'attitude du médiateur, c'est-à-dire ce qu'il donne à voir²⁸¹⁶. *A contrario*, la neutralité désigne la situation « vécue par le médiateur »²⁸¹⁷. À cet égard, l'impartialité témoigne et fait connaître l'exigence de neutralité. Elle impose au tiers « une mise à distance de sa subjectivité, une prise de conscience de ses projections de ses affects et des résonances existant entre la situation des personnes et son propre vécu »²⁸¹⁸. La neutralité correspondrait à une exigence interne au médiateur, dont le respect serait dévoilé par le principe d'impartialité. Dès lors, peu importe que le tiers soit totalement neutre ; ce qui relève certainement de l'utopie²⁸¹⁹. La situation attendue en pratique s'apparente davantage au comportement du tiers qui, bien qu'il ne soit pas neutre au sens strict du fait qu'il ressente une préférence sur le fond, veille à ce que ses sentiments personnels n'interfèrent dans sa mission. L'essentiel est qu'il démontre aux parties une attitude neutre. L'impartialité révèle alors un mélange entre l'idéalisme espéré par les acteurs au processus et le réalisme du point de vue extérieur.

²⁸¹⁵ J. FAGET, « Les métamorphoses du travail de paix : État des travaux sur la médiation dans les conflits politiques violents », *Revue française de science politique*, vol. 58, n° 2, avr. 2008, pp. 309-333.

²⁸¹⁶ A. PEKAR LEMPEREUR, J. SALZER et A. COLSON, *Méthode de médiation*, op. cit., p. 66 – repris et cité in N. FRICERO et a., *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, op.cit., n° 221.102, p. 217.

²⁸¹⁷ A. PEKAR LEMPEREUR, J. SALZER et A. COLSON, *Méthode de médiation*, op. cit., p. 65.

²⁸¹⁸ N. FRICERO et a., *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, op.cit., n° 221.102, p. 217.

²⁸¹⁹ Le tiers neutre et impartial apparaît comme le tiers idéal.

714. L'analyse de ces deux conceptions tend ainsi à distinguer les deux notions et à contrôler leur respect de manière indépendante l'une de l'autre. L'exigence de neutralité semble devoir être appréciée comme une exigence interne et subjective au tiers ; bien que celle-ci ne soit que théorique. L'impartialité s'apprécierait, quant à elle, de manière objective au regard de la posture démontrée par le tiers aux yeux de tous. Le respect du principe d'impartialité est observable par le comportement du tiers. Le tiers contrôle et répond, par lui-même, à cette exigence, alors que sa neutralité lui échappe.

Si la doctrine dominante souhaite que l'impartialité du tiers au règlement amiable soit un critère fondamental de réussite du processus, cela s'explique notamment au regard de son objectivité. L'impartialité répond à l'attitude que doit adopter le tiers intervenant afin de gagner la confiance des justiciables et créer les conditions de sa légitimité. Il est alors question d'apprécier l'opportunité et les enjeux à la reconnaissance de l'exigence d'impartialité au sein des règlements amiables.

B) Opportunité et enjeux de la reconnaissance de l'impartialité du tiers au règlement amiable

715. **Un devoir protecteur de justice.** Le tiers intervenant dans les règlements amiables des différends ne juge pas. Il réalise seulement une mission d'accompagnement des parties au cours du processus de résolution de leur propre différend. De ce fait, comme cela a déjà été relevé dans le cadre de l'étude relative au principe d'indépendance, la question de la considération portée à l'exigence d'impartialité du tiers peut se poser.

Le respect conféré à ce principe fondamental d'impartialité, composante du procès équitable, entretient la qualité du processus amiable. Dans le cas où le tiers est partial et qu'il favorise l'une des parties au processus en raison d'un parti pris sur le contexte de l'espèce²⁸²⁰, le processus perd l'entièreté de sa substance. Il ne fait plus œuvre de justice, mais participe à la conclusion d'un accord au seul bénéfice de l'une des parties. Plus encore, l'attitude partielle du tiers porte atteinte aux droits de l'autre participant. Le rôle du tiers apparaît alors d'autant plus important puisqu'il garantit tant le respect de la justice amiable que les droits et la liberté des parties au processus. À cet égard, l'impartialité ne peut être reléguée au seul domaine du juge.

²⁸²⁰ Il peut notamment favoriser la partie en lui attribuant un temps de parole plus long ou en lui donnant raison au cours de la discussion.

L'impartialité est « un devoir auquel nul n'échappe »²⁸²¹. Le tiers au processus amiable doit ainsi être impartial. Il s'agit d'un devoir assumé par le tiers (1.) afin de garantir la légitimité de la justice amiable (2.).

1. L'impartialité, un devoir assumé par le tiers

716. La posture du tiers pour maintenir l'équilibre du processus. Le respect du principe de l'impartialité du tiers dépend largement de l'attitude de ce dernier. Sa posture est en effet essentielle pour garantir l'exigence d'impartialité. Il doit œuvrer afin de maintenir strictement l'équilibre du processus amiable. Bien qu'il ne tranche pas le différend en cause, le tiers conduit le déroulement du processus. Il est un de ses devoirs de promouvoir l'équilibre et la qualité de la procédure amiable par un comportement distancié de chaque partie. Il doit être capable de prendre du recul eu égard à la situation qui lui est présentée, de ne pas considérer sa propre manière d'être mais au contraire de se concentrer sur la dimension relationnelle en cause. Sa conscience de tiers l'oblige à ne prendre parti ni pour l'une ni pour l'autre des parties. Il doit cultiver l'équidistance entre les parties au processus, et, au-delà, témoigner de cette mise à distance.

Le respect de l'exigence dépendra en ce sens de la capacité du tiers à être perçu comme un acteur impartial. Il lui revient de démontrer qu'il n'obtiendra aucun bénéfice à aider l'un des protagonistes. Cette appréhension du gain éventuel est essentielle à l'approche objective. Il s'agit, pour le tiers, de mettre en avant son indifférence à la solution issue de la procédure suivie. Or, indifférence au résultat ne signifie pas indifférence à la situation des parties. Autrement, le mode amiable perdrait de sa superbe. Aussi l'impartialité se distingue-t-elle de l'indépendance. Alors que l'indépendance s'apprécie au regard des conditions extérieures²⁸²², l'impartialité dépend de l'état du tiers lui-même. Au-delà d'un nécessaire savoir-faire pour conduire le processus amiable, l'exigence d'impartialité impose un certain savoir-être. Le tiers est gardien du respect de ce principe dans le sens où il doit le respecter lui-même. Sa légitimité vient alors de ce qu'il met en jeu le dialogue et respecte les principes fondamentaux, à l'instar du principe

²⁸²¹ D. N. COMMARET, « Une juste distance ou réflexions sur l'impartialité du magistrat », *D.* 1998, p. 262. L'auteur relève notamment que les magistrats du parquet sont également contraints par ce devoir d'impartialité. Une décision du CSM est ainsi mise en exergue, dans laquelle il est affirmé qu'« en prenant des décisions de poursuite ou de classement dans des procédures mettant en cause des personnes avec lesquelles il était en relation d'affaires, [le magistrat] a pu faire légitimement douter de l'impartialité du parquet et... il a ainsi, manquant aux devoirs de son état, commis une faute disciplinaire d'une particulière gravité » (CSM, 21 déc. 1994).

²⁸²² V. *supra* nos 632 s.

d'impartialité. Ainsi, dès que le tiers intervenant au processus amiable estime qu'il pourrait y avoir un doute sur son impartialité, il doit renoncer à accompagner les parties dans le processus²⁸²³. Ce devoir s'apparente alors à l'abstention, réalisée par le juge dans une situation similaire.

717. Nécessaire abstention du tiers en cas de doutes sur son impartialité. La présence d'un magistrat dans un procès peut en effet être mise en cause. Si elle l'est par le magistrat lui-même, l'incident prend la forme d'une abstention. L'abstention est l'incident soulevé par le juge lorsqu'il suppose l'existence d'une cause de récusation en sa personne ou qu'il estime devoir s'abstenir en conscience²⁸²⁴. Le juge peut ainsi décider lui-même de ne pas prendre part à une instance en raison d'une éventuelle future récusation ou de sa propre analyse du contexte. Il s'agit d'une anticipation du risque ou d'une prise de conscience utile à la bonne justice. Si la question relative à la possible récusation du tiers sera appréciée ultérieurement²⁸²⁵, l'analyse de la situation et des incertitudes quant à sa possible partialité doit être réalisée, en amont, par le tiers médiateur ou conciliateur. Ainsi que le précise le Code de déontologie du médiateur précité, le médiateur doit, dans un tel cas, refuser d'accomplir la mission. La Commission d'évaluation et de contrôle de la médiation de la consommation (CECMC) a prévu la même exigence pour le médiateur de la consommation²⁸²⁶. Concernant le conciliateur, le *Guide de la conciliation de justice* affirme également qu'il « devra s'abstenir d'intervenir s'il a un intérêt personnel dans le différend ou lorsque des parents, des amis ou des proches sont impliqués dans la conciliation. Dans ce cas, il renvoie les parties devant un autre conciliateur de justice, si cela est possible, ou il les invite à demander une conciliation au juge »²⁸²⁷. Il s'agit pour les médiateurs et les conciliateurs de prévenir les situations dans lesquelles pourrait naître, dans l'esprit des parties, un doute légitime quant à son impartialité. Ce devoir assumé par le tiers intervenant au règlement amiable participe de la confiance que les citoyens peuvent porter à la justice amiable.

²⁸²³ V. en ce sens le Code de déontologie du médiateur (2009) précité.

²⁸²⁴ COJ, art. L. 111-7. Sur l'obligation de s'abstenir si les conditions de l'abstention sont remplies, v. CA Toulouse, 9 mars 2001, *D.* 2002, p. 359, note B. BEIGNIER ; À ce sujet v. L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 10^e éd., LexisNexis, 2017, p. 576.

²⁸²⁵ V. *infra* nos 765 s.

²⁸²⁶ Sur le fondement de l'article L. 613-1 du Code de la consommation, la CECMC reconnaît que « le médiateur, personne physique, doit refuser toute médiation de la consommation avec des consommateurs ou des professionnels relevant de sa clientèle au titre de ses autres activités. Inversement, il doit prendre l'engagement de refuser, au titre de ces autres activités, toute relation avec des consommateurs ou des professionnels qu'il aurait connus dans le cadre d'une médiation de la consommation », C08-2 Exigences spécifiques pour le médiateur, personne physique, exerçant simultanément d'autres activités supplémentaires, 19 mai 2017.

²⁸²⁷ Le *guide de la conciliation de justice*, préc., p. 13.

718. À cet égard, le Conseil supérieur de la magistrature avait souligné l'importance qu'il accorde au principe d'impartialité dans une décision du 12 mars 1997²⁸²⁸. En admettant que les faits retenus et leur répétition au cours du temps avaient donné « une image dégradée » tant du magistrat dont il était question que de l'institution judiciaire, il reconnaissait l'affaiblissement évident de « la confiance des justiciables dans l'impartialité qu'ils sont en droit d'exiger de leurs juges ». Aussi affirmait-il que « de telles fautes sont contraires à l'honneur et partant exclues du bénéfice de l'amnistie ».

La réaction du tiers – magistrat, médiateur ou conciliateur – afin de répondre à l'exigence d'impartialité témoigne de son honnêteté envers la justice, l'État et ses citoyens. Elle sauvegarde ainsi la grandeur de la justice et la confiance des justiciables.

2. L'impartialité, fondement de légitimité de la justice amiable

719. **Impartialité, assurance de la confiance envers la justice.** Ainsi que le relevait Madame Dominique Noëlle COMMARET, avocat général à la Cour de cassation, l'impartialité est un « devoir d'état et d'État »²⁸²⁹. Outre l'importance relative au rôle du tiers au processus et à l'appréciation de sa posture, l'impartialité doit être garantie prioritairement au regard de son impact sur la justice, dans son sens le plus authentique. Se plaçant du point de vue de l'utilisateur, Monsieur DRAÏ, alors premier président honoraire de la Cour de cassation, considérait l'impartialité du juge en termes de confiance. Selon lui, « aller vers son juge en toute confiance, avec la seule volonté de le convaincre par la force du raisonnement ou la richesse de ses arguments, c'est la seule démarche possible d'un homme libre, dans un pays de liberté »²⁸³⁰. Cette approche peut être aisément transposée dans le cadre de la justice amiable. La confiance des usagers envers le tiers médiateur ou conciliateur est la promesse d'un règlement amiable constructif, qui dispose de tous les atouts pour assurer sa réussite. S'engager dans un règlement amiable avec un tiers en toute confiance, en ayant la seule volonté de dialoguer et d'œuvrer avec l'ensemble des participants pour résoudre le différend en cause, telle est bien la seule démarche possible d'un homme libre, dans un pays de liberté, qui offre à ses citoyens diverses manières équitables de résoudre les conflits qui les opposent. L'impartialité du tiers conduit à la confiance des justiciables en leur justice, qu'elle soit amiable ou judiciaire. Dans le cadre de

²⁸²⁸ Conseil supérieur de la magistrature statuant comme conseil de discipline des magistrats du siège, déc. S096CE, 13 mars 1997, consultable sur le site du CNB.

²⁸²⁹ D. N. COMMARET, « Une juste distance ou réflexions sur l'impartialité du magistrat », *D.* 1998, p. 262.

²⁸³⁰ Cité *in art. préc.*

la justice étatique, les justiciables accepteront la décision rendue au nom du peuple français parce que le juge est un professionnel du droit distant de l'intérêt des parties en présence. Dans le cadre de la justice amiable, ils n'hésiteront pas à se confier – notamment dans le cadre des apartés²⁸³¹ – et à écouter les conseils du tiers pour participer à la résolution de leur différend. En ce sens, « l'impartialité n'est pas une règle parmi d'autres, elle est l'essence du jugement »²⁸³² et du règlement amiable. Dès lors, elle mérite un contrôle précis.

Pourtant, ce contrôle de la distance nécessaire entre le tiers et les parties à la procédure n'est pas simple à réaliser. Comment ne pas douter de la partialité des acteurs de la justice alors que les liens entre les institutions judiciaires, les institutions de l'État, les partenaires sociaux-économiques et la société civile se multiplient ? En effet, le jury populaire de la cour d'assises ou les juges de la justice consulaire ou prud'homale, qui ne sont autres que des commerçants, salariés, ou employeurs, interrogent quant à leur impartialité en termes d'apparences. Les magistrats professionnels, eux-mêmes, se voient confier de multiples attributions. Ils peuvent notamment intervenir en tant que gestionnaire, administrateur, responsable d'association para-administrative. Également, les avocats peuvent développer leurs activités, en tant que médiateurs notamment. Dans le domaine des règlements amiables, les profils des médiateurs sont extrêmement variés²⁸³³. Le développement d'un monde en réseau diversifie les liens entre les acteurs de la société. Dès lors, comment maintenir l'exigence d'impartialité et l'absence de tout doute à son égard, alors que le monde ne cesse de promouvoir les liens sociaux ? L'appréhension de l'impartialité du tiers apparaît dès lors complexe.

Sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme, l'impartialité est appréciée selon une conception extensive qui met en exergue deux approches : l'approche objective, tenant aux fonctions exercées par le tiers, et l'approche subjective, tenant à la personne même du tiers²⁸³⁴.

²⁸³¹ Cf. n° 567.

²⁸³² E. JEULAND, *Droit processuel général*, op. cit., n° 203, p. 322.

²⁸³³ Il peut s'agir de membres de professions réglementées ou d'associations, par exemple.

²⁸³⁴ Également dénommées impartialité fonctionnelle et impartialité personnelle, in R. KOERING-JOULIN, « Le juge impartial », *Justices*, n° 10, avr.-juin 1998, pp. 1-17, spéc. p. 2. L'auteur justifie ce choix : « [...] l'idée même d'un "préjugé" ou d'un "parti pris" habitant l'esprit d'un juge évoque [...] une approche psychologique, subjective de l'attitude de ce dernier ; ensuite et surtout parce que l'impartialité qualifiée de subjective ne se décèle [...] qu'à travers des détecteurs le plus souvent objectifs ».

Paragraphe 2 : Les approches objective et subjective de l'impartialité du tiers dans les règlements amiables

720. Appréciation de l'impartialité selon une double démarche. L'observation de la qualité de la posture impartiale du tiers est plus complexe qu'il n'y paraît. Il n'existe pas un seul critère permettant de reconnaître si le tiers est partial ou non. Au contraire, une multiplicité d'indices a pu être relevée par la jurisprudence. Afin de garantir le droit de tout justiciable à un tiers impartial, et par là même à un procès équitable, la Cour européenne a dégagé deux conceptions du principe d'impartialité : « Si l'impartialité se définit d'ordinaire par l'absence de préjugé ou de parti pris, elle peut, notamment sous l'angle de l'article 6 § 1 (art. 6-1) de la Convention, s'apprécier de diverses manières. On peut distinguer sous ce rapport entre une démarche subjective, essayant de déterminer ce que tel juge pensait dans son for intérieur en telle circonstance, et une démarche objective amenant à rechercher s'il offrait des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime »²⁸³⁵. Il convient alors de distinguer l'approche objective de l'impartialité (A) de l'approche subjective (B) ; tout en appréhendant les situations qui présentent un risque d'atteinte à ce principe dans les règlements amiables.

A) L'approche objective

721. Exclusion de tout doute légitime. L'approche dite objective, fonctionnelle ou organique de l'impartialité s'intéresse à l'apparence. Le tiers doit être objectivement impartial, n'offrant aucune prise à un doute légitime. Dans son arrêt *Morel c. France*, du 6 juin 2000, la Cour européenne rappelle que l'impartialité au sens de l'article 6 § 1 de la Convention s'apprécie selon une double démarche, dont l'une « amène à s'assurer que [le juge] offrait des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime »²⁸³⁶. Cette démarche conduit alors, selon la Cour, « à se demander, lorsqu'une juridiction collégiale est en cause, si, indépendamment de l'attitude personnelle de tel de ses membres, certains faits vérifiables autorisent à mettre en cause l'impartialité de celle-ci. En la matière, même les apparences peuvent revêtir de l'importance. Il en résulte que pour se prononcer sur l'existence, dans une espèce donnée, d'une raison légitime de craindre d'une juridiction un défaut d'impartialité, le point de vue du ou des intéressés entre en ligne de compte mais ne joue pas un rôle décisif.

²⁸³⁵ CEDH, 1^{er} oct. 1982, *Piersack c. Belgique*, req. n° 8692/79, § 30.

²⁸³⁶ CEDH, 6 juin 2000, *Morel c. France*, req. n° 34130/96, § 40.

L'élément déterminant consiste à savoir si les appréhensions de ceux-ci peuvent passer pour objectivement justifiées »²⁸³⁷. Dans la continuité, la Cour de cassation a jugé que l'impartialité doit s'apprécier objectivement au regard des fonctions exercées et des actes accomplis par les personnes composant la formation de jugement²⁸³⁸.

722. Cette approche objective s'apprécie sans tenir compte du comportement personnel du juge ou de ses convictions. Elle repose sur des considérations extérieures au juge. Ainsi, tout juge placé dans la même situation verrait son impartialité appréciée de manière identique. En effet, elle s'observe au regard du seul exercice des fonctions auxquelles le magistrat est affecté. En ce sens, cette approche se fonde principalement sur le principe de séparation des fonctions²⁸³⁹. Tout juge qui a connu de l'affaire à un titre ou à un autre ne peut ensuite participer à la formation de jugement. Pour la clarté du propos, la doctrine distingue entre trois hypothèses : celle où la partialité tient à l'exercice successif et cumulatif de fonctions administratives et juridictionnelles ; celle où elle tient à l'exercice successif et cumulatif par le même juge, pour la même affaire et au cours de la même instance, de fonctions judiciaires distinctes ; celle où elle tient à la connaissance par le juge des mêmes faits pour les mêmes parties, mais à des instances différentes, qu'elles soient successives ou parallèles²⁸⁴⁰. Dans ces hypothèses, il est des situations pour lesquelles le risque de préjugement est certain, et d'autres où il est plus discuté. Pour illustration, en matière pénale, les trois grandes fonctions judiciaires – poursuite, instruction et jugement – sont clairement différenciées. De ce fait, le magistrat qui intervient dans le cadre de la poursuite ou de l'instruction ne peut faire partie de la formation de jugement de la même affaire²⁸⁴¹. L'appréciation de l'impartialité du magistrat dans les autres matières exige cependant une analyse développée quant à la réalisation d'un préjugement de l'affaire, puisqu'en effet, « qui préjuge ne saurait juger »²⁸⁴².

723. L'affirmation de MONTESQUIEU, selon laquelle les juges « ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force, ni la rigueur »²⁸⁴³ est désormais obsolète. La fonction du juge ne saurait se limiter à ce que certains

²⁸³⁷ CEDH, 6 juin 2000, *Morel c. France*, req. n° 34130/96, § 42.

²⁸³⁸ Cass., Civ. 2^e, 23 sept. 2010, n° 09-17.114, *Bull.* 2010, II, n° 158.

²⁸³⁹ En matière pénale, v. not. S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, 13^e éd., LexisNexis, 2020, n° 115, pp. 109 s.

²⁸⁴⁰ Pour une présentation d'ensemble de ces trois catégories, v. S. GUINCHARD et a., *Droit processuel*, *op. cit.*, n°s 495 s., pp. 941 s.

²⁸⁴¹ La Cour européenne a reconnu la partialité d'un membre du parquet alors qu'il avait présidé subséquemment la cour d'assises concernant l'intéressé (*Piersack c. Belgique*, 1982, préc.). Elle a confirmé sa position concernant un juge d'instruction qui avait ensuite jugé au fond (*De Cubber c. Belgique*, 1984, préc.).

²⁸⁴² S. GUINCHARD et a., *op. cit.*, n° 495, p. 941.

²⁸⁴³ MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, Livre XI, Chap. VI.

ont pu appeler de la simple « légidiction mécanique »²⁸⁴⁴. Le juge ne démontre aucune inertie dans le système juridique. Au contraire, il en est un véritable acteur²⁸⁴⁵. À ce titre, il doit intervenir dans le cadre des missions qui lui sont dévolues précisément et le cumul des fonctions est en principe interdit²⁸⁴⁶. En effet, la marge de liberté et d'initiative reconnue au juge encourage la crainte légitime que le juge qui s'est prononcé une première fois sur l'affaire répugne à se déjuger ensuite. Le débat alors nouvellement introduit devant ce juge apparaît faussé. Certains n'hésitent d'ailleurs pas à l'assimiler à « une parodie de justice »²⁸⁴⁷.

724. Eu égard au développement de la complémentarité entre la justice amiable et la justice étatique, la situation selon laquelle le tiers appelé à trancher un litige est intervenu préalablement en tant que tiers conciliateur ou médiateur interroge. Certes, l'approche objective de l'impartialité est nécessairement observée postérieurement au processus amiable, en raison de l'exercice successif et cumulatif par le même tiers, pour la même affaire, de fonctions de conciliateur puis de juge ou de médiateur puis d'arbitre. Pour autant, ces cumuls de fonctions, jugés incompatibles, causent nécessairement du tort à la mise en œuvre d'un processus amiable au profit de la saisine directe du juge ou d'un arbitre.

725. Cumul des fonctions de juge-conciliateur et de juge du contentieux. Lorsque, à l'issue de leur tentative de conciliation judiciaire, les parties sont parvenues à un accord, elles « peuvent toujours demander au juge de constater leur conciliation »²⁸⁴⁸. Cependant, lorsqu'aucun accord n'est trouvé, le juge, qui est resté saisi de l'affaire, sera de nouveau amené à en connaître aux fins de jugement. De juge-conciliateur, il interviendra en tant que juge du contentieux. « 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 »²⁸⁴⁹. En effet, dans le cadre d'une conciliation judiciaire, le juge peut jouer un rôle actif dans la recherche de l'accord. Il peut notamment « procéder à des incursions dans la discussion entre les parties, orienter la suite des échanges, faire émerger les éléments d'une conciliation »²⁸⁵⁰. Bien qu'il ne puisse imposer une solution, le juge conciliateur guide les parties et peut leur donner des pistes

²⁸⁴⁴ J.-L. BERGEL, « Introduction générale », Colloque organisé par le Sénat, « L'office du juge », préc.

²⁸⁴⁵ À tel point que des doutes quant à la perspective d'une véritable déjudiciarisation aient été exposés, v. les développements *supra* n^{os} 126 s.

²⁸⁴⁶ Exception notamment pour le juge des enfants qui participe à l'instruction et au jugement : CEDH, 24 août 1993, *Nortier c. Pays-Bas*, req. n^o 13924/88 et CEDH, 2 mars 2010, *Adamkiewicz, c. Pologne*, req. n^o 54729/00 ; *D.* 2010, p. 1324, note P. BONFILS ; *RSC* 2010, p. 687, obs. D. ROETS ; *Rev. pén. et dr. pén.* 2010, p. 701, obs. J.-P. RENUCCI ; *Rev. pén. et dr. pén.* 2010, p. 714, obs. A. GOUTTENOIRE.

²⁸⁴⁷ G. SANSONE, « Qui préjuge ne saurait juger », *Dalloz actualité*, Dalloz, 25 juin 2020.

²⁸⁴⁸ CPC, art. 129-1.

²⁸⁴⁹ J. JOLY-HURARD, *Conciliation et médiation judiciaires*, *op. cit.*, n^o 602, p. 377.

²⁸⁵⁰ N. FRICERO et a., *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, *op.cit.*, n^o 111.13, p. 28.

de réflexion pour résoudre le différend qui les oppose. Il est alors présent dans le cercle de l'amiable et apprécie l'ensemble des comportements des participants. Aussi, lorsque le juge est amené à connaître de nouveau de l'affaire aux fins de jugement, le risque est grand que celui-ci se soit forgé une opinion pour la suite à donner. Le fait, pour un même juge, de connaître deux fois de la même affaire, en tant que juge-conciliateur puis en tant que juge du jugement, interroge quant à un possible cas de partialité fonctionnelle. Il semble en effet que ce cumul des fonctions – conciliatrice puis juridictionnelle – puisse conduire à perturber la pleine neutralité de jugement du juge et à le rendre partial au titre de l'article 6 § 1 de la Convention européenne. La compatibilité des fonctions successives de conciliation et de jugement doit alors être étudiée. Au titre de la complémentarité établie entre les procédures amiables et contentieuses, il s'agit en effet 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 parties²⁸⁵¹. Ainsi que l'appréhende la Cour européenne, il s'agit bien de « faits vérifiables »²⁸⁵², susceptibles de provoquer des craintes ou des appréhensions « objectivement justifiées »²⁸⁵³ chez les parties.

726. Alors que le juge connaît de l'affaire une seconde fois, le risque que le litige soit tranché en considération de ce qui a été dit ou fait au cours du processus amiable ayant échoué est important. En effet, la présence du juge aux négociations peut conduire à ce qu'il ne soit pas indifférent lorsqu'il tranchera. La décision du juge peut être influencée à plusieurs titres.

D'une part, le juge peut être amené à rendre une décision se rapprochant au plus près de ce que les parties avaient envisagé. Le juge, ayant été attentif aux dénégations, oppositions et controverses lors du processus amiable, peut en effet être tenté de rendre un jugement qui correspondrait peu s'en faut aux attentes des parties. Le jugement est alors influencé par les négociations antérieures.

D'autre part, le juge peut être motivé à favoriser la partie ayant été la plus impliquée dans la conduite et le déroulement de la procédure amiable. Pour illustration, si au cours du processus de conciliation, l'une des parties s'est maintenue dans l'opposition et le refus systématique de toute proposition, le juge peut être tenté de sanctionner ce comportement

²⁸⁵¹ Cf. CPC, art. 128.

²⁸⁵² Critères retenus par la Cour européenne dans l'arrêt *Morel c. France*, préc., § 42.

²⁸⁵³ *Ibid.*

impropre à la réussite de l'amiable²⁸⁵⁴. La participation active du juge dans la conciliation peut alors avoir pour effet de perturber les conditions d'exercice de la *jurisdictio*. À ce titre, il est à craindre que le juge se fasse « juge de la conciliation » alors qu'il « devrait être juge du litige »²⁸⁵⁵. La réalisation de la conciliation judiciaire par le juge lui-même, avant qu'il n'intervienne en qualité de juge étatique si aucun accord n'est trouvé, implique tout d'abord une appréciation du contexte conflictuel de l'affaire, préalablement à la mission juridictionnelle qui sera réalisée. En outre, la participation active du juge dans le processus donne lieu à une véritable prise de conscience des comportements des parties dans la résolution du différend et de leur rôle dans l'intensification du conflit. Il peut en effet constater l'attitude des parties, qu'elle soit coopérative et bienveillance ou agressive et hostile. L'intervention renouvelée du juge dans cette affaire laisse alors supposer, par avance, à ce qu'il soit bien ou mal disposé à l'égard des parties. Cette première attention portée au contexte de l'affaire, dans le cadre de la tentative amiable, peut dès lors être assimilée à un préjugement ; en ce que le juge sera « particulièrement sensible aux qualités et aux défauts »²⁸⁵⁶ des parties. Ce préjugement, « que les Anglais appellent préjudice »²⁸⁵⁷, cause ainsi du tort aux parties qui décident de s'engager dans un règlement amiable. Or, la procédure amiable est confidentielle et le comportement des parties durant le processus amiable ne doit en aucun cas influencer la suite de l'affaire au contentieux. Dès lors, au-delà de l'atteinte causée au principe d'impartialité, et plus largement au droit à un procès équitable, la possibilité d'un cumul de fonctions – conciliatrices et juridictionnelles – du juge conduit également à reconnaître une atteinte à l'exigence de confidentialité, qui est un principe essentiel aux règlements amiables²⁸⁵⁸.

727. À ce titre, plusieurs auteurs considèrent fermement que le juge ne peut être conciliateur²⁸⁵⁹. Certains reconnaissent qu'« il est extrêmement difficile de proposer une solution et, par la suite, d'avoir à émettre un jugement »²⁸⁶⁰. D'autres, affirment clairement que

²⁸⁵⁴ En ce sens Pierre DRAÏ s'interrogeait sur la position du juge s'il constatait que l'une des parties avait « mis des bâtons dans les roues de l'autre » et avait « empêché l'accord de se réaliser ». Il mettait dès lors en exergue le danger d'une possible partialité du juge, in *Médiations judiciaires : Témoignages de praticiens avertis*, recueillis par P. CATALA et A. GHOZI, mis en forme par J. JOLY-HURARD, Rapp. de recherche du Centre d'Études des Modes Alternatifs de Règlement des Conflits (C.E.M.A.R.C), « Mission de Recherche Droit et Justice », Paris, *La documentation Française*, 1999, v. Première table ronde : La mise en œuvre de la médiation judiciaire.

²⁸⁵⁵ S. GUINCHARD et a., *Droit processuel*, op. cit., p. 1509.

²⁸⁵⁶ V. GIDE, *Journal*, 1929, p. 912 : concernant le préjugement des critiques de livres.

²⁸⁵⁷ *Ibid.*

²⁸⁵⁸ Sur ce principe, v. les développements *supra* nos 486 s.

²⁸⁵⁹ J. VAN CAMPERNOLLE, « Le juge et la conciliation en droit judiciaire belge », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, *Mél. offerts à R. Perrot*, Dalloz, 1996, p. 528 et s.

²⁸⁶⁰ J. BON, « La pratique de la médiation », in *La médiation*, colloque du 17 oct. 1995, organisé et publié par l'IEA, p. 41.

« si le juge tente directement de concilier les parties et qu'il échoue, il va se trouver nécessairement disqualifié pour juger ensuite le litige »²⁸⁶¹.

Bien que l'étude confirme la difficulté à admettre ce cumul de fonctions du juge, l'hypothèse établie par l'article 21 du Code de procédure civile ne peut être ignorée. En effet, « il entre dans la mission du juge de concilier les parties ». Dès lors, comment concilier le principe selon lequel le juge doit agir en tant que conciliateur, ce qui consacre un cumul de fonctions légal, et le droit pour tout justiciable de présenter ses prétentions devant un juge impartial ?

Si certains auteurs admettent que « les textes nationaux ne sont pas à l'abri d'une censure par la Cour EDH »²⁸⁶², d'autres reconnaissent que ce cumul n'est pas incompatible et qu'il suppose seulement une analyse précise de l'atteinte au principe d'impartialité. Pour ce faire, Madame le professeur Julie JOLY-HURARD prône la nécessité d'apprécier le degré d'intervention du juge dans la recherche de la solution amiable. Elle distingue ainsi selon que le juge est « intervenu de manière *active* dans la recherche d'une solution » ou si ce dernier s'est, au contraire, « contenté d'orchestrer les négociations sans entrer dans le débat au fond »²⁸⁶³. Selon l'auteur, la première hypothèse met en exergue un risque de partialité contrairement à la seconde. Cette approche se justifie notamment au regard d'une affaire jugée par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt en date du 15 mars 2012²⁸⁶⁴. Un juge avait convoqué deux époux divorcés pour tenter de les concilier sur la liquidation de leur régime matrimonial. Cependant, le magistrat présidant l'audience avait précisé, dans le procès-verbal de comparution, « qu'à défaut d'arriver à un accord sur ces bases, l'intégralité de l'actif de la société d'acquêts sera vendue à l'exception de la maison de Saint-Cyr attribuée préférentiellement à Madame ». La Cour de cassation a alors reconnu que cette formule « indiquant certains éléments de la décision qui serait adoptée en cas d'échec de la tentative de conciliation menée par l'un des magistrats de la formation de jugement » portait atteinte à l'exigence d'impartialité.

Bien que l'examen au cas par cas apporte des réponses précises quant à la réalité du risque de partialité du juge après son intervention dans un processus de conciliation, la seule présence du juge au processus crée déjà un doute légitime d'une atteinte au principe

²⁸⁶¹ M. ARMAND-PREVOST, « L'avocat, le juge, le médiateur », *LPA*, 8 juill. 1998, n° 81, p. 19.

²⁸⁶² S. GUINCHARD et a., *Droit processuel, op.cit.*, n° 545, p. 1005.

²⁸⁶³ J. JOLY-HURARD, *Conciliation et médiation judiciaires, op. cit.*, n° 651, pp. 409-410. – Dans le même sens, S. GUINCHARD et a., *Droit processuel, op.cit.*, n° 545, p. 1005 ; J. VAN COMPERNOLLE, « Le juge et la conciliation en droit judiciaire belge », in *Mél. Roger Perrot*, Dalloz, 1996, pp. 523 s., spéc. pp. 528 et s. ; P. CROCQ, « Le droit à un tribunal impartial », in *Droits et libertés fondamentaux*, Dalloz, 1997, n° 548, note 61.

²⁸⁶⁴ Cass., Civ. 2^e, 15 mars 2012, n° 11-01194 ; *RTD civ.* 2012. 375, obs. PERROT.

d'impartialité. Quel que soit le degré d'intervention et d'implication du juge dans la recherche de la solution amiable, celui-ci est à tout le moins un observateur du processus. Au degré le plus faible, il a déjà la capacité de se faire un avis tant sur les parties que sur le différend. Dès lors, l'analyse de la variété des degrés d'intervention du juge est sans effet. Le cumul des fonctions de juge-conciliateur et juge du contentieux cause une atteinte au principe d'impartialité.

Or, ce n'est pas tant le cumul des fonctions conciliatrice et juridictionnelle qui cause une atteinte au principe fondamental d'impartialité que la succession de ces fonctions. En effet, il appartient au juge de concilier les parties. Cependant, il ne lui appartient pas d'intervenir dans l'espace de l'amiable puis dans l'espace du contentieux en ayant appréhendé un contexte impactant la solution juridique définitive.

728. Le parti est alors pris d'assurer la protection du principe fondamental processuel d'impartialité et du principe propre aux règlements amiable qu'est la confidentialité. Pour éviter ces écueils, certains auteurs privilégient les conciliations déléguées à des conciliateurs de justice²⁸⁶⁵. Or, la bonne réussite des conciliations judiciaires réalisées par les juges est largement démontrée en pratique. Ces dernières doivent alors être protégées, plutôt que rejetées. En conséquence, il appert la nécessité de rediriger la résolution du litige entre les mains d'un autre juge, dès lors que la tentative de conciliation judiciaire réalisée par un juge a échoué. À l'instar de la procédure collaborative, dans laquelle les avocats se défont de leur qualité de conseil en cas d'échec, les juges conciliateurs devraient s'abstenir d'intervenir aux fins de jugement pour une affaire qu'ils ont été amenés à connaître dans le cadre d'une conciliation judiciaire. Leur figure de juge conciliateur leur interdit d'intervenir postérieurement et en cas d'échec de la procédure amiable en tant que juge du contentieux. À défaut, tant l'impartialité de celui-ci que la confidentialité propre au processus amiable seront bafouées.

Cette question relative à un cumul de fonctions s'est également posée concernant le tiers conciliateur ou médiateur qui prend successivement le rôle d'arbitre dans la même affaire.

729. Cumul des fonctions de médiateur ou conciliateur et d'arbitre. L'exigence d'impartialité est « de l'essence même de la fonction arbitrale »²⁸⁶⁶, et ce, du fait qu'il s'agisse d'une fonction juridictionnelle²⁸⁶⁷. L'impartialité de l'arbitre conditionne d'ailleurs la validité

²⁸⁶⁵ M. ARMAND-PREVOST, « L'avocat, le juge, le médiateur », *LPA*, 8 juill. 1998, n° 81, p. 19.

²⁸⁶⁶ Cass., Civ. 1^{re}, 16 mars 1999, *Qatar c. Creighton*, n° 96-12.748, *Bull. civ.* 1999, I, n° 88, p. 59 ; *Rev. arb.* 1999, p. 308 ; *D.* 1999, jur., p. 497, note P. COURBE ; *RTD com.* 1999, p. 850, É. LOQUIN.

²⁸⁶⁷ D. MOURALIS, « Les exigences d'indépendance et d'impartialité », *LPA*, 13 févr. 2013, n° 32, p. 18.

de la sentence arbitrale²⁸⁶⁸. Aussi, l'impartialité a toujours été exigée des arbitres²⁸⁶⁹. En effet, le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 introduit le terme d'impartialité dans le second alinéa de l'article 1456 du Code de procédure civile²⁸⁷⁰. Pour autant, cette exigence était déjà remarquée au titre de l'ancien article 1452 qui imposait à l'arbitre supposant en sa personne une cause de récusation d'en informer les parties avant d'accepter sa mission et de l'ancien article 1463 qui permettait la récusation d'un arbitre pour une cause s'étant révélée depuis sa désignation. Dès lors, à l'instar de l'analyse précédemment réalisée concernant le juge, *quid* de la compatibilité du cumul des fonctions de tiers médiateur ou conciliateur et d'arbitre dans la même affaire ?

730. Investi d'une mission juridictionnelle, l'arbitre apprécie librement l'opportunité de tenter de concilier les parties. Tout comme le juge, « il entre dans la mission de l'arbitre de concilier les parties, car c'est pour lui un moyen de se conformer à sa mission de résolution du litige »²⁸⁷¹. Bien que la conciliation par l'arbitre lui-même ne soit pas interdite par les textes, la Cour de cassation a précisé que les propositions faites en ce sens ne doivent en aucun cas manifester « 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 »²⁸⁷². Or, comme précédemment évoqué concernant le cumul des fonctions du juge-conciliateur et du juge du contentieux, le tiers s'est indubitablement forgé une opinion sur l'affaire. L'arbitre ayant apprécié les faits de l'affaire sous un autre statut, soit en tant que médiateur, soit en tant que conciliateur, n'a « plus ce regard neuf que requiert l'exigence d'impartialité »²⁸⁷³. À ce titre, le professeur OPPETIT rappelait que « la plupart des règlements des grandes institutions d'arbitrage énoncent qu'un tiers qui est déjà intervenu comme conciliateur ne peut devenir arbitre dans la même affaire »²⁸⁷⁴.

²⁸⁶⁸ V. not. Cass., Civ. 1^{re}, 18 déc. 2014, n°14-11085.

²⁸⁶⁹ D. MOURALIS, « Les exigences d'indépendance et d'impartialité », *LPA*, 13 févr. 2013, n° 32, p. 18.

²⁸⁷⁰ Décr. n° 2011-48 du 13 janv. 2011 portant réforme de l'arbitrage, JORF n° 0011 du 14 janv. 2011, art. 2.

²⁸⁷¹ Ch. JARROSSON, « Note, 3 déc. 1998, *Société ITP Interpipe v. Hunting Oilfield Services (HOS)* », *Rev. arb.*, 1999, p. 607, n° 13. – Dans le même sens, Monsieur le professeur Thomas CLAY reconnaissait en droit français de l'arbitrage interne que « parmi les pouvoirs dont dispose l'arbitre et qui rejoignent ceux du juge, il y a celui de tenter de concilier les parties, de fixer les modalités de déroulement » (T. CLAY, *L'arbitre*, préf. P. FOUCHARD, Dalloz, Coll. « Nouvelle Bibliothèque des thèses », 2001, n° 199).

²⁸⁷² TGI Paris, ord. réf., 19 déc. 1996 : *Rev. arb.*, 1998, pp. 162-163, obs. Ch. JARROSSON et *RGDP*, 1998, n° 1, p. 164, obs Ch. JARROSSON.

²⁸⁷³ S. GUINCHARD et a., *Droit processuel*, *op.cit.*, p. 1509.

²⁸⁷⁴ B. OPPETIT, *Théorie de l'arbitrage*, *op. cit.*, p. 36 ; ID., « Les modes alternatifs de règlement des différends de la vie économique », *Justices*, 1995, n° 1, pp. 53 et s., spéc. p. 56.

731. Dès lors, le cumul de fonctions légal²⁸⁷⁵ prévu à l'article 21 du Code de procédure civile et dont bénéficie l'arbitre chargé d'une mission juridictionnelle, ne peut être envisagé que dans des situations précises dans lesquelles ces différentes fonctions sont associées et non pas distinguées par deux procédures successives. Cette situation est observable au titre des modes de résolution des différends hybrides (mi-médiation, mi-arbitrage), appelées med-arb. Dans cette procédure hybride, la médiation et l'arbitrage sont combinés soit dans le temps, soit dans l'espace. Elle implique alors la succession de deux phases devant la même personne²⁸⁷⁶. Ce tiers remplit ainsi deux missions successives : l'une conciliatrice et l'autre juridictionnelle. Pourtant, ce cumul est inhérent à une seule procédure. Les parties ont investi le processus med-arb en connaissance de cause et ont accepté l'intervention d'un tiers à double visage.

732. Bilan. Le droit positif français autorise le juge et l'arbitre à passer librement d'une mission conciliatrice à une mission juridictionnelle. D'aucuns affirment alors le devoir, qui est le leur, d'adopter un comportement adéquat dans le respect du principe fondamental d'impartialité. Madame le professeur Julie JOLY-HURARD souligne en ce sens qu'investis de cette double mission de concilier et de trancher un litige, ils sont tenus à un devoir de responsabilité renforcé et qu'ils doivent perpétuellement s'interroger sur leur aptitude à connaître de nouveau de l'affaire²⁸⁷⁷. L'exigence d'impartialité engage ainsi une réaction du tiers, qui doit en apprécier le respect. Au-delà de ce contrôle du respect, l'exigence d'impartialité nécessite un comportement conforme à l'équilibre du processus. Il s'agit de la seconde approche reconnue au principe d'impartialité : l'approche subjective.

Or, avant d'opérer une appréciation *in concreto*, pour rechercher l'existence d'une éventuelle partialité personnelle du juge ou de l'arbitre, le cumul des fonctions conciliatrice et juridictionnelle crée automatiquement un risque de partialité évident. Dès lors, la règle d'une présomption d'impartialité, qui est simple, est tronquée. Il s'agit davantage d'une présomption de partialité, en raison de l'implication du tiers antérieurement à sa mission juridictionnelle. Eu égard à l'atteinte portée à cette garantie fondamentale, appréhendée objectivement, un recours devant la Cour européenne n'est pas à exclure. Le cumul des fonctions de juge-conciliateur et

²⁸⁷⁵ C'est-à-dire le cumul des fonctions conciliatrice et juridictionnelle, v. *supra* n° 727.

²⁸⁷⁶ Le médiateur devant lequel s'est déroulée la médiation devient lui-même l'arbitre qui rend la sentence arbitrale. Cela permet ainsi de ne pas recommencer les débats. Néanmoins, il est également possible que les différents processus de médiation et d'arbitrage se déroulent indépendamment l'un de l'autre devant des personnes différentes. – À ce sujet, v. N. FRICERO et a., *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, *op.cit.*, n° 223, pp. 268 s.

²⁸⁷⁷ J. JOLY-HURARD, *Conciliation et médiation judiciaires*, *op. cit.*, n° 653, p. 411.

juge du contentieux ou de médiateur/conciliateur et arbitre conduit en effet à une atteinte à la garantie fondamentale d'impartialité.

B) L'approche subjective

733. Preuve du parti pris personnel. Cette autre approche de l'impartialité du tiers s'attache à sa conviction personnelle et à son comportement en recherchant s'il a fait preuve de parti pris. Il s'agit d'apprécier ce que le tiers pense en son for intérieur. Alors que l'approche objective tend à combattre le préjugement, l'approche subjective tend à combattre le parti pris et le préjugé²⁸⁷⁸. Cette conception de l'impartialité renvoie en effet, par exemple, aux comportements ou aux déclarations du tiers manifestant un parti pris dans une affaire²⁸⁷⁹. La corruption de ce dernier peut également être à l'origine d'une partialité subjective²⁸⁸⁰.

La violation de l'impartialité subjective du tiers suppose que ses convictions personnelles guident ses décisions. La personne du tiers l'emporte alors sur la fonction qu'il exerce²⁸⁸¹. Or, une telle preuve est difficile à rapporter. Par conséquent, l'impartialité subjective est présumée jusqu'à preuve du contraire²⁸⁸².

734. Cette conception de l'impartialité, parmi les deux approches dégagées par la Cour européenne, est la plus lisible pour la majorité des justiciables du fait qu'elle s'apparente « à la violation de l'idéal de justice »²⁸⁸³. La partialité personnelle du tiers se fonde sur des préjugés moraux, religieux, politiques ou sur un lien étroit avec l'une des parties. Assimilée au jugement de la conscience du tiers, l'approche subjective de l'impartialité semble correspondre à la notion

²⁸⁷⁸ En ce sens que le *préjugement* s'apprécie comme l'« action de préjuger » alors que le *préjugé* est envisagé comme le fait d'avoir une opinion *a priori* favorable ou défavorable sur quelqu'un ou sur quelque chose en fonction de critères personnels ou d'apparences (V^o CNRTL). – P. COLLET, « La conception de l'impartialité du juge par la chambre criminelle de la Cour de cassation », *Rev. de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2016/3, n^o 3, pp. 485-504, spéc. nbp n^o 21, qui renvoie sur ce point à F. KUTY, *L'impartialité du juge en procédure pénale. De la confiance décrétée à la confiance justifiée*, préf. P. MARTENS et M. PREUMONT, Larcier, Coll. « Collection de thèses », 2005, p. 65 s.

²⁸⁷⁹ Pour illustration, est partial le juge qui émet des propos laissant clairement transparaître son opinion sur la culpabilité d'une partie (CEDH, 28 nov. 2002, *Lavents c. Lettonie*, req. n^o 58442/00) ou qui fait paraître dans la presse des propos négatifs à l'encontre d'une partie (CEDH, 16 sept. 1999, *Buscemi c. Italie*, req. n^o 29569/95).

²⁸⁸⁰ V. not. D. CHILSTEIN, « Arbitrage et droit pénal », *Revue de l'arbitrage*, 2009, p. 3.

²⁸⁸¹ Constat affirmé sous le prisme de la personne du juge *in R. KOERING-JOULIN*, « Le juge impartial », art. préc., p. 2.

²⁸⁸² CEDH, 6 juin 2000, *Morel c. France*, req. n^o 34130/96, § 41 – CEDH, 14 mai 1989, *Hauschildt c. Danemark*, req. n^o 10486/83, § 47.

²⁸⁸³ A. OUDOUL, *L'impartialité des magistrats dans la procédure pénale française à l'aune du droit de la convention EDH*, thèse dactyl., Université d'Auvergne – Clermont-Ferrand I, 2016, HAL Id tel-01686290, n^o 3, p. 14.

de « neutralité »²⁸⁸⁴. Cette observation pourrait ainsi expliquer la confusion existante entre les deux notions. La double approche de la Cour européenne des droits de l'homme inspirerait ainsi la distinction entre l'impartialité, associée à l'approche objective eu égard à l'objectivité qui la caractérise, et la neutralité relevant de l'approche subjective au titre de son critère subjectif, propre à la personne. Or, si la neutralité s'apparente en effet à la mise à l'écart de la subjectivité du tiers, l'impartialité va au-delà. Elle implique en effet une réaction du tiers. Si le tiers doit être impartial dans le sens où il doit réaliser sa mission sans parti pris, sans préjugé, il doit également démontrer le comportement attendu de lui. La neutralité apparaît alors comme un fait, tandis que l'impartialité subjective apparaît comme une attitude²⁸⁸⁵.

L'attitude de ce tiers doit donc être précisément analysée durant le processus amiable. Elle conditionne sa réussite. En effet, si l'approche objective ne peut être considérée que postérieurement au processus amiable et lui causer du tort indirectement²⁸⁸⁶, l'approche subjective mérite d'être observée attentivement au regard du comportement du tiers médiateur ou conciliateur. Quel que soit le domaine dans lequel il intervient, ce dernier doit être désintéressé de l'objet de l'accord conclu à l'issue du règlement amiable. Comme précédemment évoqué, le tiers doit réaliser sa mission sans être guidé par un parti pris qui favoriserait l'une ou l'autre des parties.

735. Le constat réalisé concernant les différences entre l'impartialité et la neutralité du tiers témoin, par conséquent, du caractère artificiel de la distinction entre les approches objective et subjective de l'impartialité. En effet, la preuve de la partialité subjective du tiers ne peut se faire qu'à partir d'éléments objectifs. À cet égard, la Cour européenne a elle-même reconnu, dans un arrêt du 15 janvier 2008²⁸⁸⁷, confirmé en Grande chambre le 15 octobre 2009²⁸⁸⁸, que « la frontière entre l'impartialité subjective et l'impartialité objective n'est pas hermétique car non seulement la conduite même d'un juge peut, du point de vue d'un observateur extérieur, entraîner des doutes objectivement justifiés quant à son impartialité (démarche objective) mais elle peut également toucher à la question de sa conviction personnelle (démarche subjective) ».

La Cour européenne se réfère à deux hypothèses bien précises : le cumul des fonctions (approche objective) et l'attitude personnelle du juge (approche subjective). Or, *quid* des autres

²⁸⁸⁴ V. *supra* n^{os} 711 s.

²⁸⁸⁵ Cf étude neutralité (*supra* n^{os} 711 s.).

²⁸⁸⁶ Notamment au titre de la violation de l'exigence de confidentialité (V. *supra* n^{os} 486 s.).

²⁸⁸⁷ CEDH, 15 janv. 2008, *Micaleff c. Malte*, req. n^o 17056/06, § 73.

²⁸⁸⁸ CEDH [GC], 15 oct. 2009, *Micaleff c. Malte*, req. n^o 17056/06, § 95.

cas d'impartialité ? Comment prouver le risque de partialité en dehors de ces deux hypothèses ? Il est en effet des cas où le tiers semble partial aux yeux des parties, sans qu'il soit intervenu antérieurement dans la procédure ou que son attitude ne le démontre. Tel a notamment été le cas dans un arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 13 janvier 2015²⁸⁸⁹.

736. La démonstration d'un « doute raisonnable, objectivement justifié, sur l'impartialité » du tiers. L'arrêt rendu par la Chambre criminelle le 13 janvier 2015 dans l'affaire AZF a retenu l'attention au regard de sa motivation²⁸⁹⁰. En l'espèce, l'un des trois conseillers de la Cour d'appel de Toulouse était par ailleurs vice-président d'une association d'aide aux victimes, qui avait conclu, lorsque les débats en appel étaient encore pendants, une convention avec une autre association d'aide aux victimes, elle-même partie civile au procès. La problématique relative à l'impartialité objective liée au cumul de fonctions étant exclue, il s'agissait bien de la mise en cause de l'impartialité subjective du tiers. Cette dernière étant présumée, il revenait à la partie dénonçant la violation du principe de la prouver. Dans la mouvance de la jurisprudence européenne, qui opérait une « objectivation »²⁸⁹¹ du comportement du juge²⁸⁹², la Cour de cassation a jugé que les éléments factuels suscités étaient de nature à créer, dans l'esprit des parties, « un doute raisonnable, objectivement justifié, sur l'impartialité de la juridiction ». L'arrêt développe alors une approche probatoire de l'impartialité²⁸⁹³. Il s'agit d'être convaincu de l'impartialité du juge. Par cet arrêt, l'objet de la preuve se déplace cependant de la démonstration d'une partialité (telle que précédemment décrite) à la démonstration d'un « doute raisonnable, objectivement justifié ». La charge de la preuve est alors allégée. Il est possible pour les parties de tenter de prouver la violation du principe d'impartialité sans être dans les hypothèses restreintes de la distinction impartialité objective/subjective.

²⁸⁸⁹ Cass., Crim., 13 janv. 2015, n° 12-87.059, *Bull. crim.* 2015, n° 15.

²⁸⁹⁰ V. not. Y. MAYAUD, « L'affaire AZF entre impartialité et légalité ! », *AJ Pénal*, 2015, n° 4, pp. 191 s. ; H. MASTOPOULOU, « Arrêt AZF : cassation justifiée par l'existence d'un “doute objectif” sur l'impartialité d'un magistrat », *JCP G.*, 23 févr. 2015, n° 221, pp. 365-368 ; C. LACROIX, « AZF : le défaut d'impartialité – un procès qui explose », *Constitutions, rev. de droit constitutionnel appliqué*, Dalloz, 2015, pp. 70 s.

²⁸⁹¹ Terme utilisé par Monsieur le professeur Jacques VAN COMPERNOLLE dans sa note sous l'arrêt AZF (« Arrêt AZF : l'impartialité d'un juge appréciée à l'aune de la jurisprudence de la Cour EDH », *JCP G.*, n° 8, 23 févr. 2015, 222).

²⁸⁹² V. not. CEDH, 2 août 2001, *N.F. c. Italie*, req. n° 37119/97 s'agissant de convictions philosophiques du tiers, ou CEDH, 15 nov. 2007, *Galstyan c. Arménie*, req. n° 26986/03 à propos de convictions politiques. Concernant les liens existants entre le juge et l'une des parties ou son avocat, v. CEDH [GC], 15 oct. 2009, *Micaleff c. Malte*, req. n° 17056/06, § 100 et s.

²⁸⁹³ Cette solution rejoint alors la position énoncée par Madame le professeur Marie-Anne FRISON-ROCHE qui envisageait l'impartialité comme une règle de preuve (M.-A. FRISON-ROCHE, « L'impartialité du juge », art. préc.), renvoi nbp *supra* n° 2497.

Eu égard à cette évolution de l'analyse de l'impartialité du tiers, certains domaines dans lesquels interviennent les règlements amiables interrogent quant au respect de ce principe clef du système juridique ; tel est le cas en matière pénale²⁸⁹⁴ ou en matière de la consommation, notamment avec les opérateurs privés.

737. L'impartialité du tiers dans la médiation pénale. Si la présente étude s'est déjà intéressée à l'indépendance du tiers dans le cadre des mesures alternatives aux poursuites, l'impartialité de ce dernier questionne également. En effet, le rouage de la médiation pénale, prévue à l'article 41-1 du Code de procédure pénale, n'est autre que le procureur de la République. Ce dernier désigne le médiateur pénal, que la loi qualifie de « médiateur du procureur de la République ». Ces deux acteurs – direct ou indirect – de la mesure laissent, pour une diversité de raisons, supposer à une certaine partialité subjective. Le procureur de la République, tout d'abord, représente, en sa personne (ou par ses substituts), le ministère public. En tant que défenseur de l'ordre public, il assure le respect de la loi pénale et représente les intérêts de la société. Il est notamment le titulaire de l'action publique pour l'ensemble des infractions du droit positif. Ce statut particulier, à la fois magistrat du parquet et déclencheur de l'action publique²⁸⁹⁵, crée une certaine ambiguïté. Il semble que le procureur de la République appartienne à un camp bien précis, qui serait celui de l'accusation. Alors que son indépendance apparaît limitée en raison de ses liens hiérarchiques avec le pouvoir exécutif²⁸⁹⁶, son impartialité est également fort douteuse eu égard à son statut de défenseur de la société²⁸⁹⁷. Dès lors, et ainsi que le relève Madame le professeur Catherine GINESTET, cette « ambivalence du statut du procureur de la République (...) n'est pas sans conséquences sur ses délégués »²⁸⁹⁸.

738. Certes, « le médiateur ne doit pas être le procureur, mais un tiers neutre »²⁸⁹⁹. Cependant, eu égard à son profil, le médiateur pénal est-il réellement impartial ? À la lecture des textes, la réponse ne peut être qu'affirmative. L'article R. 15-33-33 du Code de procédure pénale dispose en effet que le médiateur doit « présenter des garanties (...) d'impartialité ».

²⁸⁹⁴ Bien que la présente étude ait exclu la qualification de « règlements amiables » dans le cadre de la matière pénale.

²⁸⁹⁵ « Les magistrats du ministère public sont à la fois des magistrats, défenseurs de la société qui exercent l'action publique dans le respect du principe d'impartialité auquel ils sont tenus, et des agents du pouvoir exécutif chargés de mettre en œuvre la politique pénale définie par les instructions générales du ministre de la Justice », F. MOLINS, « Ministère public », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, juin 2020 (actualisation sept. 2020), n° 5.

²⁸⁹⁶ Cf. *supra* n°s 652 s.

²⁸⁹⁷ Pour une étude de l'impartialité du parquet, et de son évolution législative, v. not. S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale, op. cit.*, n° 423, pp. 370 et s.

²⁸⁹⁸ C. GINESTET, « Le médiateur pénal. Relever le défi de l'impartialité », art. préc., p. 275.

²⁸⁹⁹ B. BOULOC, *Procédure pénale, op. cit.*, n° 769, p. 698.

Cette exigence est également prévue au sein du serment réalisé par le médiateur devant le tribunal judiciaire ou devant la cour d'appel : « Je jure d'exercer mes fonctions avec rigueur, loyauté, *impartialité* et dignité et de respecter le secret professionnel »²⁹⁰⁰. Aussi, bien que les textes confirment l'impartialité de ce tiers, en pratique, le doute est permis ; notamment lorsque le médiateur est issu d'une association d'aide aux victimes. Comme relevé précédemment, les médiateurs pénaux sont généralement des salariés désignés dans le cadre d'associations²⁹⁰¹. Pour la majorité, ces associations mandatées par le ministère public ont pour objet de venir en aide aux victimes d'infractions. Il appert alors une regrettable ambiguïté dans le rapport entre le médiateur et l'association qui l'engage. Ce lien met ainsi en exergue une légitime suspicion de partialité, un « doute raisonnable, objectivement justifié »²⁹⁰².

739. Nombre d'auteurs relèvent qu'il est en effet « difficile pour une association qui a pris fait et cause pour la victime en raison de son objet social de se présenter comme un médiateur impartial dans les rapports entre victimes et délinquants »²⁹⁰³. Pour exemple, l'Institut national d'aide aux victimes et à la médiation (INAVEM) illustre, dès la présentation de sa nomination, un lien direct avec l'une des parties au processus. « À l'inverse, les responsables de structures axées sur la prévention de la récidive ont tendance à utiliser la victime comme simple point d'appui de leur démarche »²⁹⁰⁴. À cet égard, l'association d'Aide pénale (Aapé), qui est une association socio-judiciaire, œuvre contre la délinquance et la récidive en accompagnant les justiciables. Compte tenu de la multiplicité de ses actions, elle démontre une logique volontaire à la prévention de la récidive et à la responsabilisation de l'individu, appréhendée comme élément essentiel à la sortie de la délinquance.

Ces divers médiateurs professionnels s'investissent dès lors à travers des logiques propres. Si la première association évoquée agit dans un contexte de protection de la victime, l'autre œuvre davantage dans un contexte de réinsertion du délinquant. Du fait qu'elles interviennent sous divers statuts dans le processus judiciaire, il apparaît délicat d'affirmer que ces dernières réalisent leur mission en tant que médiateur pénal sans partis pris ou préjugés. Ainsi que le développe Monsieur le professeur FAGET, « cette polyvalence peut se révéler contradictoire avec l'exigence de neutralité et rend irréaliste l'occupation d'un point central d'objectivité à l'intersection de deux axes allant pour l'un, de la victime au délinquant, et pour

²⁹⁰⁰ CPP, art. R15-33-36.

²⁹⁰¹ Cf. *supra* n° 673.

²⁹⁰² Cf. Cass., Crim., 13 janv. 2015, n° 12-87.059, préc.

²⁹⁰³ J. FAGET, « La médiation pénale : une dialectique de l'ordre du désordre », *Déviance et société*, 1993, vol. 17, n° 3, pp. 221-233, spéc. p. 226.

²⁹⁰⁴ J. FAGET, « La médiation pénale : une dialectique de l'ordre du désordre », art. préc., p. 226.

l'autre, de la pédagogie sociale à la logique judiciaire »²⁹⁰⁵. Il se dégage alors un véritable déséquilibre en la matière.

Ce constat se perçoit également à l'égard des médiations de la consommation, organisées notamment par les opérateurs privés, les groupements d'assurance ou les établissements de crédit.

740. L'impartialité du tiers dans la médiation de la consommation. Eu égard à la subordination entre le médiateur salarié et l'entreprise employeur partie à la médiation, un lien direct et objectif ne peut être que constaté. Au-delà de la remise en cause de l'indépendance du tiers, au titre des pressions qu'il pourrait subir²⁹⁰⁶, transparaît la question de son impartialité. Comment le médiateur pourrait-il rester indifférent à l'issue du processus alors que cette dernière aura nécessairement des conséquences sur l'entreprise à laquelle il fait partie, et donc probablement sur ses propres intérêts ? Le médiateur est, de fait, intéressé par l'objet de l'accord²⁹⁰⁷. La question précédemment envisagée concernant la rémunération du tiers fait également écho ici. En effet, le médiateur est-il impartial dans les matières où il n'est payé que par l'une des parties au processus ?²⁹⁰⁸ Les auteurs s'accordent alors pour reconnaître une exigence d'impartialité « souplement entendue »²⁹⁰⁹ dans ces domaines. Si la considération de ce lien direct entre le tiers et l'une des parties porte assurément atteinte au principe d'impartialité, les auteurs rétorquent que l'équilibre du processus sera rétabli par la transparence et l'information des parties²⁹¹⁰. D'autres relèvent encore que le résultat de la médiation peut, dans certains cas, s'imposer à la partie privilégiée (le professionnel), tandis que l'autre (la partie faible) peut l'accepter ou le refuser²⁹¹¹.

Nonobstant l'exposé de ces arguments, il apparaît bien « un risque objectif de partialité »²⁹¹². D'une part, le processus met en lumière un lien privilégié avec l'une des parties. D'autre part, le médiateur a pour habitude d'intervenir dans les médiations réalisées avec ce professionnel. De ce fait, la connaissance antérieure des dossiers analogues peut le conduire à

²⁹⁰⁵ *Ibid.*

²⁹⁰⁶ *Cf. supra* n°s 676 s.

²⁹⁰⁷ Tant sur la solution obtenue que sur les conséquences de la conclusion de l'accord. Ce dernier sera reconnu compétent par son employeur, qui pourra souligner sa réussite.

²⁹⁰⁸ Interrogation in E. JEULAND, *Droit processuel général, op. cit.*, n° 563, p. 708.

²⁹⁰⁹ N. FRICERO, « Modes alternatifs de règlements des conflits et procès équitable », art. préc., p. 844, n° 7.

²⁹¹⁰ *Ibid.*

²⁹¹¹ E. JEULAND, *Droit processuel général, op. cit.*, n° 563, p. 708. Bien qu'aucun texte ne l'impose, l'auteur précise qu'« il s'agit de favoriser la partie faible pour ne pas risquer d'aboutir à une médiation partielle et favorable aux assurances ».

²⁹¹² N. FRICERO, art. préc.

reproduire des situations identiques²⁹¹³. Le risque de partialité du tiers, ici mise en exergue, est inhérente au contexte du règlement amiable.

741. À cet égard, l'impartialité s'apprécie davantage comme un engagement moral du tiers, comme « une vertu » de ce dernier²⁹¹⁴, qui œuvre pour ne laisser transparaître aucun doute quant à l'équilibre de la procédure. Elle compte parmi les valeurs de la médiation de la consommation. Seul le bon comportement du tiers dans une affaire donnée sera gage du respect de l'exigence d'impartialité. Pourtant, dès l'origine, le contraste est saisissant entre l'impartialité attendue du tiers et sa qualité de salarié de l'une des parties. Cette approche révèle plus un oxymore qu'une protection aux yeux des justiciables. Il existe bien un « doute raisonnable » qui peut être « objectivement justifié » sur l'impartialité de ce tiers²⁹¹⁵.

Or, bien que l'impartialité subjective du tiers soit sujette à caution au regard des liens étroits entre ces deux acteurs du processus amiable, s'est posée la question de savoir si ce rapport ne serait pas, au contraire, un atout pour la réussite du règlement amiable.

742. Discussion relative à la réelle application du principe d'impartialité dans les règlements amiables. La mise à l'écart du principe d'impartialité dans le cadre des règlements amiables, ou du moins d'une application stricte, pourrait apparaître légitime. Comme le soulignait Monsieur le professeur Xavier LAGARDE, « en pratique, il se peut qu'une bonne médiation passe par un médiateur qui, ayant des liens privilégiés avec l'une des parties, soit finalement en mesure de lui faire mieux comprendre que quiconque la nécessité d'abandonner son point de vue »²⁹¹⁶. Le lien de confiance préexistant entre le tiers et l'une des parties permet une prise de conscience plus aisée et un engagement vers la conclusion d'un accord. Qui de plus apte à faire comprendre les avantages de la signature d'un accord à une entreprise que l'un de ses préposés ? Ce lien apparaît utile au processus. Or, la problématique réside dans le fait qu'il existe un déséquilibre des rapports entre les différents partenaires et le tiers. Si la force d'un lien peut être au bénéfice de la procédure amiable, il peut également être cause de son insuccès. En effet, il peut légitimement être envisagé comme une source de favoritisme pour l'une des parties. Il est alors permis de penser au comportement d'un médiateur qui imposerait une solution défavorable à l'autre partie. L'équidistance entre le tiers et les parties doit être protégée.

²⁹¹³ Cela renvoie notamment à l'idée de standardisation de la solution en lieu et place du « sur mesure ».

²⁹¹⁴ Cf. *supra* n° 630.

²⁹¹⁵ Cf. Cass., Crim., 13 janv. 2015, n° 12-87.059, préc.

²⁹¹⁶ X. LAGARDE, « Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges », art. préc., p. 436.

Le lien entre le tiers et les parties est essentiel pour la réussite du processus, mais il ne doit en aucun cas être une cause de déséquilibre. La particularité de ces modes de règlement des différends impose alors d'apprécier les contours de cette impartialité. L'impartialité du tiers médiateur ou conciliateur doit-elle être envisagée de la même manière que celle du juge ? Bien que le respect de l'exigence d'impartialité du tiers soit incontournable, l'application de celle-ci appelle à une adaptation nécessaire.

Section 2 : L'adaptation nécessaire du principe d'impartialité au rôle du tiers dans les règlements amiables

743. Entre réadaptation et protection du processus. Largement démontré, l'impartialité est un principe fondamentalement protégé en droit processuel. À l'instar de la complémentarité des règlements amiables et contentieux au sein de celui-ci, la mission du tiers médiateur ou conciliateur précède – dans le cas où le processus n'aboutit pas – celle du juge. Ce rapport entre les différentes offres de justice qui interviennent successivement conduit à attribuer au médiateur, premier intervenant, les qualités dont dispose le juge, second intervenant²⁹¹⁷. Or, chaque phase au bénéfice de la résolution du différend démontre une logique propre. Le tiers à la procédure, qu'il s'agisse du tiers au règlement amiable ou du juge, adopte une façon de faire inhérente à la mission qui lui est confiée. Le juge écoute, fait observer et observe lui-même le principe du contradictoire et tranche le litige conformément aux règles de droit. Dès lors, le juge agit, décide et construit²⁹¹⁸. En vertu du glaive, symbole de l'autorité de l'État et du droit et de la balance, symbole de l'équité, il agit avec force tout en tenant compte de l'intérêt des parties. Ensuite, il décide afin de dénouer une opposition d'intérêts et de rétablir la paix sociale. Enfin, il construit puisque le jugement rendu apporte une réponse et modifie la situation juridique des parties pour le présent et l'avenir²⁹¹⁹. Le tiers (médiateur ou conciliateur) intervenant au processus amiable, quant à lui, guide les parties afin que ces dernières trouvent un accord de leur propre fait. L'implication de chaque partie au processus amiable, la décision commune de s'accorder et les conséquences de cet accord seront, certes, motivées par le tiers mais elles seront l'œuvre des parties elles-mêmes. Le juge est alors un acteur direct de la

²⁹¹⁷ X. LAGARDE, art. préc., p. 437. – Inversement, dans le cas où le juge délègue sa mission de conciliation à un conciliateur de justice ou à un médiateur dans le cadre d'une médiation judiciaire.

²⁹¹⁸ G. CANIVET, Introduction, « L'office du juge », Paris, Palais du Luxembourg, 29 et 30 sept. 2006.

²⁹¹⁹ Pour une étude précise des effets du jugement, v. not. L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 711, p. 615.

solution du différend, là où le médiateur et le conciliateur sont des acteurs indirects. Ainsi, au regard de leur rôle manifestement distinct, l'impartialité de chacun suppose d'être appréciée différemment. Alors que le juge doit respecter une impartialité absolue en tant que décideur, le tiers démontre une proximité nécessaire avec les parties. L'impartialité dans le contexte de l'amiable s'appréhende alors davantage comme une « multi-partialité » (§1).

Enfin, si l'exigence est reconnue, il est une question qui reste en suspens : la question de la protection des parties en cas de partialité du tiers. La protection organisée afin de respecter et de faire respecter cette exigence d'impartialité doit également être appréhendée dans le domaine de la justice amiable. Il sera précisément question d'apprécier l'opportunité de la récusation du tiers partial dans le cadre de l'amiable (§2).

Paragraphe 1 : Impartialité du juge et « multi-partialité » du tiers au règlement amiable

744. Une égale distance ou un égal rapprochement. La mission attribuée au tiers conduit à l'appréciation de l'absoluité du principe d'impartialité auquel il est tenu. Ainsi reconnu jusque-là, le tiers – qu'il soit juge, médiateur ou conciliateur – doit être impartial. Or, la distinction relative à leurs attributions impose une adaptation de l'application de cette exigence. En vertu de l'article 12 du Code de procédure civile, « le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables ». Se faisant, il se doit d'être indifférent à l'affaire et aux parties en présence²⁹²⁰. Ce n'est pas le cas du tiers au règlement amiable. Dans le cadre d'un règlement amiable, le tiers est choisi par les parties²⁹²¹. Sa nomination met dès lors en lumière la confiance que lui portent les parties. Il est investi d'une mission par et pour les participants au processus. Il doit alors s'investir pleinement pour la réussite du règlement amiable. De ce fait, il ne peut démontrer le détachement ou le désintéressement caractérisant l'attitude du juge. Le tiers fait partie du cercle de l'amiable. Il a intégré le cercle de personnes ayant pour objectif commun de résoudre un conflit²⁹²². Il œuvre avec et pour les parties. Dès lors, comment appréhender l'application du principe d'impartialité au sein des règlements amiables ?

²⁹²⁰ « L'obligation d'impartialité constitue le verrou singulier d'une démarche objective et désintéressée » : D. N. COMMARET, « Une juste distance ou réflexions sur l'impartialité du magistrat », *D.* 1998, p. 262.

²⁹²¹ Il est choisi *intuitu personae*.

²⁹²² À l'inverse, l'objectif des parties au procès s'apparente plus à un gain, à un succès, qu'au dénouement de la discorde, qui ne cessera pas nécessairement.

745. Les effets néfastes de la partialité du tiers sur les règlements amiables ont été soulignés²⁹²³. Il a été démontré toute l'importance de la considération du principe d'impartialité au sein des règlements amiables. D'ailleurs, les textes l'ont immédiatement consacré²⁹²⁴. Un tiers qui prend fait et cause pour l'une des parties crée un déséquilibre qui porte atteinte aux droits des parties et à la justice de manière générale. Ainsi le principe exige-t-il une certaine distance entre le tiers et les participants au processus. Or, cette distance nécessairement observée entre le tiers et les parties apparaît contraire au contexte de l'amiable. Dans le cadre d'un règlement amiable, le tiers participe activement à la résolution du différend. Il guide et accompagne les parties dans le déroulement du processus. Il reformule les expressions de chacune des parties afin d'apporter un éclairage sur chacune des volontés en présence. Dès lors, dans ce contexte, ce n'est pas l'équale distance qui doit être envisagée mais le rapprochement égal. Tout comme le juge, le tiers doit en effet être à équidistance des parties afin de maintenir l'équilibre du processus et éviter tout favoritisme envers l'un des participants. Le tiers doit considérer les parties de manière égale et équitable, et ce, à l'instar de l'allégorie de la justice qu'est la balance²⁹²⁵. Pour autant, la distinction entre le juge et le tiers au règlement amiable repose sur son propre positionnement. La distance entre le tiers – qu'il soit juge ou médiateur ou conciliateur – et la partie X est la même que la distance entre ce tiers et la partie Y. À cet égard, il en ressort l'opération suivante : $Tiers \rightarrow X = Tiers \rightarrow Y$.

Néanmoins, la distance entre le juge et les parties est différente à celle évaluée entre le médiateur/conciliateur et les parties. Ce constat peut ainsi être reproduit :

$$Juge \rightarrow X \neq \frac{Médiateur}{Conciliateur} \rightarrow X \text{ et } Juge \rightarrow Y \neq \frac{Médiateur}{Conciliateur} \rightarrow Y.$$

Aussi, la représentation des deux triangles isocèle et équilatéral²⁹²⁶ met en lumière la nécessité d'adapter le principe d'impartialité. L'impartialité du juge tend à l'éloigner des parties afin de juger de manière neutre. L'impartialité du tiers au règlement amiable n'implique pas qu'il soit éloigné des participants, mais au contraire qu'il soit également proche avec eux. Il est alors davantage question de rapprochements. Ce n'est pas tant la partialité qui est en elle-même préjudiciable au processus que la différence de degré de partialité du tiers envers l'une ou l'autre des parties. Nombreux alors sont ceux qui ont fait évoluer l'appréhension de l'impartialité du tiers dans les règlements amiables en proposant d'envisager une « multi-

²⁹²³ V. *supra* n° 715.

²⁹²⁴ Contrairement au principe d'indépendance, qui a été intégré à la loi de 1995 récemment.

²⁹²⁵ Le favoritisme altère en effet cet équilibre.

²⁹²⁶ V. annexe 7.

partialité » ou une « ambi-partialité ». Ces terminologies « seraient plus en osmose avec la réalité du travail des médiateurs qui repose en grande partie sur l'empathie »²⁹²⁷.

746. Vers la reconnaissance de l'exigence d'une « multi-partialité ». L'impartialité implique de ne prendre parti ni pour l'une des parties, ni pour l'autre. Or, la participation active du tiers au processus amiable ne témoigne-t-elle pas d'une attention privilégiée à leur égard ? En traduisant les besoins des parties, leurs attentes, leurs propos, il s'agit davantage d'une partialité successive ou d'une multi partialité²⁹²⁸. *Multi-* est un élément tiré du latin *multus* qui signifie nombreux, abondant²⁹²⁹. *Multi-* indique ainsi la pluralité de l'entité désignée par l'élément de type nominal associé. La multi-partialité implique dès lors une prise de parti multiple, une considération portée à chacun de manière égalitaire. Il est en effet essentiel qu'aucun des points de vue ne soit privilégié, mais, au contraire, que chacun soit considéré de manière équivalente.

Dans un processus amiable, le tiers se place alternativement et consécutivement dans la position de chacune des personnes concernées par le règlement amiable. L'objectif est de comprendre les attentes de chacun afin de transmettre un éclairage globalisé. Cela implique de saisir le point de vue de chaque partie, et de le traduire. Cette herméneutique comportementale s'exécute dans une perspective d'éclaircissement et s'appréhende dès lors comme une vertu pédagogique. Le tiers restitue les attentes de chacun. Pour ce faire, il doit se mettre en relation avec chaque participant au processus. Il doit tout d'abord les entendre. Il s'agit de l'application de l'adage latin « *audi alteram partem* », qui signifie littéralement entendre l'autre, ou les autres côtés²⁹³⁰. Cet adage exprime le devoir d'impartialité du tiers dans le sens où il ne peut se contenter d'entendre un seul discours. Il doit entendre l'ensemble des parties. Or, dans la justice amiable, la posture du tiers médiateur ou conciliateur aspire à aller plus loin. Pour comprendre l'ensemble des discours, il ne suffit pas au tiers médiateur ou conciliateur, d'entendre les parties de manière égale mais encore de les écouter²⁹³¹. Il engage dès lors le dialogue et peut notamment

²⁹²⁷ I. BENHARDA, « Notes de lecture/ relectures », *Négociations*, vol. 13, n° 1, 2010, pp. 125-151 : À propos de l'ouvrage de Deborah KOLB et Judith WILLIAMS, *Everyday Negotiation : Navigating the Hidden Agendas in Bargaining*, The Jossey-Bass, San Francisco, 2003.

²⁹²⁸ M. SAVOUREY-ALEZRA, avec la collaboration de P. BRISSON, *Re-créez les liens familiaux : médiation familiale et soutien à la parentalité*, préf. M. SASSIER, 3^e éd., Chronique sociale, Coll. « Comprendre les personnes », 2008, p. 171.

²⁹²⁹ CNRTL, v° « Multi- ». Pour l'étude de la notion d'ambi-partialité, envisagée par certains auteurs : *Ambi-* est un élément tiré du latin *ambo-* signifiant « les deux à la fois ».

²⁹³⁰ Principe qui fait généralement référence au principe du contradictoire.

²⁹³¹ Les deux termes doivent en effet être distingués. « Entendre » représente une capacité physique. L'oreille perçoit le son. Il s'agit d'une attitude passive. *A contrario*, « écouter » implique une action du récepteur. Il s'agit d'une capacité cognitive, intellectuelle dans le sens où la personne prête attention au son entendu.

organiser des apartés²⁹³². Le rapprochement entre le tiers et les parties et, de ce fait, le développement de la relation de confiance démontrent des effets positifs sur la réussite du processus. Le discours du tiers ne sera que plus efficace. Or, il est essentiel que le rapport ne soit pas unilatéral, au détriment de l'un des participants au processus. Dès lors, si dans le cadre de la justice étatique, il s'agit de rejeter la partialité au profit de l'impartialité, dans les règlements amiables, il apparaît plus opportun de rejeter la partialité au profit de la multi-partialité.

La réussite du règlement amiable suppose en effet de délaisser l'approche selon laquelle le tiers n'est « ni pour l'un, ni pour l'autre »²⁹³³ et de privilégier celle où il serait « pour l'un et pour l'autre »²⁹³⁴. Il s'agit de promouvoir une proximité dans le cercle de l'amiable et d'humaniser la résolution du différend.

747. Cette évolution de l'approche de l'impartialité du tiers médiateur ou conciliateur est ainsi appréciée dans le monde de l'amiable. À titre d'illustration, la Fédération Suisse des Associations de Médiation²⁹³⁵ a développé les lignes directrices déontologiques pour assurer la qualité de la médiation²⁹³⁶. Ces dernières sont entrées en vigueur au 1^{er} janvier 2022. Parmi ces lignes directrices déontologiques, l'article 3 relatif à la posture et à la compétence des médiateurs précise que les médiatrices et médiateurs se distinguent par « leur multi-partialité »²⁹³⁷. Quant à l'article 5, il fait référence explicite à ce principe et dispose que « les médiatrices et médiateurs accordent une attention égale à toutes les personnes impliquées. Elles/ils veillent à ce que les préoccupations de tous les participants, ainsi que d'autres personnes touchées, puissent être exprimées et prises en considération durant la médiation, indépendamment en particulier de la sympathie ressentie, de l'âge, du sexe, de l'appartenance, de la vision du monde ou du comportement »²⁹³⁸.

748. La multi-partialité pour l'objectivité. La prise en compte des attentes et des besoins de chaque participant au processus amiable s'apparente à la subjectivité. L'immersion

²⁹³² Cf. n° 567.

²⁹³³ Approche appréhendée in A. PEKAR LEMPEREUR, J. SALZER et A. COLSON, *Méthode de médiation*, op. cit., p. 68, que les auteurs assimilent à une version déshumanisée de la médiation ; v. aussi N. FRICERO et a., *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, op.cit., n° 221.101, p. 217.

²⁹³⁴ A. PEKAR LEMPEREUR, J. SALZER et A. COLSON, *Méthode de médiation*, op. cit., pp. 68-69.

²⁹³⁵ Schweizerischer Dachverband Mediation (SDM ; FSM en français), v. not. la plateforme d'information in <https://www.mediation-ch.org/cms3/fr>.

²⁹³⁶ Fédération Suisse des Associations de Médiation, Lignes directrices déontologiques pour médiatrices et médiateurs FSM (LDD), 1^{er} janv. 2022, in https://www.mediation-ch.org/cms3/fileadmin/doc/01/taetikeit/fr/FSM_Ethique_professionnelle_Lignes_directrices.pdf.

²⁹³⁷ LDD, art. 3 « Posture et compétence », al. 2.

²⁹³⁸ LDD, art. 5 « Multipartialité et neutralité », al. 1.

du tiers dans le cercle de l'amiable sert à la compréhension des besoins des parties afin de rendre compte des attentes communes. Seule la confrontation des perspectives de chacun permettra aux parties de s'accorder à l'avantage de tous. En ce sens, Monsieur Georges DEVEREUX, psychanalyste et anthropologue franco-américain, considère la subjectivité, inhérente à toute observation, « comme la voie royale vers une objectivité authentique plutôt que fictive »²⁹³⁹. L'impartialité, qui réfute toute prise en considération subjective, ne pourrait alors tendre à l'objectivité.

À l'instar de l'évolution de l'exigence d'impartialité précédemment évoquée²⁹⁴⁰, il faut bien reconnaître la nécessité de s'intéresser précisément à l'ensemble des acteurs et, par conséquent, l'importance de la subjectivité. L'objectivité incite ainsi à la multi-partialité. Le tiers ne pourra en effet être objectif qu'après avoir apprécié le contexte dans sa globalité, écouté l'ensemble des positions et obtenu les informations nécessaires à la réalisation de sa mission. La subjectivité est au service de la mission du tiers et ce rapprochement entre le tiers et les parties est gage d'objectivité.

749. Bilan. L'application du principe d'impartialité dans les règlements amiables implique que le tiers se rapproche davantage des parties afin d'assurer l'équilibre dans la prise en considération de chaque point de vue. Le juge, au contraire, s'écarte de chaque partie afin de ne démontrer aucun lien direct avec l'une ou l'autre des parties, ou les deux²⁹⁴¹. La variante quant à l'appréciation de l'impartialité du juge ou du tiers médiateur ou conciliateur ne ressort donc pas de l'égalité des liens entretenus entre les parties, mais de la distance observée. L'ensemble des modes de résolution des différends exige une équidistance du tiers avec les parties. Toutefois, l'intervalle symbolique qui sépare le juge ou le tiers au règlement amiable des parties témoigne de degrés différents, allant de l'indifférence à la commisération et l'empathie²⁹⁴².

²⁹³⁹ G. DEVEREUX, *De l'angoisse à la méthode dans les sciences du comportement*, Flammarion, 1980, p. 18.

²⁹⁴⁰ Cf. *supra* n° 707.

²⁹⁴¹ Bien qu'il doive être à leur écoute pour rendre une décision juste.

²⁹⁴² Cette différence de degrés s'explique notamment en raison de la prise de décision par le juge, contrairement au domaine de l'amiable où le tiers ne tranche pas le différend et où les parties sont libres de s'accorder. Pour autant, si la subjectivité est source d'objectivité, force est d'admettre que la distance entre le juge et les parties tend à se réduire (cf. *supra* n° 707). Monsieur le professeur Antoine GARAPON ouvrait notamment la réflexion sur la nouvelle place du juge en montrant la nécessité de penser le statut du juge comme un « statut de tiers inclus » (A. GARAPON, *Le gardien des promesses. Justice et démocratie*, Paris, Odile Jacob, 1996, p. 246). Le juge n'est plus perçu seulement à travers la norme, mais, au contraire, il est représenté à travers la réalité concrète de la construction commune du sens de la décision. Dans la continuité de son analyse, le bilan des états généraux met en avant le « rôle civique et social du juge » (Rapp. du comité des États généraux de la justice, *Rendre justice aux citoyens*, avr. 2022, p. 104).

L'impartialité du juge ou la multi-partialité du tiers au règlement amiable œuvrent ainsi pour la réalisation de l'œuvre de justice. Mais alors comment protéger ce principe sous ses différentes formes ? Les procédures étatiques offrent aux justiciables la possibilité de récuser le juge partial. Que propose la justice amiable ?

Paragraphe 2 : L'opportunité de la récusation du tiers partial

750. En présence d'une suspicion de partialité. Afin de garantir le respect du principe fondamental processuel d'impartialité du tiers, des mécanismes préventifs ont été consacrés. Lorsque le doute quant à la violation du principe d'impartialité concerne une juridiction ou une formation de jugement, il est nécessaire d'envisager un renvoi pour cause de suspicion légitime²⁹⁴³. Ce renvoi est un incident qui conduit au dessaisissement d'une juridiction et au transfert du dossier à une autre juridiction de même nature. Il est régulièrement appréhendé comme un « dépaysement de l'affaire »²⁹⁴⁴. Dans d'autres cas, le doute porte sur l'impartialité de l'un des magistrats uniquement. Il est alors question de récusation²⁹⁴⁵.

Le cercle de l'amiable met en exergue un tiers en relations directes avec les parties, qui les accompagne au cours du processus amiable. Dès lors, la présente étude se concentrera sur l'appréciation de la sanction de l'absence d'impartialité qu'est la récusation²⁹⁴⁶ (A), afin de considérer l'application de ce mécanisme au sein des règlements amiables (B).

A) La sanction de l'absence d'impartialité : la récusation

751. Définition et nature juridique de la récusation. Il est avant tout nécessaire de souligner qu'il n'existe pas de définition formelle de la récusation des juges. Aucun texte

²⁹⁴³ COJ, art. L. 111-8 ; v. not. *Procédure civile 20-21*, éd. Francis Lefebvre, Coll. « Mémento pratique », 2020, n° 1071, p. 57.

²⁹⁴⁴ S. AMRANI-MEKKI, « La fondamentalisation du droit du procès », *RD Assas*, n°11, oct. 2015, p. 72, spéc. n° 12.

²⁹⁴⁵ COJ, art. L. 111-6.

²⁹⁴⁶ Il est cependant à noter que le décret n° 2017-892 du 6 mai 2017 portant diverses mesures de modernisation et de simplification de la procédure civile (JORF n° 0109 du 10 mai 2017) a refondu le régime de la récusation et du renvoi pour cause de suspicion légitime et a opéré une unification de ces deux mécanismes. Le Chapitre II du titre X du Code de procédure civile est réorganisé. Désormais, le renvoi pour cause de suspicion légitime et la récusation sont traités ensemble et de la même manière : v. not. C. BLERY, « Justice du XXI^e siècle : refonte du régime de la récusation et du renvoi pour cause de suspicion légitime », *Dalloz actualité*, 13 mai 2017 ; B. BERNABE, « Récusation. Abstention », *J.-Cl. Procédure civile*, Fasc. 800-5, 13 oct. 2020 (mise à jour 2021), §§ 15 et 130.

normatif n'a en effet appréhendé ses contours. Les définitions connues résultent dès lors de la doctrine. Le *Vocabulaire juridique* définit la récusation comme l'« acte par lequel un plaideur refuse d'être jugé par ou en présence d'un magistrat ou par un arbitre, dont il conteste l'impartialité »²⁹⁴⁷. Messieurs les professeurs Loïc CADIET et Emmanuel JEULAND proposent également la définition suivante : « la récusation peut être définie comme l'incident soulevé par une partie qui, sans s'opposer à la saisine de la juridiction, prétend faire écarter un juge qu'elle suspecte de partialité envers l'un des plaideurs »²⁹⁴⁸. Ce mécanisme permet de faire respecter et de garantir par le juge le contenu de son office. Il offre ainsi la possibilité à toute partie qui aurait un doute quant à l'impartialité du juge de demander qu'il soit écarté et remplacé par un autre juge. La récusation est alors « une procédure spéciale mettant en cause la personne du juge (...) une procédure conduisant à l'invalidation d'un juge dans une procédure valide »²⁹⁴⁹. À travers cette caractérisation, Monsieur le professeur Boris BERNABE justifie techniquement que la récusation n'est ni une exception de procédure, ni un incident d'instance. En effet, elle ne peut être considérée comme une exception de procédure du fait qu'elle témoigne du respect de l'office du juge lui-même. Elle ne peut également être assimilée à un incident d'instance du fait que ce dernier « suppose non seulement que la juridiction ait été acceptée (ce qui est certes le cas quand on récusé un juge), mais encore que le juge devant lequel on procède ait été accepté par les parties (ce qui n'est en revanche plus le cas lorsqu'on récusé le juge) »²⁹⁵⁰. Cette procédure dont dispose tout justiciable s'apparente alors à un droit procédural.

752. Titulaire du droit de récusation. En tant que garantie d'impartialité, le professeur VITU affirmait que la récusation « est d'abord l'une des expressions du droit de la défense en justice »²⁹⁵¹. En ce sens, il s'agit d'un droit qui appartient aux parties. La faculté de récusation est ouverte à toute personne liée par la procédure. La récusation est dès lors engagée à l'initiative de l'une des parties²⁹⁵². En effet, le droit de récusation n'appartient pas à l'avocat d'une partie. Par conséquent, il ne peut y avoir de récusation générale, mise en œuvre à titre préventif, au profit d'un cabinet d'avocat déterminé, visant à exclure un magistrat chaque fois que ledit cabinet est amené à plaider une affaire devant la juridiction à laquelle appartient ce magistrat²⁹⁵³.

²⁹⁴⁷ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° « Récusation ».

²⁹⁴⁸ L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, Paris, 10^e éd., LexisNexis, 2017, n° 654, p. 577.

²⁹⁴⁹ B. BERNABE, « Récusation. Abstention », *J.-Cl. Procédure civile*, Fasc. 800-5, préc., n° 4.

²⁹⁵⁰ *Ibid.*

²⁹⁵¹ A. VITU, « La récusation en matière pénale », in *Mélanges Vincent*, Dalloz, 1981, p. 429.

²⁹⁵² Par un avocat devant les juridictions où seul ce dernier peut représenter les parties : CPC, art. 343 et 1027 ; par la partie elle-même où son mandataire dans les autres cas.

²⁹⁵³ Cass., Civ. 2^e, 8 sept. 2005, n° 03-18.862, *Bull. civ.* II, n° 215, p. 191 ; *RTD civ.* 2005, 822, obs. PERROT.

753. Récusation et prévention de la partialité dans l'ensemble des procédures. La récusation est prévue par tous les codes procéduraux, ainsi que par certains codes de droit substantiel contenant des dispositions procédurales. À ce titre, le Code du travail fixe des cas d'ouverture à récusation spécifiques à la juridiction prud'homale au sein de son article L. 1457-1, tout en renvoyant à la procédure prévue par le Code de procédure civile pour le règlement du défaut de partialité²⁹⁵⁴. De la même manière, l'article L. 492-5 du Code rural et de la pêche maritime donne la possibilité de récuser un assesseur du tribunal paritaire des baux ruraux et se réfère au Code de procédure civile pour la procédure applicable²⁹⁵⁵. Au-delà de ces dispositions particulières, l'article L. 111-6 du Code de l'organisation judiciaire détermine les cas de récusation communs à toutes les juridictions civiles. L'article 341 du Code de procédure civile renvoie notamment à cet article : « sauf disposition particulière, la récusation d'un juge est admise pour les causes prévues par l'article L. 111-6 du code de l'organisation judiciaire ». Pour le reste, la récusation en matière civile est posée aux articles 341 et suivants du Code de procédure.

754. En matière pénale, la faculté de récuser un juge partial a été instituée tardivement²⁹⁵⁶. C'est à l'occasion de l'adoption du Code de procédure pénale en 1958 que la « procédure de récusation répondant à des règles de procédure spécifiques, partiellement originales par rapport à ce qui a lieu en matière civile »²⁹⁵⁷ fut institutionnalisée. La procédure de récusation des magistrats siégeant dans les juridictions répressives est désormais prévue et réglementée aux articles 668 à 674-2 du Code de procédure pénale²⁹⁵⁸. Avant la consécration de cette procédure de récusation dans le Code de procédure pénale, la jurisprudence de la Chambre criminelle de la Cour de cassation considérait que les dispositions du Code de procédure civile de 1806, concernant la récusation individuelle des magistrats, étaient

²⁹⁵⁴ C. trav., art. R. 1457-1 et 2.

²⁹⁵⁵ V. not. M. REVERCHON-BILLOT, « Incidences des réformes de la justice sur le tribunal paritaire des baux ruraux », *Rev. dr. rur.*, nov. 2020, n° 437, spéc. § 14.

²⁹⁵⁶ Le Code d'instruction criminelle de 1808 connaissait la procédure de renvoi pour cause de suspicion légitime (C. instr. crim., art. 542 à 552. – V. F. HELIE, *Leçons de droit criminel, contenant l'explication complète des Codes pénal et d'instruction criminelle*, par É. BOITARD, Paris, 11^e éd., revue, complétée et mise en harmonie avec toutes les lois modificatives des deux Codes, Cotillon et Cie, 1876, n^{os} 854 à 856. – R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, Paris, 15^e éd., Sirey, 1934, n° 528, p. 1096) et la récusation des jurés de la cour d'assises (C. instr. crim., art. 400 à 404). Pour autant, rien n'était prévu lorsque la suspicion de partialité impliquait un seul magistrat. La procédure de récusation existait seulement dans le Code de procédure civile (CPC [ancien], art. 378 à 396) – v. F. DEFFERRARD, « Récusation », *J.-Cl. Procédure pénale*, Art. 668 à 674-2, Fasc. 20, 3 oct. 2019 (mise à jour 2019), n° 6.

²⁹⁵⁷ F. DEFFERRARD, « Récusation », préc., n° 6.

²⁹⁵⁸ CPP, Livre IV : « De quelques procédures particulières ». – Titre VII : « De la récusation ».

applicables en matière criminelle²⁹⁵⁹. Les juges répressifs étaient alors, jusqu'en 1958, récusables pour les mêmes causes que les juges civils et selon une procédure identique.

Cette observation mérite néanmoins une appréciation toute particulière, et ce, à plusieurs égards. Tout d'abord, si la matière pénale se référait, jusqu'à l'adoption de son Code de procédure, à la procédure de récusation prévue en matière civile, il semble désormais que les influences aient été transposées. La notice du décret n° 2017-892 du 6 mai 2017 portant diverses mesures de modernisation et de simplification de la procédure civile indique qu'« il refond le régime de la récusation et du renvoi pour cause de suspicion légitime, en s'inspirant de celui prévu dans le code de procédure pénale »²⁹⁶⁰. Mais encore, les influences réciproques constatées s'alignent avec la critique mise en avant par certains auteurs selon laquelle les conséquences logiques de la création d'un Code de l'organisation judiciaire n'ont pas été tirées : « il est clair, en effet, que c'est dans ce document que devraient prendre place des règles communes à la récusation des juges qui, mis à part le cas particulier des jurés, devraient être prévues de façon identique en droit privé et en droit pénal parce qu'elles posent les mêmes problèmes »²⁹⁶¹. En effet, le régime de la récusation demeure différent dans le cadre des procédures civile et pénale. Le Code de procédure civile et le Code de procédure pénale édictent tous deux leurs propres règles de récusation, alors que l'objet de cette procédure reste le même : garantir l'impartialité du tiers à la procédure.

755. En matière administrative, la récusation est admise à l'article L. 721-1 du Code de justice administrative lorsqu'il existe une raison sérieuse de mettre en doute l'impartialité du magistrat. Le Code ne renvoie pas aux dispositions applicables aux juridictions judiciaires. Il en détermine lui-même la cause comme la procédure aux articles R. 721-1 à R. 721-9. Cependant, à la différence des deux autres procédures traditionnelles, il n'énumère pas les motifs ou les cas susceptibles d'aboutir à une récusation²⁹⁶².

756. Les cas de récusation. L'article L. 111-6 du Code de l'organisation judiciaire fournit une liste de situations dans lesquelles la suspicion de la partialité du juge peut être considérée comme légitime. Tel est le cas lorsque le juge « ou son conjoint a un intérêt personnel à la contestation », « si lui-même ou son conjoint est créancier, débiteur, héritier

²⁹⁵⁹ Cass. Crim., 13 févr. 1846, *DP* 1846, I, p. 153. – V. aussi Cass. crim., 19 juill. 1873, *DP* 1874, I, p. 451. – Cass. crim., 12 janv. 1884, *DP* 1885, I, p. 426. – Cass. crim., 26 nov. 1957, *Bull. crim.* 1957, n° 771.

²⁹⁶⁰ Décr. n° 2017-892 du 6 mai 2017 portant diverses mesures de modernisation et de simplification de la procédure civile, *JORF* n° 0109 du 10 mai 2017, texte n° 114.

²⁹⁶¹ M.-L. RASSAT, *Procédure pénale*, Paris, 3^e éd., Ellipses, 2017, n° 63, p. 79.

²⁹⁶² V. *infra* n°s 756 et s.

présomptif ou donataire de l'une des parties », « si lui-même ou son conjoint est parent ou allié de l'une des parties ou de son conjoint jusqu'au quatrième degré inclusivement », « s'il y a eu ou s'il y a procès entre lui ou son conjoint et l'une des parties ou son conjoint », « s'il a précédemment connu de l'affaire comme juge ou comme arbitre ou s'il a conseillé l'une des parties », « si le juge ou son conjoint est chargé d'administrer les biens de l'une des parties », « s'il existe un lien de subordination entre le juge ou son conjoint et l'une des parties ou son conjoint », « s'il y a amitié ou inimitié notoire entre le juge et l'une des parties », « s'il existe un conflit d'intérêts, au sens de l'article 7-1 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature ». La partialité du magistrat peut dès lors être envisagée eu égard à une relation intéressée avec l'affaire ou l'une des parties, lorsqu'il existe un lien affectif avec l'une des parties, ou bien lorsqu'un préjugement de l'affaire peut être perçu. La question du caractère limitatif de cette liste s'est cependant posée.

Au visa de l'article 6 § 1 de la Convention européenne, la Cour de cassation a clairement répondu que l'article 341 du Code de procédure civile – qui renvoie à l'article L. 111-6 du Code de l'organisation judiciaire – « n'épuise pas nécessairement l'exigence d'impartialité requise de toute juridiction »²⁹⁶³. Il appert alors qu'une partie n'est pas liée à la liste établie à l'article L. 111-6 du Code de l'organisation judiciaire et peut demander la récusation du juge qu'elle estime partial en se fondant sur l'article 6 § 1 de la Convention. Le caractère non limitatif de l'article L. 111-6 du Code de l'organisation judiciaire ne le prive cependant pas de tout intérêt. En effet, lorsqu'un juge est saisi d'une requête en récusation motivée conformément à l'un des cas visés par l'article L. 111-6 du Code de l'organisation judiciaire, il doit la prononcer, qu'il estime ou non la réalité du risque de partialité. *A contrario*, dans les hypothèses de récusation fondée sur l'article 6 § 1 de la Convention européenne, le juge détermine souverainement si la situation dénoncée compromet véritablement l'impartialité du juge pour justifier son remplacement. Les situations dénoncées au titre de l'article L. 111-6 du Code de l'organisation judiciaire ont un caractère péremptoire, contrairement à celles relatives à l'article 6 § 1 de la Convention européenne qui doivent être davantage motivées et justifiées. Il appartient en effet

²⁹⁶³ Cass., Civ. 1^{re}, 28 avr. 1998, n° 96-11.637, *Bull. Civ. I*, n° 155, p. 102, *RTD civ.* 1998, p. 744, obs. R. PERROT. – V. égal. Cass., Soc., 18 nov. 1998, *Bull. Civ. V*, n° 506, p. 377 – Cass., Civ. 2^e, 27 mai 2004, n° 02-15.726, *Bull. civ. II*, n° 245 ; *Gaz. Pal.*, 25-26 mai 2005, p. 8, note E. DU RUSQUEC.

au justiciable d'établir l'existence d'un doute légitime quant à l'impartialité du juge²⁹⁶⁴. Le succès de la partie qui invoque la récusation est alors plus aléatoire²⁹⁶⁵.

En matière pénale, l'article 668 du Code de procédure pénale prévoit les causes rendant admissibles la requête en récusation d'un magistrat. Il en existe neuf, qui se rapportent peu ou prou à celles prévues dans le Code de l'organisation judiciaire²⁹⁶⁶. La partialité du juge pénal peut en effet être envisagée eu égard à une relation intéressée avec l'affaire ou l'une des parties²⁹⁶⁷, lorsqu'il existe un lien affectif ou hostile avec l'une des parties²⁹⁶⁸, ou bien lorsqu'un préjugement de l'affaire peut être perçu²⁹⁶⁹. Pour autant, le Code de procédure pénale n'hésite pas à renvoyer au Code de procédure civile « pour le surplus »²⁹⁷⁰. En dehors de ce qui est exclusivement et strictement prévu par le Code de procédure pénale, l'article 674-2 dudit code renvoie ainsi aux règles de la procédure civile, en l'occurrence aux articles 339 à 350 du Code de procédure civile. À ce titre, certains auteurs précisent qu'aux neuf causes limitativement énumérées à l'article 668 du Code de procédure pénale, « il convient d'ajouter une dixième – l'existence d'un conflit d'intérêts – prévues à l'article L. 111-6 du Code de l'organisation judiciaire »²⁹⁷¹.

En matière administrative, toutefois, il n'existe pas de « causes » précises de récusation, mais une formule prévue à l'article L. 721-1 du Code de la justice administrative qui permet de récuser un juge « s'il existe une raison sérieuse de mettre en doute son impartialité ».

757. En conséquence, bien que chaque code de procédure présente des causes – spécifiques et déterminées ou non – de récusation de ses magistrats, ces dernières sont appréhendées largement. En matière civile, le justiciable peut demander la récusation du magistrat qui semble partial sur le fondement de l'article L. 111-6 de Code de l'organisation judiciaire ou de l'article 6 § 1 de la Convention européenne. En matière pénale, la partie au procès peut user de sa faculté de récuser sur le fondement de l'article 668 du Code de procédure

²⁹⁶⁴ Par ex., v. Cass., Civ. 3^e, 18 nov. 2009, n° 08-18.029, *Bull. civ.* III, n° 253 ; *Procédures*, 2010, n° 15, obs. ROLLAND ; *Rev. huissiers* 2010, 86, obs. FRICERO : doute légitime sur l'impartialité de la juridiction en l'espèce découlant de la motivation du jugement.

²⁹⁶⁵ J. HERON, T. LE BARS, K. SALHI, *Droit judiciaire privé*, 7^e éd., LGDJ, Coll. « Précis Domat », 2019, n° 1142, p. 935.

²⁹⁶⁶ Bien que certaines causes prévues au sein de l'article L. 111-6 du COJ témoignent d'une considération plus marquée à la matière civile ; comme le lien relatif à une créance (2^o) ou lorsque le juge ou son conjoint est chargé d'administrer les biens de l'une des parties. Ces causes méritent en effet une attention d'autant plus particulière dans une instance civile, qui tend à la réparation d'un dommage, que dans une instance pénale ayant pour objectif premier d'assurer la répression.

²⁹⁶⁷ V. not. CPP, art. 668, 2^o, 4^o et 8^o.

²⁹⁶⁸ V. not. CPP, art. 668, 1^o, 3^o, 5^o, 7^o.

²⁹⁶⁹ V. CPP, art. 668, 6^o.

²⁹⁷⁰ CPP, art. 674-2.

²⁹⁷¹ F. DEFFERRARD, « Récusation », préc., n° 10.

pénale. Cependant, par extension, les causes prévues par le Code de procédure civile peuvent être admises, ainsi que, par voie de conséquence, celles de l'article 6 § 1 de la Convention européenne. En effet, la jurisprudence initiée par l'arrêt du 28 avril 1998 précité doit s'étendre à la matière pénale. Ainsi, la Convention européenne permet de retenir d'autres causes de récusation que celles énumérées par la loi interne, si elles sont sérieuses²⁹⁷². La Chambre criminelle a notamment reconnu, dans un arrêt en date du 6 janvier 2000, que les autorités judiciaires saisies d'une demande de récusation devaient s'interroger sur l'éventualité de l'impartialité de la juridiction au sens des textes nationaux mais également internationaux²⁹⁷³. À ce titre, si la liste stricte des causes de récusation est d'origine légale, elle ne se limite pas à la loi interne²⁹⁷⁴. Enfin, la matière administrative expose la faculté de récuser de manière pragmatique, sans citer une cause particulière. Cette souplesse de la matière administrative, à travers la formulation de l'existence d'« une raison sérieuse de mettre en doute son impartialité », implique de considérer le caractère sérieux de la demande. L'appréciation d'une cause de partialité du juge administratif renverra alors nécessairement aux études réalisées sur le fondement de l'article 6 § 1 de la Convention européenne.

Dès lors, la faculté de récuser un magistrat s'appuie nécessairement sur le fondement de l'article 6 § 1 de la Convention européenne, du fait qu'il apprécie l'atteinte au principe fondamental de l'impartialité²⁹⁷⁵.

758. La procédure de récusation. En vertu de l'article 342 du Code de procédure civile, la partie qui entend récuser un juge « doit, à peine d'irrecevabilité, le faire dès qu'elle a connaissance de la cause justifiant la demande »²⁹⁷⁶ et au plus tard avant la clôture des débats²⁹⁷⁷. Depuis le décret n° 2017-892 du 6 mai 2017²⁹⁷⁸, la demande de récusation est portée devant le président de la juridiction immédiatement supérieure²⁹⁷⁹. La récusation relève ainsi

²⁹⁷² Pour illustration, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé que « les soupçons de partialité qui peuvent peser sur un juge ne sauraient s'étendre à un autre par le seul fait qu'ils siègent habituellement ensemble » : Cass., Crim., 18 déc. 2001, n° 01-84.170, *Bull. crim.*, n° 273, p. 892.

²⁹⁷³ Cass., Crim., 6 janv. 2000, n° 99-80.846, *Bull. crim.* n° 5 ; *Dr. pén.* 2000, comm. 68, obs. A. MARON.

²⁹⁷⁴ L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 656.

²⁹⁷⁵ Quant aux articles propres à chaque code de procédure – plus précisément au CPC et au CPP –, ils prévoient des causes strictes et déterminées de récusation qui disposent du caractère péremptoire.

²⁹⁷⁶ Cass., Civ. 2^e, 24 nov. 2005, n° 05-01.544, *Bull.* 2005, II, n° 303, p. 267.

²⁹⁷⁷ La demande de récusation formée après la clôture des débats est irrecevable : Cass., Civ. 2^e, 30 nov. 1978, *Bull. civ.*, II, n° 262 ; Cass., Civ. 2^e, 16 juill. 1987, *Gaz. Pal.*, 1988, somm. 37, obs. S. GUINCHARD et T. MOUSSA.

²⁹⁷⁸ Décr. n° 2017-892 du 6 mai 2017, préc. – Pour une lecture précise des modifications opérées par ce décret, v. Y. STRICKLER, « Les dispositions de procédure civile du décret n° 2017-892 du 6 mai 2017 », *Procédures* 2017, étude 24.

²⁹⁷⁹ Elle était jusqu'alors adressée au juge contesté qui pouvait décider de s'abstenir ou de s'opposer à la récusation, ou ne pas y répondre.

de la compétence du premier président de la cour d'appel²⁹⁸⁰ ou du premier président de la Cour de cassation quand la récusation vise le premier président de la cour d'appel²⁹⁸¹. Pour ce dernier, l'article 350 du Code de procédure civile réalise un renvoi – bien que maladroit²⁹⁸² – aux articles 341, 342 et 344 à 348 du même Code²⁹⁸³.

L'article 344 du Code de procédure civile prévoit que la demande est « formée par acte remis au greffe de la cour d'appel ». Il ajoute également que lorsque la cause justifiant la demande est découverte à l'audience, la demande est alors « formée par déclaration consignée par le greffier dans un procès-verbal, qui est adressé sans délai au premier président ». Cette demande doit, « à peine d'irrecevabilité, indiquer les motifs de récusation (...) et être accompagnée des pièces justificatives ». Le magistrat visé par la demande de récusation est informé, et invité à présenter ses observations²⁹⁸⁴. Sur ces entrefaites, il peut s'abstenir et sera alors remplacé par un autre juge désigné par le président de sa juridiction. Cette abstention met fin à la procédure de récusation. En revanche, à supposer que la procédure se poursuive jusqu'à son terme, l'article 346 du Code de procédure civile prévoit que « le premier président statue sans débat dans le délai d'un mois à compter de sa saisine après avis du procureur général ». Dans le cas où la demande de récusation est rejetée, le juge n'est pas dessaisi et son auteur peut être condamné à une amende civile d'un maximum de 10 000 euros ou à des dommages-intérêts au profit du magistrat injustement soupçonné de partialité²⁹⁸⁵. *A contrario*, lorsque la demande de récusation est admise, il est procédé au remplacement du juge²⁹⁸⁶.

759. En matière pénale, conformément à l'article 669 alinéa 1^{er} du Code de procédure pénale, la requête en récusation doit, à peine de nullité être présentée au premier président de la cour d'appel dans le ressort duquel le juge dont l'impartialité est mise en cause exerce ses

²⁹⁸⁰ CPC, art. 344.

²⁹⁸¹ CPC, art. 350. – Par exception, lorsque la demande de récusation concerne un magistrat de la Cour de cassation, elle est portée devant le premier président : CPC, art. 1027.

²⁹⁸² V. Y. STRICKLER, « Les dispositions de procédure civile du décret n° 2017-892 du 6 mai 2017 », art. préc., spéc. n° 4.

²⁹⁸³ Ce sont en effet les modalités de ces articles qui seront applicables.

²⁹⁸⁴ Il est à noter qu'antérieurement au décret de 2017, le juge informé de la demande par le greffier devait immédiatement cesser toute opération sur le dossier dont il était saisi et ce jusqu'à ce qu'il ait été statué sur la récusation. Désormais, la requête ne produit pas la suspension automatique de l'instance. En vertu du troisième alinéa de l'article 345 du Code de procédure civile, le premier président peut, toutefois, après avis du procureur général, « ordonner qu'il soit sursis à toute décision juridictionnelle jusqu'à la décision sur la demande ».

²⁹⁸⁵ CPC, art. 348.

²⁹⁸⁶ CPC, art. 347, al. 1^{er}.

fonctions²⁹⁸⁷. Bien qu'aucun formalisme ne soit exigé²⁹⁸⁸, la requête doit désigner nommément le magistrat récusé et contenir l'exposé des moyens invoqués avec toutes les justifications utiles à l'appui de la demande de récusation. Le Code de procédure pénale ne précise pas le moment auquel la requête doit être présentée. Pourtant, l'alinéa 4 de l'article 669 dispose que « la partie qui aura procédé volontairement devant une cour, un tribunal ou un juge d'instruction ne sera reçue à demander la récusation qu'à raison des circonstances survenues depuis, lorsqu'elles seront de nature à constituer une cause de récusation ». La temporalité de la demande apparaît dès lors importante dans le sens où sa tardiveté peut entraîner son irrecevabilité²⁹⁸⁹. De sorte que, lorsque la cause de récusation est antérieure à l'ouverture des débats, elle doit être présentée *in limine litis*²⁹⁹⁰. Si les circonstances de la partialité du juge viennent à se révéler postérieurement à l'ouverture des débats, la partie intéressée doit présenter sa demande dès le moment où elle en a connaissance. La récusation peut alors être obtenue jusqu'à la clôture des débats.

Afin de prévenir toute mise en cause dilatoire, la demande de récusation en matière pénale ne produit pas d'effet juridique automatique. L'affaire continue ainsi à être instruite et jugée²⁹⁹¹. Or, en raison du risque d'atteinte au principe d'impartialité, le renvoi de l'affaire peut être prononcé, jusqu'à ce qu'il ait été statué sur l'incident. L'article 670, alinéa 2, du Code de procédure pénale donne possibilité au premier président, après avis du procureur général, d'ordonner qu'il soit sursis à la continuation de l'information ou des débats, soit au prononcé du jugement. Au titre de ces effets relatifs à la présentation de la requête, le régime de la récusation en matière civile s'est ainsi aligné sur le régime de la récusation en matière pénale²⁹⁹².

Dès qu'il est saisi de la demande en récusation, le premier président de la cour d'appel la notifie en la forme administrative au président de la juridiction à laquelle appartient le

²⁹⁸⁷ Pour toute demande visant le premier président de la cour d'appel, la requête doit être adressée au premier président de la Cour de cassation qui, après avis du procureur général près ladite cour, statue par une ordonnance : CPP, art. 672. – Lorsque la demande de récusation vise un magistrat de la Cour de cassation, une procédure particulière est prévue aux articles 674-1 et 674-2 du CPP, depuis la loi du 3 juill. 1967 (L. n° 67-523, 3 juill. 1967, relative à la Cour de cassation : JO 4 juill. 1967, p. 6651). Selon l'article 674-1 CPP, la demande en récusation d'un magistrat de la Chambre criminelle de la Cour de cassation doit être déposée au greffe de la Cour.

²⁹⁸⁸ La condition précitée, évoquée au sein de l'art. 669, est en effet la seule exigence légale. « Aucune autre formalité n'est prévue, de sorte que la requête peut être déposée au secrétariat de la première présidence ou adressée par voie postale », F. DEFFERARD, « Récusation », préc., spéc. n° 150. De ce fait, « il n'est exigé ni enregistrement au greffe de la cour d'appel ni notification ou avis sous une forme quelconque aux autres parties ni au magistrat récusé », H. ANGEVIN, « Récusation », *JCl. Procédure pénale*, Art. 668 à 674-2, Ancienne version.

²⁹⁸⁹ Il sera considéré que la partie a renoncé à la faculté de récuser : Cass. req., 17 déc. 1901, *DP* 1903, 1, p. 347.

²⁹⁹⁰ F. DEFFERARD, « Récusation », préc., n° 158.

²⁹⁹¹ CPP, art. 670, al. 2.

²⁹⁹² Cf. n° 754 – CPC, art. 345.

magistrat récusé²⁹⁹³. Le magistrat dont il est question est également informé et peut présenter ses observations en un mémoire qu'il remet au président, lequel transmet au premier président accompagné de ses remarques et avis. Après avis du procureur général²⁹⁹⁴, il peut soit recevoir favorablement la demande de récusation, soit la rejeter. Dans le premier cas, la décision rendue est insusceptible de recours et le magistrat est remplacé par un autre. Dans le cas contraire, la saisine du magistrat est maintenue. L'article 673 du Code de procédure pénale prévoit cependant que « toute ordonnance rejetant une demande de récusation prononce la condamnation du demandeur à une amende civile de 75 à 750 euros ». Lorsque la demande rejetée vise un magistrat de la Cour de cassation, l'amende est celle prévue à l'article 348 du Code de procédure civile, soit 10 000 euros au maximum.

Or, il est à noter que lorsque la récusation vise un juge du fond, elle est obligatoirement prononcée et peut atteindre 750 euros. Lorsque la récusation vise un magistrat de la Cour de cassation, en revanche, l'amende civile est facultative, mais peut atteindre un montant de 10 000 euros. Dès lors, contrairement à la matière civile, la faculté offerte à une partie de récuser un juge pénal est obligatoirement sanctionnée lorsqu'elle n'aboutit pas²⁹⁹⁵.

760. Au demeurant, la jurisprudence constante de la Cour de cassation admet qu'une partie n'est pas recevable à mettre en cause devant elle l'impartialité d'un magistrat dès lors qu'elle n'a pas fait usage de la possibilité d'en obtenir le respect en récusant ce magistrat, et qu'en s'abstenant de le faire avant la clôture des débats, elle a renoncé sans équivoque à s'en prévaloir. Cette solution, adoptée par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation en matière civile le 24 novembre 2000²⁹⁹⁶, a été retenue en matière pénale dans un arrêt rendu par la même formation le 11 juin 2004²⁹⁹⁷. Depuis, la Cour de cassation n'est pas revenue sur cette solution²⁹⁹⁸. Dans le cas où le justiciable ne se saisit pas de la faculté de récuser le magistrat partial, il est débouté de son droit à un juge impartial, et ce, du fait qu'il y ait renoncé. Le non-usage de la faculté de récuser avant la clôture des débats est en effet appréhendé par la Cour de cassation comme une renonciation au droit fondamental.

761. Quant à la matière administrative, le régime de la récusation est prévu aux articles R. 721-2 et suivants du Code de justice administrative. De la même manière que pour la

²⁹⁹³ CPP, art. 670, al. 1.

²⁹⁹⁴ Auquel il n'est pas lié.

²⁹⁹⁵ V. critiques in F. DEFFERRARD, « Récusation », préc., nos 181 et 182.

²⁹⁹⁶ Cass., Ass. plén., 24 nov. 2000, n° 99-12.412, *Bull. Ass. Plén.*, n° 10, p. 17.

²⁹⁹⁷ Cass., Ass. plén., 11 juin 2004, n° 98-82.323, *Bull. Ass. Plén.*, n° 1, p. 1.

²⁹⁹⁸ V. not. Cass., Civ. 2^e, 4 mars 2021, n° 19-21.579 P., *Dalloz actualité*, 19 mars 2021, note A. BOLZE.

procédure civile, « la partie qui veut récuser un juge doit, à peine d'irrecevabilité, le faire dès qu'elle a connaissance de la cause de récusation »²⁹⁹⁹. La demande est formée par acte remis au greffe de la juridiction ou par une déclaration qui est consignée par le greffe dans un procès-verbal. Après communication de la demande par le greffe, le membre récusé doit s'abstenir jusqu'à ce qu'il ait été statué sur la récusation³⁰⁰⁰. Ce dernier peut acquiescer à la récusation. Il est alors aussitôt remplacé³⁰⁰¹. Dans le cas contraire, la juridiction se prononce sur la demande. Il est cependant à noter une règle particulière en matière administrative, qui ne trouve pas son pendant dans le Code de procédure civile : la juridiction se prononce sur la demande de récusation d'un juge par une décision non motivée³⁰⁰².

762. Les personnes récusables. Les premières personnes visées par les textes relatifs à la récusation sont les magistrats du siège, c'est-à-dire les juges appelés à trancher un litige. Or, la procédure de récusation s'applique à d'autres acteurs de la justice. En effet, en vertu des articles 1456, alinéas 2 et 3, et 1473 du Code de procédure civile, les arbitres peuvent également être récusés si une circonstance susceptible d'affecter leur indépendance ou leur impartialité est révélée ou est survenue postérieurement à leur désignation³⁰⁰³. En effet, la jurisprudence a reconnu que « l'indépendance d'esprit est indispensable à l'exercice d'un pouvoir juridictionnel, quelle qu'en soit la source, qu'elle est l'une des qualités essentielles des arbitres »³⁰⁰⁴. Concernant les causes de récusation des arbitres, la Cour de cassation estimait qu'il s'agissait, sauf convention contraire, des causes visées à l'article 341 du Code de procédure civile, qui renvoie à l'article L. 111-6 du Code de l'organisation judiciaire³⁰⁰⁵. Or, l'article 1456 du Code de procédure civile, issu de la réforme opérée par le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage³⁰⁰⁶, donne à penser que la récusation de l'arbitre peut être envisagée plus largement, en reposant sur tout défaut d'indépendance ou d'impartialité³⁰⁰⁷. Les circonstances invoquées pour contester l'impartialité de l'arbitre doivent

²⁹⁹⁹ CJA, art. R. 721-2.

³⁰⁰⁰ « En cas d'urgence, un autre membre de la juridiction est désigné pour procéder aux opérations nécessaires » (CJA, art. R. 721-6, al. 2).

³⁰⁰¹ CJA, art. R. 721-9, al. 1er.

³⁰⁰² CJA, art. R. 721-9 – Cette règle a notamment été reprise à l'identique pour la récusation des experts, par le décret n° 2010-164 du 22 févr. 2010 relatif aux compétences et au fonctionnement des juridictions administratives, JORF n° 0045 du 23 févr. 2010, texte n° 15, art. 39 ; v. CJA, art. R. 621-6-4.

³⁰⁰³ Cf. définition donnée in G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., v° « Récusation », sens 1.

³⁰⁰⁴ Cass., Civ. 2^e, 13 avr. 1972, n° 70-12.774, *Bull.* II, n° 91, p. 71 ; *D.* 1973. 2, note ROBERT ; *Rev. arb.* 1975. 235.

³⁰⁰⁵ V. Cass., Com., 29 oct. 1991, n° 89-17.014, *Bull. Civ.* IV, n° 313, p. 216.

³⁰⁰⁶ Décr. n° 2011-48 du 13 janv. 2011 portant réforme de l'arbitrage, JORF n° 0011 du 14 janv. 2011, texte n° 9.

³⁰⁰⁷ J.-B. RACINE, « Le nouvel arbitre », in T. CLAY (dir.), *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, Lextenso éd., 2011, spéc. pp. 121 s. ; cité in J. HERON, T. LE BARS, K. SALHI, *Droit judiciaire privé*, op. cit., p. 933, note n° 7.

caractériser, par l'existence de liens matériels ou intellectuels, une situation de nature à affecter le jugement de cet arbitre et constituer un risque certain de prévention à l'égard de l'une des parties³⁰⁰⁸. Cette difficulté est alors réglée par la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, tranchée par le juge d'appui, saisi dans le mois qui suit la révélation ou la découverte du fait litigieux³⁰⁰⁹.

Il en est de même des jurés d'une cour d'assises. Les jurés exercent la fonction de juge lors de la session d'assises. Par conséquent, ils sont également récusables. En vertu de l'article 304 du Code de procédure pénale, ils sont tenus par un devoir d'impartialité³⁰¹⁰ et peuvent être écartés de l'affaire. Techniquement, à mesure qu'ils sont appelés au moment du tirage au sort du jury de la cour d'assises, ils sont récusables par l'accusé ou son avocat et par le ministère public³⁰¹¹.

763. Outre ces acteurs, chargés de trancher le litige, d'autres personnes sont également récusables. Il s'agit notamment des techniciens qui sont tenus d'apporter un éclairage sur l'affaire par une consultation, une expertise ou de simples constatations. L'article 234 du Code de procédure civile dispose en effet que « les techniciens peuvent être récusés pour les mêmes causes que les juges »³⁰¹². La partie qui entend récuser le technicien doit alors le faire devant le juge qui l'a commis ou devant le juge chargé du contrôle avant le début des opérations ou dès la révélation de la cause de la récusation³⁰¹³. Dans la continuité de la jurisprudence établie concernant les juges, la Cour de cassation a retenu, dans un arrêt en date du 4 juin 2009, qu'une partie « n'est pas recevable à invoquer devant la Cour de cassation la violation de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dès lors qu'il n'a pas fait usage de la possibilité d'en obtenir le respect en récusant l'expert par application de l'article 234 du code de procédure civile et qu'en s'abstenant de le faire avant le début des opérations d'expertise, il a ainsi renoncé sans équivoque à s'en prévaloir »³⁰¹⁴. Le régime de la récusation englobe dès lors les juges et les techniciens. Or, une distinction apparaît entre la matière civile et la matière pénale. En effet, les experts intervenant dans une instance répressive

³⁰⁰⁸ CA Paris, 1^{re} ch., 28 nov. 2002, *Voith Turbo GmbH Ag et Co c. Société nationale des chemins de fer tunisien* ; *Rev. arb.* 2003. 445, note BELLOC ; *JCP* 2003. I. 164, n° 3, obs. SERAGLINI. – V. aussi CA Paris, 2 juill. 2013, n° 11/23234 ; *Rev. arb.* 2013. 1033, note HENRY.

³⁰⁰⁹ CPC, art. 1456, al. 3. – À noter que le juge d'appui est le président du tribunal judiciaire : CPC, art. 1459.

³⁰¹⁰ Devoir issu de leur serment de juré : CPP, art. 304 – En ce sens, v. CEDH, 25 nov. 1993, *Holm c/ Suède*, req. n° 14191/88, § 30 – CEDH, 23 avr. 1996, *Remli c/ France*, req. n° 16839/90, *JCP G* 1997, I, 4000, n° 26, obs. F. SUDRE ; *RSC* 1997, p. 473, note R. KOERING-JOULIN.

³⁰¹¹ CPP, art. 297.

³⁰¹² V. égal. les lignes directrices de la CEPEJ concernant les règles strictes garantissant l'impartialité de l'expert, 5.1.1, n°s 82 et s.

³⁰¹³ CPC, art. 234, al. 2.

³⁰¹⁴ Cass., Civ. 2^e, 4 juin 2009, n° 08-11.163, *Bull.* 2009, II, n° 140.

ne sont pas récusables³⁰¹⁵. L'absence de cette possibilité devant les juridictions pénales est comblée par les sérieuses garanties qui entourent la désignation des experts³⁰¹⁶ et le caractère contradictoire des discussions postérieurement à la production du rapport. Cette comparaison entre les procédures civile et pénale constitue néanmoins « une impossibilité curieuse qui n'a pas de justification »³⁰¹⁷. La Cour de cassation a notamment reconnu que les expertises ne doivent pas être envisagées isolément mais au regard de leur place dans le procès et de l'influence qu'elles pourraient avoir sur l'appréciation des faits par le juge³⁰¹⁸. De ce fait, l'impartialité de l'expert est indispensable à l'existence d'une expertise équitable et, par voie de conséquence, à l'existence d'un procès équitable³⁰¹⁹. La Chambre criminelle de la Cour de cassation a alors remédié, à travers sa jurisprudence, au silence du Code quant à la possibilité de récuser un technicien partial. Dans un arrêt en date du 25 septembre 2012³⁰²⁰, la Cour de cassation valide la nullité de la désignation d'un expert judiciaire – et de tous les actes auxquels il avait participé – du fait qu'elle ne pouvait garantir les conditions du procès équitable en raison de la dépendance de cet expert à l'une des parties³⁰²¹. La désignation d'un expert impartial et indépendant répond dès lors de l'exigence du droit à un procès équitable.

À la différence des experts, la récusation de l'interprète est expressément prévue par le Code de procédure pénale³⁰²². Ce droit à l'assistance d'un interprète, au bénéfice de la personne à l'encontre de laquelle une action publique a été déclenchée, de la partie civile ou du témoin, lorsqu'ils ne parlent pas suffisamment la langue française ou lorsqu'ils sont atteints de surdité, est garantie par les articles 5 § 2 et 6 § 2 de la Convention européenne. Il s'agit d'une garantie inscrite parmi les droits de la défense. Bien qu'il ne revienne pas à l'interprète le rôle de juger de la culpabilité de l'individu, sa mission revêt une grande importance dans le déroulement de

³⁰¹⁵ Aucune disposition du CPP ne renvoie aux dispositions prévues par le CPC.

³⁰¹⁶ V. J.-P. VALAT, « Expertise », *JCl. Procédure pénale*, Art. 156 à 169-1, Fasc. 20, 15 avr. 2013 (mise à jour 13 févr. 2022).

³⁰¹⁷ F. DEFFERRARD, « Récusation », préc., n° 90.

³⁰¹⁸ Cass., Crim., 8 juin 2006, n° 06-81.359, *Bull. crim.* 2006, n° 172, p. 594 ; *RSC* 2006, p. 850, obs. R. FINIELZ. Dans sa solution, la Cour de cassation s'appuie en effet sur la motivation des juges du fond selon laquelle : « un défaut d'impartialité de l'expert peut rejaillir sur la décision du juge et entacher ainsi d'iniquité la procédure ; qu'en conséquence, l'expertise ne doit pas être envisagée isolément mais par rapport à sa place dans le procès et l'équité de celui-ci, et plus spécialement à l'exigence d'indépendance et d'impartialité du tribunal ; qu'il s'agit de rechercher à cet égard si l'avis de l'expert est susceptible d'influencer de manière prépondérante l'appréciation des faits par le juge ».

³⁰¹⁹ L. CADIEU, J. NORMAND et S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, op. cit., n° 76, pp. 171-172. – Adde N. FRICERO, « L'impartialité de l'expert, un élément clef de l'expertise équitable », in *Mél. en l'honneur de Daniel Tricot*, Dalloz, Coll. « Etudes, mélanges, travaux », 2011, p. 355 sq.

³⁰²⁰ Cass., Crim., 25 sept. 2012, n° 12-82.770, *Bull. Crim.*, n° 197, *AJ pénal* 2012, p. 659, obs. C. RENAUD-DUPARC.

³⁰²¹ Dans cette affaire, l'expert désigné était salarié de la société partie civile ayant déposé la plainte initiale. La chambre de l'instruction reconnaît alors de « lourd indices d'une inféodation de l'expert à la partie civile ».

³⁰²² CPP, art. 344 al. 2, et 407, al. 2.

la procédure pénale et du comportement de l'individu auquel les propos sont traduits. À cet égard, l'article 344, alinéa 2, du Code de procédure pénale prévoit que « le ministère public, l'accusé et la partie civile peuvent récuser l'interprète en motivant leur récusation. La cour se prononce sur cette récusation. Sa décision n'est susceptible d'aucune voie de recours ». Le deuxième alinéa de l'article 407 du même code prévoit des règles identiques en matière correctionnelle et de police.

Enfin, l'article L. 111-6 du Code de l'organisation judiciaire prévoit que les magistrats du ministère public agissant en qualité de partie jointe peuvent également être récusés, si une des conditions prévues dans le texte est remplie.

764. Si cette extension de la procédure de récusation à d'autres acteurs que les juges peut interroger, elle s'explique légitimement eu égard à l'influence qu'ils peuvent exercer sur le tribunal, et par-là, sur la suite de la procédure. En effet, le ministère public en tant que partie jointe, n'est pas partie comme il peut l'être quand il intervient en tant que partie principale³⁰²³. En tant que partie jointe, il est un conseil pour le juge et dès lors qu'il n'est l'adversaire de personne il doit être impartial. Le technicien désigné apporte quant à lui des réponses techniques. En ce sens, il guide le juge dans sa prise de décision. L'avis de l'expert dépend alors tant de sa compétence technique ou scientifique que de son impartialité. Cette affirmation permet de confirmer le manque de pertinence de la comparaison entre les procédures civile et pénale. Elle rend à ce titre compte de la possibilité donnée de contester la désignation d'un expert s'il est démontré un parti pris ou des préjugés envers l'une des parties³⁰²⁴. Il en est de même de la mission de l'interprète. L'acte de parole de l'interprète a pour objectif d'écouter le discours dans la langue de départ, de l'analyser et de le comprendre, et de le reconstituer dans la langue d'arrivée. Il joue alors un rôle fondamental dans le système judiciaire et doit être objectif et impartial.

Dès lors que l'exigence d'impartialité revêt une place essentielle en droit processuel, elle doit être protégée à de multiples égards. En ce sens, outre les acteurs du procès, se pose la question de la protection de cette exigence dans le cadre des règlements amiables³⁰²⁵. Une partie

³⁰²³ Malgré un vif débat doctrinal au sujet de la qualité de partie du ministère public, la Cour de cassation a jugé, dans un arrêt du 1^{er} mars 2017, que ce dernier était « partie au procès » (Cass., Crim., 1^{er} mars 2017, n°16-83001, *Bull. crim.* 2017, n° 63). – À ce titre, en tant que « partie principale et nécessaire au procès pénal, le ministère public est irrécusable » (B. BOULOC, *Procédure pénale, op. cit.*, n° 206, pp. 180-181) ; CPP, art. 669, al. 2. En effet, un plaideur ne peut récuser son adversaire. – V. aussi A. VIALA, « Le ministère public peut-il être récusé ? », *Gaz. Pal.* 1980, t. 1, doct. 163.

³⁰²⁴ V. Cass., Crim., 25 sept. 2012, n° 12-82.770, préc.

³⁰²⁵ V. M. OLIVIER, « La conciliation et la médiation judiciaires en matière civile, aspects anciens et actuels », art. préc., p. 1263, qui s'interrogeait déjà en 1996 sur le droit pour une ou les deux parties de récuser le médiateur désigné par le juge.

qui relèverait un doute quant à l'impartialité du tiers chargé de réaliser le règlement amiable dispose-t-elle d'outils pour que ce dernier soit remplacé ? Plus encore, la mise en place d'une telle procédure s'avère-t-elle utile dans un tel cadre ?

B) La récusation dans les règlements amiables

765. Opportunité de la récusation dans les règlements amiables. En tant que principe fondamentalement protégé, l'impartialité du tiers à la procédure de règlement du différend est attentivement appréciée devant les juridictions de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif. Bien que l'importance de la considération de l'impartialité du tiers au règlement amiable ait été relevée, est-il nécessaire de prévoir des mécanismes précis afin de la garantir ? *Quid* de l'utilité de l'établissement de la faculté de récuser dans les règlements amiables ? La question de l'opportunité de la mise en œuvre de cette procédure s'est en effet posée à divers égards. Certains auteurs admettent qu'« il n'est pas opportun (...) de prévoir, au profit des parties, la possibilité de récuser le tiers dès lors que celui-ci ne peut être désigné qu'avec leur accord »³⁰²⁶. Ce constat se justifie d'autant plus lorsque ce sont les parties elles-mêmes qui désignent le tiers à la procédure.

Cependant, *quid* lorsque l'une ou l'ensemble des parties découvrent, postérieurement au choix du tiers, un motif tendant à considérer sa partialité ? Dans la pratique, un tel incident impliquerait l'arrêt de la procédure amiable et la poursuite de la résolution devant le juge. Or, plutôt que de mettre un terme de manière prématurée au règlement amiable en raison d'un doute concernant le tiers, ne pourrait-il pas être envisagée une procédure permettant aux parties de poursuivre leurs négociations dans un environnement leur garantissant le respect de leurs droits ? Deux procédures méritent alors d'être envisagées selon que la demande émane de l'une ou de l'ensemble des parties au processus amiable.

766. Récusation et révocation. Dans le cadre d'un règlement amiable, la désignation du tiers lui donne une figure symbolique. La volonté de l'ensemble des parties est prééminente pour tenter de trouver un accord mutuellement satisfaisant avec l'aide de ce tiers. Or, lorsqu'un doute apparaît concernant son impartialité, les parties pourraient envisager – individuellement ou collectivement – de demander le remplacement de ce tiers pour mener à bonne fin la

³⁰²⁶ L. CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, 3^e éd., Dalloz, Coll. « Connaissance du droit », 2019, p. 140.

résolution du différend à l'amiable, malgré cet incident. Une distinction, existant déjà dans le domaine de l'arbitrage, doit alors être opérée. L'article 1473 du Code de procédure civile dispose en effet que « sauf stipulation contraire, l'instance arbitrale est également suspendue en cas (...) de récusation ou de révocation d'un arbitre jusqu'à l'acceptation de sa mission par l'arbitre désigné en remplacement ». Lorsqu'il existe un doute quant à l'impartialité de l'arbitre, ce dernier peut alors être récusé ou révoqué. Dans ce contexte, la récusation implique qu'une partie à la procédure arbitrale refuse que son différend soit tranché par un arbitre dont il conteste l'impartialité. La révocation, quant à elle, représente l'acte par lequel celui ou ceux qui avaient confié une mission à une personne mettent fin à ladite mission³⁰²⁷. En effet, l'article 1458 du Code de procédure civile précise que « l'arbitre ne peut être révoqué que du consentement unanime des parties »³⁰²⁸. Il appert dès lors que la révocation suppose une volonté commune, à l'inverse de la récusation qui témoigne de la demande individuelle de l'une des parties.

Ces deux mécanismes protecteurs de l'impartialité du tiers, pourraient être transposés dans le cadre des règlements amiables des différends. En effet, il est des cas où l'une des parties apprendra l'existence d'un lien entre le tiers choisi et son partenaire à la médiation ou à la conciliation. Dans ce cas, la faculté de récuser le tiers partial pourrait être admise, ce qui offrirait la possibilité de persister pour résoudre le différend à l'amiable. Dans d'autres cas, l'ensemble des partenaires pourrait estimer que le tiers devrait être remplacé.

Si l'appréhension de la révocation ne pose pas de réelle difficulté, en raison du contexte consensuel de l'amiable et de la soumission du déroulement du processus à la volonté commune des parties, l'admissibilité de la procédure de récusation appelle des précisions. En effet, la faculté de récusation dans le cadre des modes amiables implique de considérer une volonté individuelle pour remplacer le tiers. Or, certains domaines investis par les règlements amiables prévoient la récusation du tiers intervenant.

767. La possibilité de récuser le tiers. Le Centre de médiation et d'arbitrage de Paris (CMAP) offre ses services à travers diverses procédures de résolution des conflits, telles que les procédures de médiation commerciale, de médiation de la consommation, d'arbitrage, d'expertise amiable ou encore de Med-Arb simultanés. Il prévoit dès lors divers règlements propres à chaque procédure. Dans le règlement d'arbitrage, il est prévu que « la partie qui

³⁰²⁷ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., v° « Révocation », 1 b) dans le cas de la révocation d'une personne dans les relations privées. Par opposition, la révocation dans le Droit de la fonction publique, notamment pour les juges, est assimilée à une « mesure disciplinaire consistant dans l'exclusion d'un fonctionnaire des cadres de l'administration avec ou sans suspension de ses droits à pension ».

³⁰²⁸ Dans le même sens, l'art. 1549 du CPC dispose que le technicien choisi par les parties dans le cadre d'une procédure participative « ne peut être révoqué que du consentement unanime des parties ».

entend récuser un arbitre pour une circonstance révélée ou découverte après sa désignation doit, immédiatement et, au plus tard, trente jours après la date à laquelle elle a eu ou aurait dû avoir connaissance de la cause de récusation, adresser à la Commission d'arbitrage une demande motivée »³⁰²⁹. Si la demande est reçue, il sera pourvu au remplacement de l'arbitre³⁰³⁰. Le règlement d'arbitrage du CMAP donne ainsi la faculté aux parties de demander la récusation de l'arbitre dont elles contestent l'impartialité. Toutefois, cette possibilité est flanquée d'un délai pour agir. Au-delà de trente jours après la date à laquelle la partie a eu ou aurait dû avoir connaissance de la cause de récusation, l'arbitre ne pourra plus être récusé. Dès lors que la partie n'aura pas fait usage de cette possibilité de récuser l'arbitre dans ce délai de trente jours, il sera considéré qu'elle a renoncé à se prévaloir de ce droit.

Quant au règlement de médiation, bien qu'il affirme l'exigence de l'impartialité du médiateur³⁰³¹, il ne prévoit pas de droit de récusation au profit des parties³⁰³². Toutefois, la récusation du médiateur est prévue dans le cadre de la procédure de méd-arb. En effet, le règlement de méd-arb simultanés précise que « tout médiateur désigné peut être récusé s'il existe des circonstances de nature à faire douter, aux yeux des parties, de son impartialité... »³⁰³³. En outre, il est opportun de relever que ledit règlement affirme l'indépendance des procédures : « la médiation et l'arbitrage se déroulent indépendamment l'une de l'autre »³⁰³⁴. Une véritable faculté de récuser un médiateur est alors reconnue par le CMAP. À la différence de la procédure de récusation de l'arbitre, la partie qui entend faire récuser le médiateur doit présenter une demande motivée dans les quinze jours de la survenance de la cause de la récusation ou de sa survenance³⁰³⁵. Le délai est alors réduit. Après instruction contradictoire, la Commission d'agrément et de nomination statue et dans le cas où elle reconnaît une cause de récusation, elle procède au remplacement du médiateur. La possibilité de récuser le médiateur se justifie ici au regard de la simultanéité entre la procédure amiable et la procédure juridictionnelle qu'est l'arbitrage. Néanmoins, un médiateur est bien récusable en cas de partialité.

³⁰²⁹ CMAP, règlement d'arbitrage, art. 19.1.

³⁰³⁰ CMAP, règlement d'arbitrage, art. 20.2.

³⁰³¹ CMAP, règlement de médiation, art. 7.3.

³⁰³² Il est seulement prévu un remplacement du médiateur lorsque ce dernier informe les parties de l'existence d'un élément de nature à mettre en cause son impartialité, à défaut d'accord écrit des parties pour la poursuite de sa mission : CMAP, règlement de médiation, art. 7.5.

³⁰³³ CMAP, règlement de med-arb simultanés, art. 10.2.

³⁰³⁴ CMAP, règlement de med-arb simultanés, art. 9.

³⁰³⁵ CMAP, règlement de med-arb simultanés, art. 10.2.2.

768. Le droit de récusation du tiers existe également dans le domaine des règlements amiables extrajudiciaires prévus par la loi, et notamment dans les contentieux mettant en cause une partie présumée faible.

Tout d'abord, le Code du sport offre la faculté de récuser les conciliateurs intervenant dans le cadre d'une conciliation relative à des conflits opposant licenciés, agents sportifs, associations et sociétés sportives et les fédérations sportives agréées³⁰³⁶. L'article R. 141-20 du Code du sport précise les conditions de récusation des conciliateurs. La récusation doit intervenir dans les trois jours de la réception de la notification des nombres des conciliateurs et être justifiée par le demandeur. Trois causes de récusation sont alors exposées : la « parenté ou alliance des conciliateurs avec l'une des parties », la « communauté ou opposition d'intérêt entre le conciliateur et l'une des parties », et enfin l'« intérêt ou intervention des conciliateurs dans le différend ». Le président de la conférence des conciliateurs statue sur cette demande de récusation. Dans le cas où la récusation est confirmée, il est pourvu au remplacement des conciliateurs.

Le droit à la récusation du tiers conciliateur est encore prévu dans le cas d'une procédure de conciliation en vue de prévenir les difficultés d'une entreprise. L'article L. 611-6 et les articles R. 611-27 et suivants du Code de commerce prévoient que le débiteur peut récuser le conciliateur. L'article R. 611-27 du Code de commerce précise cinq cas dans lesquels le débiteur peut demander la récusation du conciliateur : « il a directement ou indirectement un intérêt personnel à la procédure » ; « il existe un lien direct ou indirect, quelle qu'en soit la nature, entre le conciliateur et l'un des créanciers ou l'un des dirigeants ou préposés de celui-ci » ; « il existe une cause de défiance entre le conciliateur et le débiteur » ; « il est dans l'une des situations d'incompatibilité visées à l'article L. 611-13 » du même code³⁰³⁷ ; « il a été définitivement radié ou destitué d'une profession réglementée »³⁰³⁸. La procédure de récusation

³⁰³⁶ C. du sport, art. L. 141-4 : « Le Comité national olympique et sportif français est chargé d'une mission de conciliation dans les conflits opposant les licenciés, les agents sportifs, les associations et sociétés sportives et les fédérations sportives agréées, à l'exception des conflits mettant en cause des faits de dopage ». – Conciliation rendue obligatoire par la loi n° 92-652 du 13 juill. 1992 pour certains litiges sportifs : C. du sport, art. R. 141-5.

³⁰³⁷ Cet article dispose que les missions de conciliateur « ne peuvent être exercées par une personne ayant, au cours des vingt-quatre mois précédents, perçu, à quelque titre que ce soit, directement ou indirectement, une rémunération ou un paiement de la part du débiteur intéressé, de tout créancier du débiteur ou d'une personne qui en détient le contrôle ou est contrôlée par lui (...), sauf s'il s'agit d'une rémunération perçue au titre d'un mandat ad hoc ou d'un mandat de justice confié dans le cadre d'une procédure de règlement amiable ou d'une procédure de conciliation à l'égard du même débiteur ou du même créancier ou de la rémunération perçue au titre d'un mandat de justice, autre que celui de commissaire à l'exécution du plan, confié dans le cadre d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire ».

³⁰³⁸ Repris de l'art. 20 du décr. n° 2005-1677 du 28 déc. 2005 pris en application de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, abrogé par le décr. n° 2007-431 du 25 mars 2007 relatif à la partie réglementaire du code de commerce, JORF n° 73 du 27 mars 2007, texte n° 16, art. 3.

est alors précise. La demande doit être formée dans les quinze jours de la notification de la décision désignant le conciliateur, par acte remis au greffe ou par une déclaration consignée par le greffier dans un procès-verbal³⁰³⁹. Elle doit être motivée et accompagnée de pièces justificatives³⁰⁴⁰. Elle suspend la procédure jusqu'à ce qu'une décision définitive statue sur la récusation du conciliateur³⁰⁴¹. Dès réception de la demande de récusation notifiée par le greffier, le conciliateur peut acquiescer à la récusation ou exposer les motifs pour lesquels il s'y oppose³⁰⁴². Dans ce cas, la demande est examinée par le président du tribunal³⁰⁴³. Contrairement aux procédures traditionnelles contentieuses, le débiteur et le conciliateur sont ici entendus ou dument appelés³⁰⁴⁴. Si la récusation est admise, le conciliateur est remplacé sans délai³⁰⁴⁵. Cependant, la décision qui rejette la récusation est susceptible de recours par le débiteur devant le premier président de la cour d'appel³⁰⁴⁶. Le débiteur et le conciliateur seront alors entendus contradictoirement par le premier président ou son délégué³⁰⁴⁷. À l'instar des procédures contentieuses, il est permis au débiteur de demander la récusation du tiers conciliateur qu'il estime partial. Le contradictoire reprend cependant place principale puisque les acteurs de la procédure seront entendus pour justifier leur requête.

Dans le même sens, la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 a introduit la possibilité pour le débiteur exploitant agricole de choisir le conciliateur et de le récuser³⁰⁴⁸. Le décret n° 2017-1225 du 2 août 2017 modifiant les dispositions régissant les professionnels intervenant dans les procédures relatives aux entreprises en difficulté et pris en application de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 détermine les modalités de récusation du conciliateur par l'exploitant agricole³⁰⁴⁹. Neuf articles ont alors été ajoutés, après l'article R. 351-4, au sein du Code rural et de la pêche maritime. Ces nouvelles dispositions sont la reprise des modifications intervenues dans le Code de commerce précédemment citées. Les deux régimes de la récusation du conciliateur sont en effet identiques.

³⁰³⁹ C. com., art. R. 611-28, al. 1er.

³⁰⁴⁰ C. com., art. R. 611-28, al. 2.

³⁰⁴¹ C. com., art. R. 611-28, al. 3.

³⁰⁴² C. com., art. R. 611-29 et R. 611-30.

³⁰⁴³ C. com., art. R. 611-31.

³⁰⁴⁴ C. com., art. R. 611-31.

³⁰⁴⁵ C. com., art. R. 611-32.

³⁰⁴⁶ C. com., art. R. 611-33.

³⁰⁴⁷ C. com., art. R. 611-34.

³⁰⁴⁸ L. n° 2016-1547 du 18 nov. 2016, préc., art. 99 ; C. rural et de la pêche maritime, art. L. 351-4.

³⁰⁴⁹ Décr. n° 2017-1225 du 2 août 2017 modifiant les dispositions régissant les professionnels intervenant dans les procédures relatives aux entreprises en difficulté et pris en application de la loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016, JORF n° 0181 du 4 août 2017, texte n° 8, art. 21 et 22.

Dès lors que la procédure de conciliation est ouverte par le président du tribunal qui désigne³⁰⁵⁰ – ou nomme³⁰⁵¹ – un conciliateur, la faculté de récusation semble pouvoir être appliquée, et donc opportune, dans le cadre des règlements amiables judiciaires. En effet, bien qu'aux termes de l'article 131-1 du Code de procédure civile, le juge ne puisse désigner un médiateur qu'après avoir recueilli l'accord des parties, il reste libre de désigner la personne de son choix³⁰⁵². Il en est de même lorsque le juge délègue sa mission de conciliation à un conciliateur de justice³⁰⁵³.

769. Transposition de la faculté de récuser dans les règlements amiables de droit commun. Actuellement, le Code de procédure civile ne prévoit pas expressément un droit de récusation ou une procédure de remplacement du tiers désigné par le juge afin de réaliser la mission de conciliation ou de médiation. Cependant, l'article 131-10 du Code de procédure civile dispose que « le juge peut mettre fin, à tout moment, à la médiation sur demande d'une partie ou à l'initiative du médiateur »³⁰⁵⁴ ou « d'office lorsque le bon déroulement de la médiation apparaît compromis ou lorsqu'elle est devenue sans objet »³⁰⁵⁵. En conséquence, le juge peut tenir compte de la demande de l'une des parties pour mettre fin à la médiation. Cette demande peut alors s'apparenter à une récusation lorsqu'elle évoque un doute quant à l'impartialité du tiers à la médiation. Il serait ainsi opportun d'envisager la possibilité de remplacer ce tiers à la procédure afin de poursuivre les négociations en présence d'un *bon tiers*³⁰⁵⁶. Cette procédure de récusation et de remplacement du tiers permettrait d'assurer davantage le respect du principe d'impartialité dans les règlements amiables. Elle s'attacherait en outre à la préservation et à la promotion du règlement amiable jusqu'à son terme. La procédure amiable est aux mains des parties. En ce sens, il convient de remplacer tout intervenant portant atteinte au respect des principes fondamentaux processuels de bonne justice, sans pour autant mettre fin à la procédure. L'essence des modes amiables est de privilégier l'action des parties. La question se pose alors nécessairement dans le cadre des règlements amiables conventionnels.

³⁰⁵⁰ C. com., art. L. 611-6, al. 2.

³⁰⁵¹ C. rural et de la pêche maritime, art. L. 351-4, al. 1^{er}.

³⁰⁵² Constat réalisé par M. OLIVIER, *in* « La conciliation et la médiation judiciaires en matière civile, aspects anciens et actuels », art. préc., p. 1263.

³⁰⁵³ CPC, art. 129-2.

³⁰⁵⁴ CPC, art. 131-10, al. 1.

³⁰⁵⁵ CPC, art. 131-10, al. 2.

³⁰⁵⁶ En référence au « bon juge », qui répond aux exigences du procès équitable.

770. Qu'il s'agisse d'un règlement amiable judiciaire ou extrajudiciaire, le tiers a pour mission d'accompagner les parties dans leurs négociations en vue de la conclusion d'un accord. L'impartialité de ce dernier est alors envisagée de manière identique. De ce fait, les mécanismes de protection doivent être équivalents. Il serait alors opportun de prévoir de la même manière une procédure de récusation de ce tiers. Cette procédure de récusation devrait justifier d'une cause de récusation précise, à l'instar de celles prévues aux articles R. 141-20 du Code du sport, R. 611-27 du Code de commerce et R. 351-4-1 du Code rural et de la pêche maritime précités. L'appréhension des cas exposés dans ces dispositions propres aux procédures relatives aux litiges sportifs et aux entreprises en difficulté ainsi que les situations présentées pour la récusation en matière juridictionnelle pourraient être envisagées et adaptées afin de promouvoir une liste de situations dans lesquelles le tiers au règlement amiable devrait être remplacé. Le tiers serait en effet immédiatement suspecté de partialité lorsqu'il a directement ou indirectement un intérêt personnel à la procédure amiable ; lorsqu'il existe un lien direct ou indirect, quelle qu'en soit la nature, entre le tiers et l'une des parties, l'un des créanciers ou l'un des dirigeants ou préposés de celui-ci ; lorsqu'il existe une cause de défiance entre le tiers et l'une des parties.

771. L'existence d'une relation de confiance entre les parties et le tiers au règlement amiable est essentielle pour qu'un accord durable et conforme aux volontés de chacun puisse émerger et se concrétiser. Cette confiance passe nécessairement par le respect de ce principe d'impartialité. À l'instar des propos du professeur HEBRAUD dans le cadre du procès, les règlements amiables doivent mettre en exergue une « atmosphère générale d'impartialité »³⁰⁵⁷. À ce titre, toute situation suggérant un doute quant à la partialité du tiers doit être appréhendée et le tiers doit être remplacé. Cela se justifie pour la promotion et la réussite des règlements amiables au sein du système de justice. Alors que le droit positif présente une lacune, il apparaît nécessaire de créer une procédure de récusation, ainsi qu'une procédure de révocation, du tiers au règlement amiable. La demande de récusation pourrait être formulée par la partie qui conteste l'impartialité du tiers auprès du juge qui l'a désigné dans le cadre du règlement amiable judiciaire ou d'un juge d'appui dans le cadre d'un règlement amiable extrajudiciaire. Ce dernier pourrait être le président du tribunal judiciaire³⁰⁵⁸. Quant à la procédure de révocation, elle concernerait essentiellement les règlements amiables judiciaires. La demande émanant de l'ensemble des parties serait déposée auprès du juge qui a désigné le tiers, de la même manière

³⁰⁵⁷ P. HEBRAUD, *D.* 1946, p. 334, cité in D. TOMASIN, *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile*, préf. P. HEBRAUD, Paris, LGDJ, Coll. « Bibliothèque de droit privé », 1975, n° 136, p. 110.

³⁰⁵⁸ Comme cela est prévu dans le cadre de l'arbitrage.

que pour la récusation. Cependant, une procédure de révocation pourrait également être prévue dans le cadre des règlements amiables extrajudiciaires prévus par la loi³⁰⁵⁹.

Certains jugeront que cette approche tend à priver les règlements amiables de toute liberté, voire même de leur essence. D'autres mettront en avant le recul de la déjudiciarisation au profit d'un retour en puissance du juge. Pour autant, si les règlements amiables sont des processus qui tendent à rendre la justice, telle que l'entendent les parties³⁰⁶⁰, les droits naturels de citoyens de celles-ci doivent être garantis. À cet égard, les parties doivent pouvoir demander le remplacement du tiers qu'elles estiment partial et continuer leurs négociations dans une atmosphère de sérénité et d'impartialité.

Conclusion du Chapitre 2

772. L'impartialité, principe essentiel pour la confiance dans la justice amiable. La qualité du juge suppose qu'il soit impartial. Il en est de même du tiers au règlement amiable. Dès lors, le médiateur ou le conciliateur qui favorise les intérêts de l'une des parties à la procédure compromet l'accès à la justice. D'ailleurs, certains auteurs n'hésitent pas à reconnaître que « c'est moins parce qu'il est un juge que parce qu'il est un *tiers* par rapport aux parties que le juge doit être impartial »³⁰⁶¹. En tant que tiers aux processus amiables, il est alors essentiel que le médiateur et le conciliateur soient impartiaux. En outre, le non-respect de cette exigence prive le règlement amiable de toute sa substance. Dès lors, le législateur français n'a pas hésité à promouvoir le respect de l'exigence d'impartialité dans le contexte de l'amiable. L'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale a ainsi prévu que « le médiateur accomplit sa mission avec impartialité » dans son article premier³⁰⁶². Cette garantie, prévue dans le monde de la justice traditionnelle, confirme l'égalité de la justice rendue à tout citoyen. Si dans les règlements amiables, les parties participent conjointement afin de trouver, par elles-mêmes, la solution la plus proche de leurs attentes, le rôle du tiers est essentiel pour la réussite de la procédure. Son impartialité est alors primordiale au bon déroulement de la procédure amiable.

³⁰⁵⁹ Par ex., dans le cadre des conciliations relatives à des litiges sportifs, la demande pourrait être formulée auprès du président de la Conférence des conciliateurs, qui a désigné les conciliateurs chargés de l'affaire.

³⁰⁶⁰ C'est-à-dire sans considération des règles de droit si les parties le souhaitent.

³⁰⁶¹ L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, op. cit., n° 288, p. 552.

³⁰⁶² L. n° 95-125 du 8 févr. 1995, préc., art. 21-2.

Néanmoins, le contexte amiable prévoit une implication du tiers qui est bien différente de celle du juge dans le procès.

773. Entre souplesse et protection de la garantie d'impartialité du tiers. Le tiers au règlement amiable est un facilitateur de communication. Son rôle est de fluidifier le dialogue entre les personnes en conflit. Il les accompagne tout au long du processus par le biais de l'écoute active. Il développe aussi une certaine empathie afin de renforcer la confiance des participants. Dès lors, au-delà de l'exigence d'impartialité, dont doit faire preuve tout tiers à une procédure équitable, les règlements amiables envisagent davantage une multi-partialité du tiers. Le tiers doit en effet être disponible pour l'ensemble des parties. Il apparaît dès lors essentiel de favoriser la multi-partialité du tiers au détriment d'une partialité, qui porterait atteinte au droit à une procédure équitable. Or, afin de protéger ce droit à un tiers impartial (ou multi-partial), il convient d'envisager des mécanismes préventifs³⁰⁶³. La récusation et la révocation du médiateur et du conciliateur doivent alors être nécessairement considérées. À l'instar des procédures traditionnelles, des cas précis peuvent démontrer une certaine partialité du tiers au règlement amiable. Dans de telles hypothèses, il est essentiel de procéder au remplacement de ce tiers afin que la procédure amiable se poursuive dans le respect du droit à une procédure équitable.

³⁰⁶³ Parallèlement aux mécanismes curatifs envisagés par le droit des contrats : *cf. supra* n^{os} 374 s.

CONCLUSION DU TITRE 2

774. Le rôle essentiel du tiers au règlement amiable. « Où deux se querellent, un troisième peut seul y voir clair »³⁰⁶⁴. Ce proverbe flamand dévoile l'importance du rôle joué par le tiers à la procédure amiable. Le rôle du tiers médiateur ou conciliateur n'est ni de trancher un litige, ni de déterminer une quelconque responsabilité. Au contraire, il tente d'« amener les personnes à renouer le dialogue, à confronter leurs points de vue et à rechercher elles-mêmes les bases d'un accord durable et acceptable qui tient compte des besoins et des intérêts de chacun »³⁰⁶⁵. Bien qu'il soit un acteur indirect de la solution obtenue, son influence sur la procédure est importante. À cet égard, il ne doit en aucun cas privilégier la protection de l'une des parties au détriment de l'autre. Le tiers doit être libre d'agir au sein de la procédure afin de réaliser sa mission, sans considération de ses intérêts personnels. L'équilibre de la procédure amiable suppose ainsi le respect des exigences processuelles d'indépendance et d'impartialité. Elles concourent à la qualité de ce tiers.

775. Assurer la conduite d'un processus ternaire. Les exigences d'indépendance et d'impartialité du tiers intervenant aux règlements amiables assurent aux citoyens une justice équitable, répondant à leurs besoins. Le droit positif a ainsi consacré ces deux exigences dans les textes relatifs à la justice amiable. Le cumul de ces exigences assure la conduite d'un processus ternaire. Ainsi que le souligne Madame Michèle GUILLAUME-HOFNUNG, « tout troisième n'est pas tiers. En effet, dans le langage juridique, l'extériorité constitue le signe distinctif du tiers, donc si le troisième entretient un lien juridique, de subordination ou de représentation (...) avec un des médiateurs, il ne sera pas tiers »³⁰⁶⁶. En ce sens, tout médiateur ou conciliateur qui ne répondrait pas de ces exigences, ne serait pas un tiers à la procédure amiable³⁰⁶⁷. La conséquence est telle que des précisions doivent nécessairement être apportées afin d'éviter toute suspicion au respect de ces garanties fondamentales.

776. Indépendance et impartialité du tiers à privilégier. La directive européenne 2008/52 du mai 2008 a défini le médiateur comme « tout tiers sollicité pour mener une

³⁰⁶⁴ Proverbe flamand, cité in C. CAHIER, *Quelque six mille proverbes et aphorismes usuels empruntés à notre âge et aux siècles derniers*, Paris, éd. Julien, Lanier et Cie, 1856, n° 3786.

³⁰⁶⁵ P. BOULISSET, *Guide de la médiation*, Edilaix, Coll. « Point de Droit », 2006, n° 40, p. 34.

³⁰⁶⁶ M. GUILLAUME-HOFNUNG, *La médiation*, 7^e éd., PUF, Coll. « Que sais-je ? », janv. 2015, p. 71.

³⁰⁶⁷ Cf. question posée concernant le juge qui ne serait pas indépendant, v. *supra* n° 634 : L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, op. cit., p. 538.

médiation avec efficacité, impartialité et compétence, quelle que soit l'appellation ou la profession de ce tiers dans l'État membre concerné et quelle que soit la façon dont il a été nommé pour mener ladite médiation ou dont il a été chargé de la mener »³⁰⁶⁸. Bien que le droit positif ait, depuis lors, fait évoluer les contours relatifs à la qualité de ce tiers, cette définition dévoile clairement la complexité de cette figure du tiers. La définition européenne présente d'une part « la richesse de la médiation cultivée par des médiateurs aux profils et aux parcours variés » et, d'autre part, « un manque flagrant de lisibilité de l'activité et de ceux qui l'exercent »³⁰⁶⁹. Ce constat est encore d'actualité. Or, toute procédure, qu'elle soit amiable ou judiciaire, doit démontrer le respect des principes d'indépendance et d'impartialité du tiers. En effet, l'indépendance du tiers doit être perçue par tous. Cette apparence d'indépendance doit être favorisée tant par le droit que par la posture du tiers lui-même. Pour ce faire, il est essentiel de promouvoir sa crédibilité par le biais de formations. Tout comme le juge étatique, le tiers au règlement amiable ne doit subir aucune pression susceptible d'influencer le cours de sa mission de participation à l'œuvre de justice. Quant à l'exigence d'impartialité, elle suppose le rejet du favoritisme et de la considération supérieure de l'une des parties par rapport à l'autre. Là encore, l'apparence d'impartialité est essentielle. Le tiers doit ainsi être détenteur d'un savoir-faire et d'un savoir-être utiles à la réalisation de sa mission. Ce principe d'impartialité, appliqué au règlement amiable, mérite néanmoins une adaptation eu égard au rôle du tiers, qui est chargé de soutenir et d'orienter la marche des parties au cours de ce cheminement processuel. Pour un règlement amiable équitable, il est essentiel que le tiers présente des qualités précises : il doit être indépendant et impartial ou, plus précisément, multi-partial.

³⁰⁶⁸ Dir. 2008/52, préc., art. 3, b.

³⁰⁶⁹ L. CASAUX-LABRUNEE, « La confiance dans le règlement amiable des différends. Pour un changement de culture juridique », in ID et J.-F. ROBERGE (dir.), *Pour un règlement amiable des différends. Des défis à relever pour une justice de qualité*, op. cit., pp. 17-38, spéc. p. 31.

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE

777. Les garanties d'une solution équitable dans les règlements amiables des différends. Dès lors qu'un différend naît, il est nécessaire d'appréhender l'ensemble des risques d'atteinte aux droits fondamentaux des parties. Ainsi, « en dépit des divergences qu'il serait absurde de nier, la résolution des litiges suscite toujours une montée plus ou moins rapide vers un cadre institutionnel »³⁰⁷⁰. Depuis l'intégration des règlements amiables au sein du système, il y a près de trente ans³⁰⁷¹, leur institutionnalisation n'a cessé de prendre de l'ampleur. Cette institutionnalisation a conduit à une formalisation de leur régime. Ces règlements amiables, largement développés dans les confins du droit, font œuvre de justice. En ce sens, et parallèlement au procès, ils deviennent révélateurs de la justice³⁰⁷². Or, ceci se justifie au titre des garanties qui les entourent et qui assurent « l'efficacité d'une justice qui sinon serait aveugle »³⁰⁷³.

778. Eu égard à l'institutionnalisation des règlements amiables et à la complémentarité établie entre les règlements amiables et les règlements contentieux, il émerge bien un espace normatif homogène. Ce modèle du procès équitable démontre la transversalité du droit processuel contemporain et sa force. Chaque citoyen dispose de droits fondamentaux processuels quel que soit le mode de résolution de son différend. La justice amiable encourage la participation citoyenne dans la résolution des conflits. Dès lors que la distance entre le judiciaire et le social s'amenuise³⁰⁷⁴, il est essentiel d'anticiper les dérives possibles. Si ces garanties trouvent nécessairement leurs sources dans les principes issus du procès équitable, elles s'adaptent au contexte de l'amiable afin de garantir la qualité du processus ; à l'instar du délai raisonnable envisagé sous l'exigence de célérité du processus, du principe de l'égalité des armes, du contradictoire ou de l'indépendance et de l'impartialité du tiers. Cependant, la nature des règlements amiables appelle également des garanties spécifiques qui supposent une

³⁰⁷⁰ S. GUINCHARD et a., *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, op. cit., n° 40, p. 103.

³⁰⁷¹ L. n° 95-125 du 8 févr. 1995, préc.

³⁰⁷² S. GUINCHARD et a., *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, op. cit., n° 40, p. 103.

³⁰⁷³ *Ibid.*

³⁰⁷⁴ V. L. OTIS, « La justice conciliationnelle : l'envers du lent droit », *Éthique publique* [en ligne], vol. 3, n° 2, 2001, mis en ligne le 15 mai 2016, consulté le 27 oct. 2022 – URL : <http://journals.openedition.org/ethiquepublique/2520>.

considération particulière lors de la tentative de résolution du différend à l'amiable. En effet, la confidentialité dévoile des enjeux essentiels à la réussite du processus, bien qu'elle s'efface devant la prééminence du principe de la publicité de la justice. Enfin, il est un principe qui mérite d'être appréhendé plus largement afin d'assurer la qualité et le développement des règlements amiables ; celui de coopération loyale.

779. La nature de l'amiable et ses principes applicables. « Il y a cette différence entre la nature d'un gouvernement et son principe, que sa nature est ce qui le fait être tel ; et son principe, ce qui le fait agir. L'une est sa structure particulière, et l'autre les passions humaines qui le font mouvoir »³⁰⁷⁵. Cette vision de MONTESQUIEU, appliquée au domaine de la justice, implique de considérer la nature de la justice et les principes qui lui sont applicables. La justice amiable et la justice étatique témoignent d'une idéologie différente. Leurs natures présentent dès lors des caractères distinctifs. Pour autant, elles tendent à la même finalité. En ce sens, les principes qui les font agir doivent être adaptés au contexte, tout en prenant fait et cause pour cette finalité qui est de rétablir la paix sociale.

³⁰⁷⁵ MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, Livre III, Chap. I.

CONCLUSION GENERALE

780. La connaissance par l'appréciation des éléments et du tout. « Nous avons la puissance, mais pas la vraie connaissance et pas du tout la sagesse... » énonçait Edgar MORIN à l'instar de la science³⁰⁷⁶. Il évoquait notamment, comme cause, le vice de la réduction. En effet, l'on croit connaître un ensemble par la connaissance des parties, c'est-à-dire en définissant les éléments séparément. Au XVII^e siècle, DESCARTES a fait triompher ce mode de pensée à travers son second précepte exposé dans *Le discours de la Méthode* : « diviser chacune des difficultés que j'examinerais, en autant de parcelles qu'il se pourrait et qu'il serait requis pour mieux les résoudre »³⁰⁷⁷. L'objectif est alors de parvenir à la résolution d'un problème très compliqué, en divisant ses difficultés en petites parties. Une fois que toutes les parties sont résolues, le tout est résolu. *A contrario*, PASCAL présentait, à la même période, un autre type de pensée : « je ne peux pas comprendre le tout si je ne connais pas les parties, et je ne peux pas comprendre les parties si je ne connais pas le tout »³⁰⁷⁸. Ce mode de pensée exprime la nécessité d'un va-et-vient dans chacun des contextes ; une navette du particulier au général et inversement. Si la vision de PASCAL n'a pas été entendue ni comprise, elle revêt un intérêt essentiel. Cette méthode analytique permet de relever les interactions et les liens entre les choses. Une chose ne peut seulement être envisagée individuellement, ou seulement dans un tout. Sa présence dans le tout implique de manière logique que le tout exerce une influence et a un impact sur celle-ci. En effet, comme exprimé précédemment, le monde est en communication, en réseau³⁰⁷⁹. Aussi est-il essentiel d'envisager la présence des parties dans le tout et la présence du tout dans les parties. L'étude isolée d'une chose prive d'apprécier le pouvoir du contexte général.

781. Cette affirmation justifie les recherches réalisées dans la présente étude. Les règlements amiables des différends ont investi le droit positif depuis plusieurs décennies. Promus par les pouvoirs publics, ils se sont agrégés au droit processuel afin de rendre justice aux citoyens. Or, ces derniers ne témoignent pas du succès escompté. Ils sont régulièrement

³⁰⁷⁶ In B. CYRULNIK et E. MORIN, *Dialogue sur la nature humaine*, éd. de l'Aube, 2000, p. 13.

³⁰⁷⁷ Cf. R. DECARTES, *Discours de la Méthode*, présentation par L. RENAULT, Paris, GF Flammarion, 2016, Deuxième partie « Principales règles de la méthode », p. 49.

³⁰⁷⁸ B. PASCAL, *Pensées*, « XV. Transition » : « les parties du monde ont toutes un tel rapport et un tel enchaînement l'une avec l'autre que je crois impossible de connaître l'une sans l'autre et sans le tout ».

³⁰⁷⁹ V. *supra* n° 156.

présentés comme l'issue la plus aisée à l'engorgement des tribunaux, et même comme un outil de managérialisation de la justice. Ce constat s'explique notamment en raison de l'analyse étroite et singulière qui en est faite. Les contours de l'amiable restent flous.

À titre d'exemple, la médiation est envisagée comme un processus permettant de résoudre son différend à l'amiable. Elle présente de nombreux avantages et des valeurs reconnues par tous, à l'instar de la rapidité, du dialogue et de la fraternité. Néanmoins, alors que la médiation a pour objectif de résoudre un différend, elle intègre le contexte de justice. Inscrite dans les différents codes de procédure, elle répond nécessairement des exigences de justice. Autrement dit, le monde de la justice est à l'intérieur de la médiation dans un dialogue permanent.

782. Les règlements amiables dans le périmètre du droit processuel. En référence à la pensée de PASCAL, la médiation et les autres règlements amiables sont une partie du tout qui représente la justice. Ils ne peuvent alors être appréhendés individuellement. Ainsi, la présente étude avait pour objectif de considérer la présence des règlements amiables dans ce contexte, et plus précisément, au sein du droit processuel. Il a pu être constaté les évolutions que ce dernier a connues. Le droit processuel transparaît aujourd'hui comme l'étude des différentes offres de justice. Il est une science des procédures de règlement des différends. Or, une science implique la connaissance approfondie des choses dans ce qu'elles sont. Il est alors essentiel de s'intéresser précisément aux éléments qui le composent, aux liens que les éléments entretiennent entre eux et à son contexte général, en ce sens qu'il est un système de garanties pour le justiciable. À cet égard, il doit être notamment envisagé à travers le modèle qui lui est applicable, le modèle du procès équitable. Là est le véritable droit processuel.

783. Les dernières réformes ont pris le parti de promouvoir les règlements amiables et de les intégrer dans le cadre institutionnel. Force est cependant de constater que les modifications et évolutions législatives et réglementaires se réalisent lentement. En effet, s'il en ressort une procéduralisation des modes amiables, les pouvoirs publics sont restés prudents. À cet égard, et pour illustration, l'obligation de tenter un règlement amiable avant toute saisine du juge a connu diverses promulgations avant d'être actée et sanctionnée. De même, si les textes consacrés à l'amiable exposent certains principes directeurs depuis l'origine, tels que le principe d'impartialité, d'autres ont récemment été consacrés, à l'instar de l'indépendance du tiers. Le temps est ainsi au service de l'institution d'une culture de l'amiable. Les rapprochements entre les différentes formes de justice se développent. Il est désormais temps de consacrer la véritable reconnaissance des règlements amiables, et de clarifier leur contexte.

784. L'idéologie d'un mode amiable purement contractuel, hors du contexte de justice, ne peut plus être envisagée si l'on aspire au respect des garanties des parties au processus de résolution d'un différend. Il est désormais une justice amiable qui prend place au côté de la justice étatique pour le bien des justiciables. La pensée alternative doit être délaissée au profit d'une conjonction entre les différentes formes de justice ; celles-ci intégrées au sein d'une justice universelle. Dès lors, malgré leur essence contractuelle, les règlements amiables des différends sont soumis à l'expérience du modèle du procès équitable. Or, leur nature impose une adaptation. En effet, chaque procédure revêt un mouvement propre à son objet. Ainsi, les règlements amiables sont bien « à l'épreuve » des principes directeurs du procès dans le sens où ils sont à même d'y résister. Les principes directeurs issus du modèle du procès équitable doivent être nécessairement reconnus comme applicables aux règlements amiables, mais de manière nuancée. L'art de la nuance est en effet essentiel dans l'application des principes directeurs. Ils s'adaptent à la cause afin de rendre justice.

Aussi est-il essentiel de **reconnaître l'émergence d'un droit processuel, science des procédures de résolution des différends, regroupant les règlements amiables.** À travers ce premier constat, il doit être reconnu que **le modèle du procès équitable s'applique aux règlements amiables.** Néanmoins, ce modèle doit être **adapté au contexte spécifique de l'amiable.** Chacun des principes trouve ainsi la place qui doit lui correspondre.

785. Il peut dès lors être répondu plus précisément à la question mise en exergue par le Doyen CORNU en épigraphe de la présente étude : « le droit est-il capable d'instituer la paix ? Est-il en son pouvoir (...) d'ordonner à la sagesse de se lever ? ». Ce n'est que par la considération de chaque procédure de règlement des différends, leur complémentarité et l'adaptation que le droit pourra faire œuvre de sagesse. De ce fait, par le concours de ce droit processuel renouvelé, le droit est bien capable d'instituer la paix.

Aussi, afin que les règlements amiables acquièrent la place recherchée et gagnent la confiance de tous, diverses propositions et recommandations peuvent être présentées.

786. Propositions suggérées. 1) Tout d'abord, il est nécessaire de faire œuvre de clarification quant au contexte et à la dénomination des modes amiables de résolution des différends. Comme précisé en introduction, certaines terminologies créent des confusions. Aussi, et avant tout, la nébuleuse conciliation-médiation ne doit plus être. Le terme médiation doit être consacré. Dans le même sens, il est nécessaire de distinguer les modes amiables de résolution des différends, des mesures alternatives aux poursuites. Enfin, il apparaît important

de différencier les multiples processus de médiations, qu'il s'agisse des médiations institutionnelles, des entreprises et de droit commun.

2) Mais encore, le caractère processuel des règlements amiables doit être affirmé. Il est question de reconnaître leur intégration au sein du droit processuel et de promouvoir la justice amiable, parallèlement à la justice étatique.

À ce titre, une clarification des textes serait utile à la compréhension du système global de justice. Une réécriture du Code de procédure civile pourrait alors être opérée afin de singulariser les procédures selon l'intervenant qui permet de rendre la justice. Il s'agirait alors de distinguer les procédures organisées par le juge, par un tiers ou par les parties elles-mêmes (annexe 4). Ce choix dévoilerait une véritable reconnaissance de l'autonomisation dans la justice et la toute-puissance des justiciables. Dans la mesure où cette proposition transformerait radicalement le système de justice, une autre proposition, plus pondérée, peut être avancée. Il s'agirait d'unifier le régime des modes amiables, en regroupant le titre VI du livre premier du Code de procédure civile relatif aux modes amiables judiciaires et le livre cinquième dédié aux modes amiables extrajudiciaires. Cette unification permettrait d'harmoniser le régime de l'amiable, notamment concernant la demande d'homologation et la possibilité de contester la décision qui en découle. Le Code de procédure civile exposerait ainsi le contexte de la justice étatique, le contexte de la justice amiable et, à titre liminaire, les principes de procédure applicables (Annexe 3).

3) Ensuite, la proposition précédemment exposée conduit à admettre l'application des principes du procès au sein des règlements amiables, tout en reconnaissant une modulation de ces derniers. Il apparaît alors opportun d'affirmer l'application du modèle du procès équitable, non pas dans un but de limiter mais, au contraire, d'ouvrir le champ des possibles des acteurs du processus amiable. Il en va du respect des principes et des valeurs de toute société démocratique. Toute individu doit être protégé et ses droits doivent être respectés. À cet égard, il convient :

- De reconnaître, en premier lieu, **un droit au règlement amiable des différends**, parallèlement au droit au juge. Ces droits ne se faisant pas concurrence – mais, au contraire, étant en étroite collaboration –, il serait utile de requalifier la « renonciation du droit au juge » en un « ajournement » ou un « délaissement » du juge.
- De reconnaître, **un droit à l'exécution des accords amiables**.

↳ À cet égard, il apparaît opportun de favoriser le contradictoire dans le cadre de l'homologation de l'accord amiable et de créer une attractivité entre cette procédure dirigée par le juge et la nouvelle procédure d'apposition de la formule exécutoire demandée au greffe.

- De reconnaître le **droit à un délai raisonnable dans le cadre des règlements amiables**, à travers l'exigence de célérité.
- De préciser les contours de l'**application du principe de confidentialité**, notamment les exceptions.
- De préciser la **formation initiale et continue** des médiateurs. À cet égard, la **professionnalisation de l'activité du médiateur** assurerait la reconnaissance de la compétence du tiers et structurerait la pratique des règlements amiables de manière harmonisée. Si la professionnalisation est envisagée, il est cependant essentiel de considérer l'engagement des différentes professions règlementées, notamment par le biais de passerelles entre les deux professions.
- De consacrer le **principe de coopération loyale** (proposition en annexe).
- De garantir l'impartialité du tiers en **interdisant le cumul des fonctions de juge-conciliateur et juge du contentieux**. Le juge doit s'abstenir et la résolution du litige devra être transférée entre les mains d'un autre juge.
- De garantir l'impartialité du tiers par le biais d'une **procédure de révocation** et d'une **procédure de récusation**. Deux possibilités peuvent être envisagées : mettre en place une procédure de récusation globale et applicable à l'ensemble des procédures ou créer une procédure de récusation propre aux règlements amiables des différends (proposition en annexe).

4) Concernant l'**obligation de tenter un règlement amiable avant la saisine du juge**, consacrée par la loi « Justice du XXI^e siècle » du 18 novembre 2016³⁰⁸⁰, il serait plus opportun de prévoir une obligation de *considérer* le recours à un règlement amiable. Le préalable amiable serait proposé aux justiciables, au lieu de leur être imposé ; et ce, quel que soit le domaine de la demande en justice. Cette nouvelle obligation aurait alors pour objectif d'inciter les personnes en conflit à tenter de résoudre leur différend à l'amiable. Les personnes examineraient attentivement les offres de justice présentées dans le système pluriel de justice. Des conseillers – médiateurs ou conciliateurs – guideraient les parties vers la voie la plus favorable à leurs

³⁰⁸⁰ Dont l'ancien art. 750-1 du CPC n'était que la traduction réglementaire.

attentes. Cette phase de réflexion et d'échange, qui remplacerait alors la phase amiable obligatoire (prévue dans des cas spécifiques établis jusqu'alors par décret), présenterait divers avantages. Tout d'abord, elle permettrait de répondre aux réticences exprimées concernant l'obligation de recourir à l'amiable. Elle répondrait également à la problématique de la disponibilité des tiers. Ces derniers organiseraient une rencontre entre les justiciables, puis ne seraient convoqués que dans le cas où les parties auraient émis une volonté expresse de tenter un règlement amiable. Elle permettrait ainsi de raccourcir le temps judiciaire lorsque le règlement amiable n'est pas souhaité par les parties. Le juge serait saisi plus rapidement, dans le respect du droit fondamental d'accès au juge. En outre, la rencontre avec ce conseiller, avant saisine du juge, témoignerait de la volonté de créer un véritable service public de la justice, où le justiciable serait accompagné davantage ; c'est-à-dire un véritable service public de proximité garantissant à tous les citoyens un accès simplifié et favorable à leurs besoins. Enfin, elle favoriserait le passage de la culture du procès à celle de l'entente. À cet égard, il s'agirait plus d'une obligation imposée à l'État, de prévoir cette première phase de la procédure, qu'aux parties.

La réécriture du Code de procédure civile permettrait ainsi d'insérer un nouvel article prévoyant cette considération du recours aux règlements amiables avant de saisir le tribunal (v. proposition en annexe).

Annexe 1 : Propositions de textes

Le numéro des nouvelles dispositions soumises à la réflexion n'est pas indiqué en raison de la proposition d'opérer une réforme d'ampleur du Code de procédure civile.

Proposition de texte relative à la consécration du principe de coopération loyale.

Article inséré au sein du CPC :

« En vertu du principe de coopération loyale, les parties au processus amiable se respectent et s'assistent en vue de parvenir à un accord équitable, mutuellement satisfaisant.

Les parties prennent toute mesure utile pour assurer la réussite du processus amiable.

Elles facilitent l'accomplissement du processus et s'abstiennent de toute mesure susceptible de compromettre la réalisation des objectifs du règlement amiable ».

Proposition de textes relative à la création d'une procédure de révocation et de récusation au sein des règlements amiables.

Article inséré au sein du CPC :

« Tout médiateur ou conciliateur peut être récusé ou révoqué s'il existe des circonstances de nature à faire douter, aux yeux des parties, de son impartialité ou de son indépendance.

La partie qui entend faire récuser le tiers, pour une circonstance intervenue ou révélée après sa désignation, doit présenter une demande motivée dans les quinze (15) jours de la survenance de la cause de la récusation ou de sa révélation auprès du juge ayant désigné celui-ci ou du juge d'appui ».

Article inséré au sein du CPC :

« Tout médiateur ou conciliateur peut être récusé pour les causes ci-après :

1° Lorsqu'il a directement ou indirectement un intérêt personnel à la procédure amiable.

2° Lorsqu'il existe un lien direct ou indirect, quelle qu'en soit la nature, entre le tiers et l'une des parties, l'un des créanciers ou l'un des dirigeants ou préposés de celui-ci.

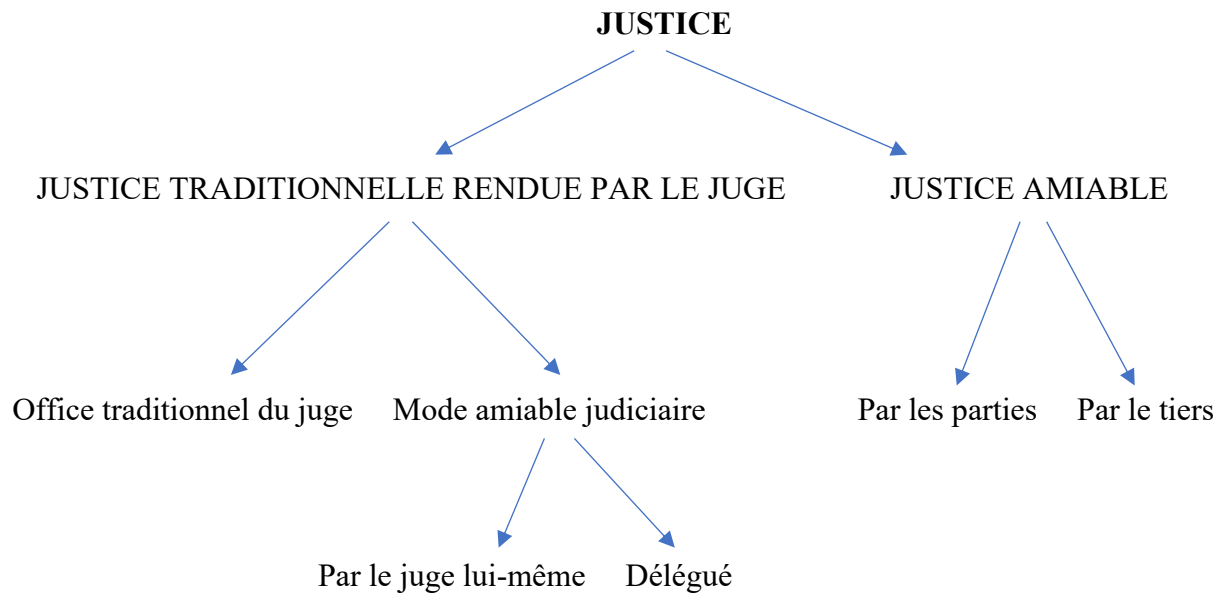
3° Lorsqu'il existe une cause de défiance entre le tiers et l'une des parties ».

Proposition de texte relative à l'obligation de considérer un règlement amiable.

En remplacement de l'ancien article 750-1, nouvel article inséré au sein du CPC :
« Avant toute saisine du juge, les parties doivent considérer le recours à un règlement amiable ».

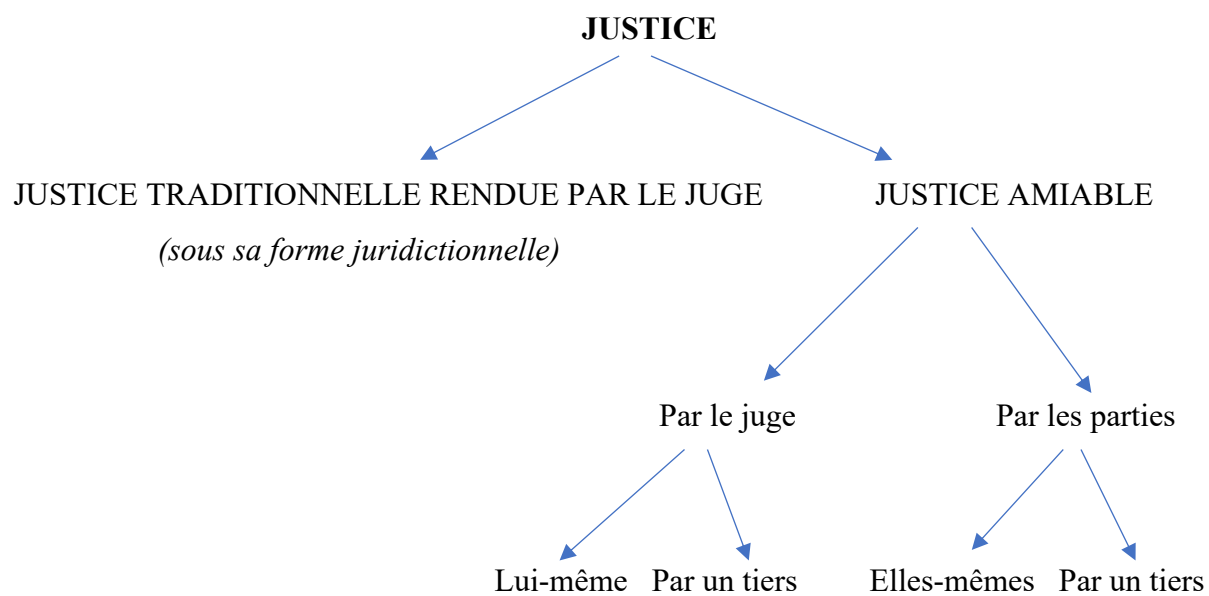
Annexe 2

Modèle dans lequel l'amiable innerve la dimension judiciaire, qui correspond au système présenté dans le CPC.



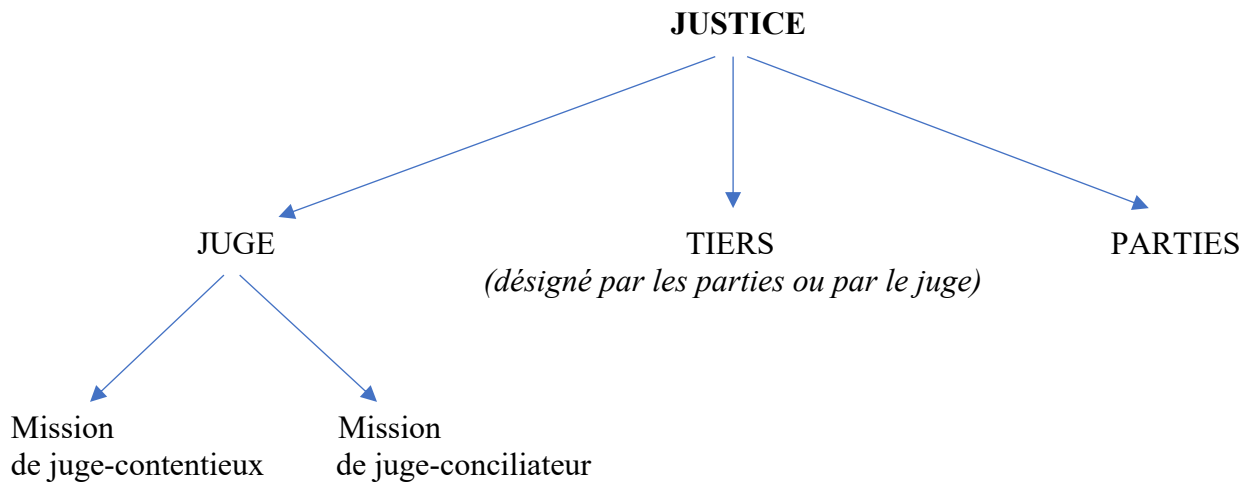
Annexe 3

Modèle dans lequel le juge intervient dans le domaine de l'amiable. La consécration de ce modèle permettrait à la justice amiable de revêtir une plus grande dimension au sein du système de justice.



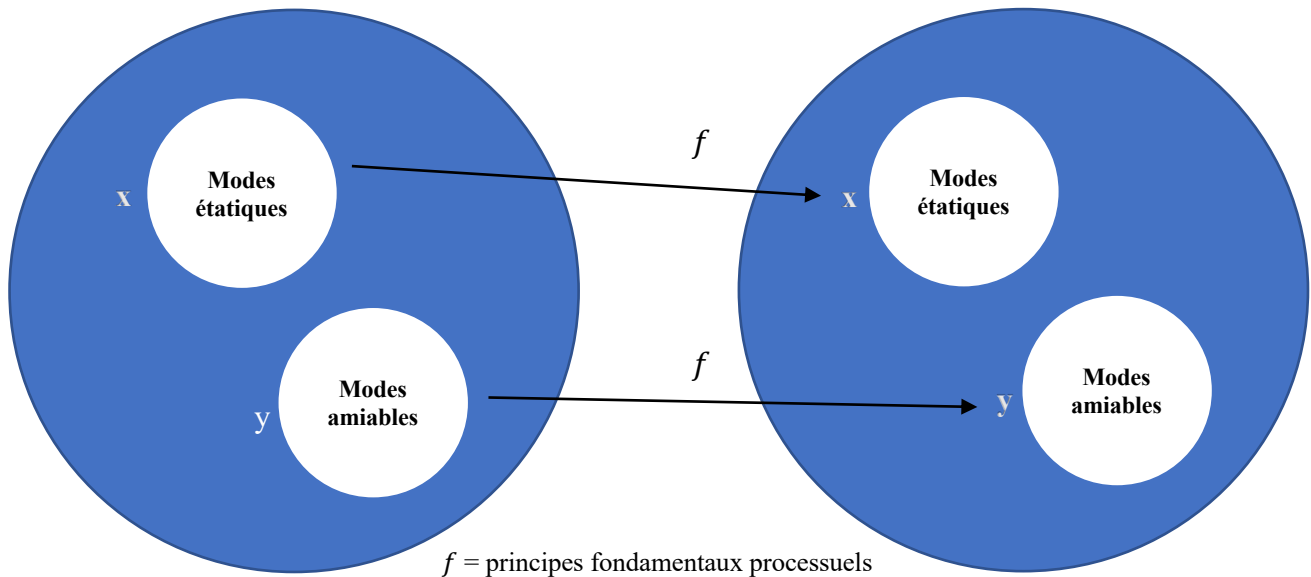
Annexe 4

Modèle démontrant une justice unifiée, sans distinction entre la justice étatique et la justice amiable.



Annexe 5

Schéma représentant l'homomorphisme juridique.



G = Modes de résolution des différends

H = Droit processuel renouvelé

Les divers règlements des différends (ensemble G) deviennent l'ensemble du droit processuel (H) par l'application des principes directeurs processuels (f).

À ce titre, $f(y_G) = y_H$ et $f(x_G) = x_H$.

L'homomorphisme est représenté dès lors que la fonction f appliquée aux modes étatiques et aux modes amiables (image du produit) est équivalente à la fonction f appliquée aux modes étatiques unie à la fonction f appliquée aux modes amiables (produit des images) :

$$f(x * y) = f(x) \cup f(y).$$

Annexe 6

Le dilemme du prisonnier, formalisé par Albert W. TUCKER en 1950.

Le dilemme du prisonnier est une application de la théorie des jeux. Il illustre le conflit entre le bien-être collectif, qui résulte de la coopération, et les incitations individuelles à ne pas œuvrer en ce sens. Le dilemme repose sur l'exemple suivant : deux individus sont suspectés d'avoir conjointement enfreint la loi et sont interrogés séparément sans communication possible. Chacun est informé que :

- Si l'un avoue et que l'autre non, le premier repartira libre alors que le second sera condamné à une peine de 5 ans.
- Si les deux avouent, chacun sera condamné à 3 ans de prison.
- Si aucun des deux n'avoue, ils seront condamnés à 1 an de prison.

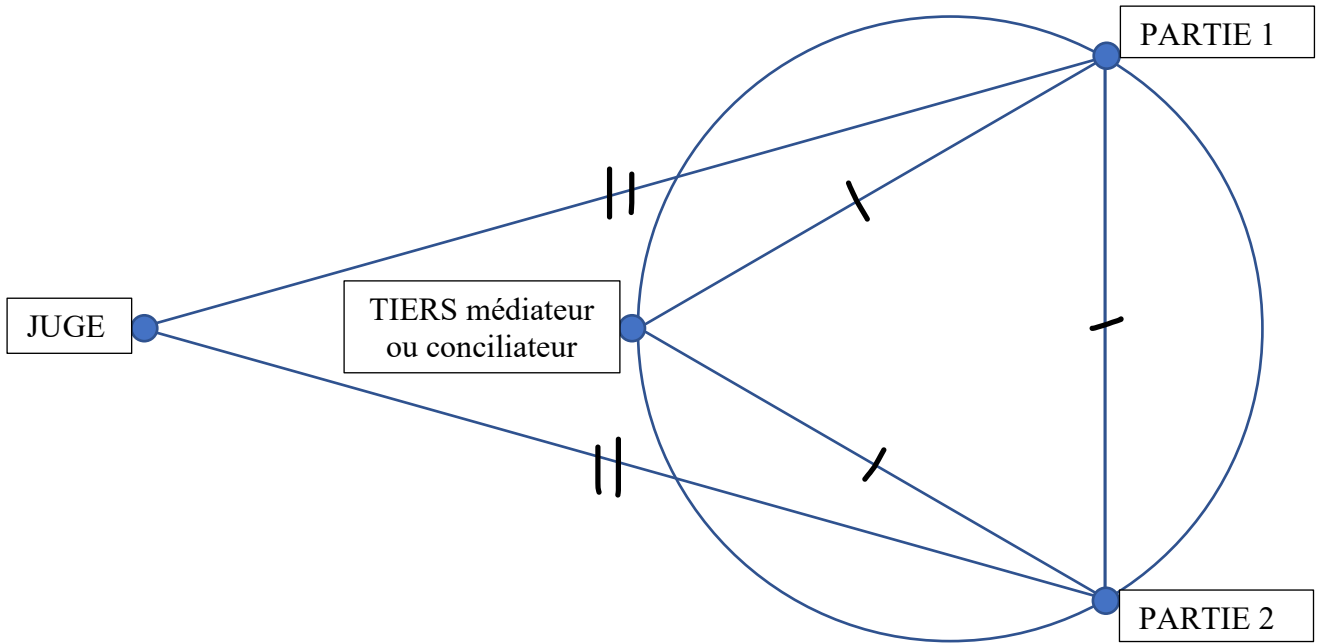
		Prisonnier 1	
		STRATÉGIES	Avoue
Prisonnier 2	Avoue	3 ans	Libre
	N'avoue pas	Libre	1 an
		3 ans	5 ans
		5 ans	1 an

Tel est le dilemme : d'un côté, les prisonniers savent qu'ils n'écoperont que d'une faible peine s'ils n'avouent pas tous les deux ; de l'autre, chacun est tenté individuellement d'avouer pour pouvoir repartir libre. La stratégie « avouer » est ici une stratégie dominante pour chaque joueur. Quel que soit le choix d'un prisonnier, l'autre obtient toujours un meilleur résultat en dénonçant son complice. Par conséquent, le seul équilibre³⁰⁸¹ s'observe dans le double choix avouer-avouer qui entraîne une peine plus légère. Cependant, si les deux avaient coopéré, ils auraient été condamnés à 1 an seulement.

³⁰⁸¹ Que l'on appelle « équilibre de Nash », du nom du mathématicien et prix Nobel d'économie John NASH.

Annexe 7

Schéma représentant le cercle de l'amiable



BIBLIOGRAPHIE

I – DICTIONNAIRES ET LEXIQUES

ALLAND (D.) et RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, Coll. « Quadrige », 2003, 1649 p.

ARNAUD (A.-J.) (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit*, Paris-Bruxelles, LGDJ, Story-Scientia, 1988, rééd. Coll. « Anthologie du droit », 2018, 804 p.

BLOCH (O.) et VON WARTBURG (W.), *Dictionnaire étymologique de la langue française*, PUF, Coll. « Dictionnaires Quadrige », 2008, 736 p.

CADIET (L.) (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, 1^{re} éd., PUF, Coll. « Grands dictionnaires », 2004, 1362 p.

CNIL, *Glossaire* [en ligne].

Cambridge dictionary [en ligne]

CLEDAT (L.), *Dictionnaire étymologique de la langue française*, Paris, 3^e éd., Hachette, 1914, X-620 p.

Collins English Dictionary – Edition spéciale, Le Robert & Collins, 2022, 951 p.

CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*, 14^e éd., PUF, Coll. « Dictionnaires Quadrige », 2022, 1136 p.

DEBAUVE (A.), *Dictionnaire administratif des travaux publics*, Paris, t. 2, Dunod, 1880.

Dictionnaire du Moyen Français (1330-1500) (DMF 2020), ATILF – CNRS & Université de Lorraine [en ligne], URL : <http://www.atilf.fr/dmf>.

ERNOUT (A.) et MEILLET (A.), *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*, Paris, 4^e éd., Klincksieck, 2001, 844 p.

FERRIERE (C.-J. DE), *Dictionnaire de droit et de pratique*, Paris, Veuve Brunet, 1769, Tome I, nouvelle éd. Hachette BnF, Coll. « Sciences Sociales », 2012, 720 p.

FOULQUIE (P.), *Dictionnaires de la langue philosophique*, Paris, PUF, 1992, 800 p.

FURETIERE (A.), *Dictionnaire universel contenant généralement tous les mots français, tant vieux que modernes et les termes de toutes les sciences et des arts*, La Haye, A. et R. Leers, 1690, t. 2, éd. revue et augmentée par BASNAGE DE BEAUVAL (H.) et BRUTEL DE LA RIVIERE (J.-B.), Husson, 1727, 4 vol.

GAFFIOT (F.), *Dictionnaire latin-français*, Hachette, 1934, nouvelle éd. 2000, 1840 p.

GODEFROY (F.), *Dictionnaire de l'ancienne langue française et de tous ses dialectes du IX^e au XV^e siècle*, Complément, t. 9, Paris, Librairie Émile Bouillon, 1898, 790 p.

Grand Larousse de la langue française, t. 3, 1989.

GUÉRIN (J.) (dir.), *Dictionnaire Albert Camus*, Robert Laffont, Coll. « Bouquins », 2009, 974 p.

GUINCHARD (S.) et DEBARD (Th.) (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Paris, 30^e éd., Dalloz, 2022, 1200 p.

LALANDE (A.), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, Coll. « Dictionnaires Quadrige », 2010, 1376 p.

PUIGELIER (C.) (dir.), *Dictionnaire juridique*, préf. J.-L. HERIN et J. TILHET-PRETNAR, 3^e éd., Bruylant, Coll. « Paradigme - Vocabulaire », 2020, 1266 p.

REY (A.) (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Paris, Le Robert, 10^e éd., 2016, 2808 p.

REY-DEBOVE (J.) et REY (A.) (dir.), *Le Petit Robert. Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris, Le Robert, nouvelle éd. 2023, 2836 p.

ROLAND (H.) et BOYER (L.), *Adages du droit français*, 4^e éd., Litec, 1999, 1021 p.

ROLAND (H.), *Lexique juridique des expressions latines*, Paris, 8^e éd., LexisNexis, Coll. « Objectif droit », 2021, 467 p.

SALMON (J.) (dir.), *Dictionnaire du droit international public*, préf. G. GILBERT, Bruxelles, Bruylant, 2001, 1200 p.

TLfi [en ligne].

VOLTAIRE, *Dictionnaire philosophique*, Flammarion, Coll. « GF », 2010, 640 p.

II – OUVRAGES GÉNÉRAUX, TRAITÉS, MANUELS ET COURS

AMBROISE-CASTEROT (C.) et BONFILS (Ph.), *Procédure pénale*, 4^e éd., PUF, Coll. « Thémis », 2022, 504 p.

AMRANI-MEKKI (S.) et STRICKLER (Y.), *Procédure civile*, Paris, PUF, Coll. « Thémis », 2014, 908 p.

AUBRY (C.) et RAU (C.), *Cours de droit civil français*, trad. de l'allemand, Strasbourg, F. LAGIER, 1839-1846, 5 vol. ; Paris, 3^e éd., COSSE, 1856-1858, 6 vol. ; 6^e éd., par E. BARTIN et P. ESMEIN, éd. techniques, 1935-1949, 8 vol.

AUBY (J.-M.) et DRAGO (R.), *Traité de contentieux administratif*, Paris, LGDJ, t. 1, 1962, 621 p.

AUZERO (G.), BAUGARD (D.) et DOCKES (E.), *Droit du travail*, 35^e éd., Dalloz, Coll. « Précis », 2021, 1982 p.

BACACHE-GIBEILI (M.), *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, t. 5, 4^e éd., Economica, Coll. « Corpus », 2021, 1162 p.

BARTHELEMY (J.), *Précis de droit public*, (Réimp. de l'édition de 1937), Dalloz, Coll. « Bibliothèque Dalloz », 2006, 327 p.

BECCARIA (C.), *Des délits et des peines*, préf. et trad. P. AUDEGEAN, éd. Pavot & Rivages, Coll. « Rivages poche », 2014, 200 p.

BENABENT (A.), *Droit des obligations*, 19^e éd., LGDJ, Coll. « Domat droit privé », 2021, 768 p.

BERGEAUD-WETTERWALD (A.), BONIS (É.) et CAPDEPON (Y.), *Procédure civile*, Cujas, 2017, 624 p.

BERGEL (J.-L.), *Théorie générale du droit*, 5^e éd., Dalloz, Coll. « Méthode du droit », 2012, 400 p.

BOITARD (E.), *Leçons de droit criminel, contenant l'explication complète des Codes pénal et d'instruction criminelle*, par F. HELIE, Paris, 11^e éd., revue, complétée et mise en harmonie avec toutes les lois modificatives des deux Codes, Cotillon et Cie, 1876, XVI-840 pp.

BONICHOT (J.-C.), CASSIA (P.) et POUJADE (B.), *Les grands arrêts du contentieux administratif*, 8^e éd., Dalloz, Coll. « Grands arrêts », 2022, 1592 p.

BOULOC (B.),

- *Droit pénal général*, 27^e éd., Dalloz, Coll. « Précis », 2021, 822 p.
 - *Procédure pénale*, 28^e éd., Dalloz, Coll. « Précis », 2021, 1266 p.
- BUFFLAN-LANORE (Y.) et LARRIBAU-TERNEYRE (V.), *Droit civil. Les obligations*, 18^e éd., Sirey, Coll. « Sirey Université », 2022, 1248 p.
- CABRILLAC (R.), *Droit des obligations*, 15^e éd., Dalloz, Coll. « Cours », 2022, 478 p.
- CADIET (L.) et CLAY (T.), *Les modes alternatifs de règlements des conflits*, Paris, 3^e éd., Dalloz, Coll. « Connaissance du droit », 2019, 180 p.
- CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, Paris, 11^e éd., LexisNexis, Coll. « Manuels », 2020, 1086 p.
- CADIET (L.), NORMAND (J.), et AMRANI-MEKKI (S.), *Théorie générale du procès*, Paris, PUF, Coll. « Thémis », 3^e éd., 2020, 950 p.
- CARBONNIER (J.),
- *Droit civil*, Paris, 2^e éd., PUF, Coll. « Quadrige Manuels », 2017, 2622 p.
 - *Droit civil, t. 1 : Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant le couple*, Paris, (1^{ère} éd., 1955), 27^e éd. refondue, PUF, Coll. « Thémis », 2002, rééd. 2^e éd., PUF, Coll. « Quadrige », 2017, 2574 p.
 - *Droit civil, t. 4, Les obligations*, 22^e éd., PUF, Coll. « Thémis droit privé », 2000, 665 p.
- CAYROL (N.), *Procédure civile*, Paris, 4^e éd., Dalloz, Coll. « Cours », 2022, 584 p.
- CHAINAIS (C.), FERRAND (F.), MAYER (L.), GUINCHARD (S.), *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, Paris, 36^e éd., Dalloz, Coll. « Précis », 2022, 2000 p.
- CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, Paris, 13^e éd., LGDJ, Coll. « Précis Domat », 2008, 1560 p.
- COLLECTIF FRANCIS LEFEBVRE, *Procédure civile 22-23*, Levallois-Perret, éd. Francis Lefebvre, Coll. « Mémento pratique », 2021, 1200 p.
- CORNU (G.) et FOYER (J.), *Procédure civile*, Paris, 3^e éd., PUF, Coll. « Thémis », 1996, 779 p.
- CORNU (G.), *Linguistique juridique*, 3^e éd., LGDJ, Coll. « Précis Domat », 2005, 456 p.
- COUCHEZ (G.) et LAGARDE (X.), *Procédure civile*, Paris, 17^e éd., Sirey, Coll. « Sirey université », 2014, 514 p.
- COUCHEZ, *Procédure civile*, Dalloz, Coll. « Dalloz Référence », 1998, 624 p.
- CROZE (H.) et MOREL (C.), *Procédure civile*, PUF, Coll. « Droit fondamental », 1988, 444 p.
- CROZE (H.), *Procédure civile. Technique procédurale civile*, 7^e éd., LexisNexis, Coll. « Objectif droit », 2020, 442 p.
- CUCHE (P.) et VINCENT (J.), *Précis de procédure civile*, Paris, 14^e éd., Dalloz, Coll. « Précis Dalloz », 1969, 848 p.
- DEMOGUE (R.),
- *Traité des obligations en en général*, « I. Sources des Obligations », t. 1, Rousseau & Cie, 1923.
 - *Traité des obligations en général*, « II. Effets des obligation », t. 6, Paris, Rousseau & Cie, 1931.
 - *Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique*, A. Rousseau, 1911.
- DEMOLOMBE (C.), *Cours de Code Napoléon, Traité des contrats*, Paris, A. Durand et L. Hachette, 1855-1866, tome I, vol. IXe.
- DOUCHY-LOUDOT (M.), *Procédure civile*, 6^e éd., Gualino, 2014, 427 p.

DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel*, t. 1, Paris, 3^e éd., E. DE BOCCARD, 1927.

FABRE-MAGNAN (M.), *Droit des obligations*, t. 1, Contrat et engagement, 6^e éd., PUF, Coll. « Thémis », 2021, 904 p.

FAVOREU (L.) et a., *Droit constitutionnel*, 24^e éd., 2021, Dalloz, Coll. « Précis », 1200 p.

FAVOREU (L.) ET RENOUX (T.), *Le contentieux constitutionnel des actes administratifs*, Paris, Sirey, 1992, 206 p.

FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), *Droit civil : Les obligations, 2. Le fait juridique*, 15^e éd., Sirey, Coll. « Sirey université », 2022, 548 p.

FRICERO (N.) et JULIEN (P.), *Procédure civile*, 5^e éd., LGDJ, Coll. « Manuel », 2014, p. 496.

FRICERO (N.), *Procédure civile*, 19^e éd., Gualino, Coll. « Mémentos », 2022, 274 p.

GARE (T.) et GINESTET (C.), *Droit pénal. Procédure pénale*, 14^e éd., Dalloz, Coll. « HyperCours », 2022, 540 p.

GARRAUD (R.),

- *Précis de droit criminel*, Paris, 15^e éd., Sirey, 1934, n° 528, p. 1096.
- *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, Paris, Sirey, 1912, T. III.

GLASSON (E.-D.), TISSIER (A.) et MOREL (R.), *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, Sirey, 1925, 3221 p.

GUINCHARD (S.) et a., *Droit et pratique de la procédure civile*, 10^e éd., Dalloz, Coll. « Dalloz Action », 2021, 2640 p.

GUINCHARD (S.) et a., *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, Paris, 11^e éd., Dalloz, Coll. « Précis », 2021, 1611 p.

GUINCHARD (S.) et BUISSON (J.), *Procédure pénale*, Paris, 15^e éd., LexisNexis, Coll. « Manuels », 2022, 1620 p.

GUINCHARD (S.), FERRAND (F.), CHAINAIS (C.), MAYER (L.), *Procédure civile*, Paris, 7^e éd., Dalloz, Coll. « HyperCours », 2021, 1032 p.

GUINCHARD (S.), VARINARD (A.) et DEBARD (T.), *Institutions juridictionnelles*, 16^e éd., Dalloz, Coll. « Précis », 2021, 1430 p.

GUYOMAR (M.) et SEILLER (B.), *Contentieux administratif*, 6^e éd., Dalloz, Coll. « HyperCours », 2021, 680 p.

HAURIU (M.), *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, 12^e éd., LGDJ, Coll. « Bibliothèque Dalloz », 2002, 1150 p.

HERON (J.), LE BARS (Th.) et SALHI (K.), *Droit judiciaire privé*, 7^e éd., LGDJ, Coll. « Précis Domat », 2019, 1032 p.

JESTAZ (Ph.), *Le droit*, Paris, Dalloz, Coll. « Connaissance du droit », 11^e éd., 2021, 178 p.

JEULAND (E.), *Droit processuel général*, Paris, LGDJ, Coll. « Précis Domat », 4^e éd., 2018, 876 p.

JULIEN (J.), *Droit de la consommation*, 4^e éd., LGDJ, Coll. « Précis Domat », 2022, 816 p.

LASSERRE (M.-C.), *Cours de procédure civile*, Paris, Gualino, Coll. « Manuels », 2019, 392 p.

LEBRETON (G.), *Droit administratif général*, 11^e éd., Dalloz, Coll. « Cours », 2021, 622 p.

MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (Ph.), *Droit des obligations*, 12^e éd., LGDJ, Coll. « Droit civil », 2022, 906 p.

MARTIN (R.), *Théorie générale du procès (Droit processuel)*, Paris, Éditions juridiques et techniques, 1984, 200 p.

- MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), *Droit civil, T. 1 : Introduction générale à l'étude du droit civil*, Paris, 2^e éd., Sirey, 1972, 532 p.
- MOREL (R.), *Traité élémentaire de procédure civile*, Paris, 2^e éd., Sirey, 1949, X-606 p.
- MOTULSKY (H.),
- *Écrits, t. II : Études et notes sur l'arbitrage*, préf. B. GOLDMAN et Ph. FOUCHARD, Dalloz, 1974, réimp. préf. C. REYMOND, Coll. « Bibliothèque Dalloz », 2010, 556 p.
 - *Droit processuel*, préf. J. FOYER, Paris, Monchrestien, 1973.
 - *Études et notes de procédure civile*, préf. G. CORNU et J. FOYER, Dalloz, 1973, reproduit. préf. G. BOLARD, 2010, 392 p.
- ODENT (R.), *Contentieux administratif*, préf. R. DENOIX DE SAINT MARC, Paris, Dalloz, t. 1, 2007, 1051 p.
- OPPETIT (B.),
- *Philosophie du droit*, préf. F. TERRE, Paris, Dalloz, Coll. « Bibliothèque Dalloz », 2022, 156 p.
 - *Théorie de l'arbitrage*, Paris, PUF, Coll. « Droit éthique société », 1998, 150 p.
- ORTOLAN (J.-L.-E.), *Éléments de droit pénal*, Paris, Plon, 1864, t. 2.
- PERROT (R.), *Institutions judiciaires*, 19^e éd., par B. BEIGNIER et L. MINIATO, LGDJ, Coll. « Précis Domat », 2022, 300 p.
- PESCATORE (P.), *Introduction à la science du droit*, Bruylant, 2009, 596 p.
- PICOD (Y.) et PICOD (N.), *Droit de la consommation*, 5^e éd., Sirey, Coll. « Université », nov. 2020, 541 p.
- POTHIER (R.-J.),
- *Œuvres complètes*, Hachette, [1824] 2012, 292 p.
 - *Traité des obligations*, t. 1, Thomine et Fortic, 1821, rééd. Dalloz, Coll. « Bibliothèque Dalloz », 2011, 488 p.
- PRADEL (J.), *Procédure pénale*, 20^e éd., Cujas, Coll. « Référence », 2019, 1130 p.
- RACINE (J.-B.), *Droit de l'arbitrage*, PUF, Coll. « Thémis », 2016, 642 p.
- RASSAT (M.-L.), *Procédure pénale*, Paris, 3^e éd., Ellipses, 2017, 808 p.
- RAWLS (J.), *Théorie de la justice*, trad. C. AUDARD, Paris, Seuil, 1987.
- ROLLAND (B.), *Procédure civile*, Studyrama, Coll. « Panorama du droit », 2013, 300 p.
- ROUBIER (P.), *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, préf. D. DEROUSSIN, Dalloz, Coll. « Bibliothèque Dalloz », 2005, 334 p.
- SERIAUX (A.),
- *Droit des obligations*, 2^e éd., PUF, Coll. « Droit fondamental. Droit civil », 1998, 779 p.
 - *Le Droit : une introduction*, Ellipses, 1997, 336 p.
- SOLUS (H.) et PERROT (R.), *Droit judiciaire privé*, t. 1 : Introduction, notions fondamentales (action en justice, formes et délais, acte juridictionnel, organisation judiciaire...), Paris, Sirey, 1961, 1147 p.
- SOURIOUX (J.-L.), *Introduction au droit*, PUF, Coll. « Droit fondamental », 1990, 256 p.
- STAES (O.), *Droit judiciaire privé*, Paris, Ellipses, Coll. « Universités », 2006, 256 p.
- STRICKLER (Y.) et VARNEK (A.), *Procédure civile*, 12^e éd., Bruylant, Coll. « Paradigme-Manuels », 2022, 416 p.
- SUDRE (F.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 10^e éd., PUF, Coll. « Thémis », 2022, 1004 p.

TERRE (F.) et MOLFESSIS (N.), *Introduction générale au droit*, 14^e éd., Dalloz, Coll. « Précis », 2022, 912 p.

TERRÉ (F.), LEQUETTE (Y.) et GAUDEMET (S.), *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, 4^e éd., Dalloz, Coll. « Précis », 2013, 1184 p.

TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.) et CHENEDÉ (F.), *Droit civil. Les obligations*, 13^e éd., Dalloz, Coll. « Précis », 2022, 2140 p.

VECCHIO (G. DEL), *La Justice. La Vérité ; essais de philosophie juridique et morale*, Paris, Dalloz, 1955, 245 p.

VERGÈS (E.), *Procédure civile*, PUG, Coll. « Le droit en plus », 2007, 298 p.

VIZIOZ (H.), *Études de procédure*, préf. S. GUINCHARD, Paris, Dalloz, Coll. « Bibliothèque Dalloz », 2011, 668 p., réimp. Ed. Bière, 1931, 704 p.

WEIL (P.) et POUYAUD (D.), *Le droit administratif*, 26^e éd., PUF, Coll. « Que sais-je ? », 2021, 128 p.

ZENATI-CASTAING (F.) et REVET (T.), *Cours de droit civil. Contrats. Théorie générale – Quasi-contrats*, PUF, Coll. « Droit fondamental », 2014, 484 p.

ZOLLER (E.) ET MASTOR (W.), *Droit constitutionnel*, 3^e éd., PUF, Coll. « Droit fondamental », 2021, 696 p.

III – OUVRAGES JURIDIQUES ÉTRANGERS

ALEXANDER (N.), IBRAHIM (F.), ROBERGE (J.-F.), *Mediation Essentials Guidebook*, Publications Professionals, LLC, 2016.

BERCOVITCH (J.), RUBIN (J.) (eds), *Mediation in International Relations: Multiple Approaches to Conflict Management*, New York, St Martin's Press, 1992, 301 p.

CARBONNIER (J.), *Flessibile diritto*, éd. en italien A. VITA, Milano, Giuffrè, 1997, 452 p.

CHIOVENDA (G.),

- *Saggi di diritto processuale civile*, Milano, Giuffrè, 1904, rééd. 1993, XXIX – 1406 p.

- *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 1923.

Handbook of the national conference of commissioners on uniform state laws, Buffalo, W.S. Hein, 1985.

HASSEMER (W.), *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2^e éd., Verlag Beck, 1990.

KOLB (D.), WILLIAMS (J.), *Everyday Negotiation: Navigating the Hidden Agendas in Bargaining*, San Francisco, Jossey-Bass, 2003, 401 p.

MAINE (H.), *Ancient Law*, Henry Holt and Company, 1861.

RENTON (D.), *The preparation of legislation, Report of a Committee Appointed by the Lord President of the Council*, Command 6053, Sweet & Maxwell, 1975, 183 p.

THORNTON (G.C.), *Legislative Drafting*, London, Butterworth, 1979, 380 p.

VI – OUVRAGES SPÉCIAUX, MONOGRAPHIES, THÈSES ET TRAVAUX COLLECTIFS

Ouvrages philosophiques ou relevant de matières non juridiques

ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, 1992, LGF, p. 231.

- BALZAC (H. DE), *Illusions perdues*, partie « Les souffrances de l'inventeur ».
- BOURGEOIS (L.), *Solidarité*, Paris, 3^e éd., Armand Colin, 1896, rééd. 1902, 266 p. – Presses Universitaires du Septentrion, 1998, 112 p.
- CAHIER (C.), *Quelque six mille proverbes et aphorismes usuels empruntés à notre âge et aux siècles derniers*, Paris, éd. Julien, Lanier et Cie, 1856.
- Commission théologique internationale, *À la recherche d'une éthique universelle. Nouveau regard sur la loi naturelle*, préf. R. MINNERATH, Cerf, Coll. « Documents des Églises », 2009, 192 p.
- CYRULNIK (B.) et MORIN (E.), *Dialogue sur la nature humaine*, éd. de l'Aube, Coll. « Mikros », 2018, 96 p.
- DE SINGLY (F.), *L'individualisme est un humanisme*, L'aube, Coll. « L'Aube poche essai », 2011, 114 p.
- DECARTES (R.), *Discours de la Méthode*, présentation par L. RENAULT, Paris, GF Flammarion, 2016, 192 p.
- DEVEREUX (G.), *De l'angoisse à la méthode dans les sciences du comportement*, Flammarion, 2012, 469 p.
- DUMONT (L.), *Essais sur l'individualisme*, Points Essais, Seuil, 1983, 305 p.
- DURKHEIM (E.), *De la division du travail social*, Paris, PUF, 1998, 464 p.
- ECKARDT (B.), *Javoleni Epistulae*, Berlin, 1978.
- EHRlich (E.), *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Duncker und Humblot, Munich-Leipzig, 1913.
- EWALD (F.), *L'État providence*, Grasset, 1986, 610 p.
- FOUCAULT (M.), *La volonté de savoir*, Paris, Gallimard, 1975, p. 122.
- FOUILLEE (A.), *La science sociale contemporaine*, Paris, Hachette, 1880.
- HABERMAS (J.), *Théorie de l'agir communicationnel*. Tomes 1 et 2, Paris, Fayard, 1987 (1981)).
- LE GOFF (J.), *Georges Gurvitch – Le pluralisme créateur*, Michalon, Coll. « Le bien commun », 2012, 126 p.
- LEGRAND (S.), *Les normes chez Foucault*, PUF, Coll. « Pratiques théoriques », 2007, 328 p.
- LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, trad. D. MAZEL, Flammarion, 414 p.
- MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, 1748.
- MORIN (E.), *Dialogue sur la connaissance*, L'aube, 2002.
- PASCAL (P.), *Pensées*, 1670.
- RAMONET (I.), *Géopolitique du chaos*, Paris, Gallimard (Folio), 2001.
- RICŒUR (P.),
- *Le juste*, Paris, Seuil, 1995.
 - *Lectures I. Autour du politique*, Paris, Seuil, Coll. « La couleur des idées », 1991.
- ROUSSEAU (J.-J.), *Du contrat social*, Paris, Le Livre de poche, Coll. « Les Classiques de la philosophie », 2011.
- SAINT THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique*, 1265-1273.
- SCHNAPPER (D.), *La démocratie providentielle. Essai sur l'égalité contemporaine*, Gallimard, 2002, 325 p.
- SILIPRANDI (P.), *L'illusione individualista e la Società europea*, Torino, Bocca, 1922.
- TAYLOR (C.), *Le malaise de la modernité*, Cerf, 1992.
- THUCYDIDE, *La guerre du Péloponnèse*, t. 2, Gallimard, 1964.

WAHL (J.), *Les Philosophies pluralistes d'Angleterre et d'Amérique*, 1^{re} éd., Les empêcheurs de penser en rond, 1920, rééd. 2005, 418 p.

WATKINS (M.) et LUECKE (R.), *Toutes les clés de la négociation*, *Harvard Business Review France*, Coll. « Les références HBR », 2018, 167 p.

Ouvrages spéciaux relevant de la matière juridique

ABATE (G.) et a., *Fiscal*, 6^e éd., LexisNexis, Coll. « Lexis Pratique », 2021, 2296 p.

AMRANI-MEKKI (S.) (dir.),

- *Guide des modes amiables de résolution des différends 2022-2023*, 2^e éd., LexisNexis, Coll. « Les guides », 2022, 327 p.
- *Procédure civile et procédure pénale. Unité ou diversité ?*, Bruxelles, Bruylant, Coll. « Procédure(s) », 2014, 238 p.

AMRANI-MEKKI (S.), DAVY (G.), KERNEIS (S.) et ROCCATI (M.) (dir.), *Les chimères de l'alternativité ? Regards croisés sur les Modes alternatifs de règlement des conflits*, Mare & Martin, Coll. « Droit & Science Politique », 2018, 266 p.

ANCEL (P.) et RIVIER (M.-C.) (dir.), *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Paris, Economica, Coll. « Études juridiques », 2001, 154 p.

AYNES (L.) (dir.), *L'authenticité. Droit, histoire, philosophie*, 2^e éd., La Documentation française, 2014, 230 p.

BADIE (B.) et BIRNBAUM (P.), *Sociologie de l'État*, Paris, Grasset, 1979, 251 p.

BARRAUD (B.),

- *Le droit postmoderne. Une introduction*, Paris, L'Harmattan, Coll. « Le Droit aujourd'hui », 2017, 320 p.
- *Mesurer le pluralisme juridique. Une expérience*, Paris, L'Harmattan, Coll. « Le Droit aujourd'hui », 2017, 308 p.

BECHILLON (D. DE), *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997, 302 p.

BERGER (V.), *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, 13^e éd., Sirey, 2014, 954 p.

BIOY (X.), *Droits fondamentaux et libertés publiques*, préf. J.-P. COSTA, 7^e éd., LGDJ, Coll. « Cours », 2022, 1012 p.

BLÉRY (C.) et RASCHEL (L.) (dir.),

- *Vers une procédure civile 2.0*, Dalloz, Coll. « Thèmes et commentaires », 2018, 146 p.
- *40 ans après... une nouvelle ère pour la procédure civile*, Dalloz, Coll. « Thèmes et commentaires », 2016, 122 p.

BLOHORN-BRENNEUR (B.) (dir.), *Conciliation et médiation commerciales : domaines d'application et droit comparé*, L'Harmattan, Gemme France, 2013, 190 p.

BOLARD (V.) et PIERRAT (M.) (dir.), *Les principes directeurs du procès en droit comparé à l'aune de la pensée de Motulsky*, Journées multilatérales de l'association Henri Capitant, Paris, Dalloz, Coll. « Thèmes et commentaires », 2019, 377 p.

BOLLEE (S.) et a., *Le principe du contradictoire en arbitrage*, préf. G. KEUTGEN, Bruxelles, Bruylant, Coll. « Arbitrage », 2016, 168 p.

BORTOLUZZI (S.) et a., *Règles de la profession d'avocat*, 2022/2023, 17^e éd., Dalloz, Coll. « Dalloz action », 2022, 2112 p.

- BOSKOVIC (O.) (dir.), *La déjudiciarisation*, Mare & Martin, Coll. « Droit privé et sciences criminelles », 2013, 480 p.
- BOULISSET (P.), *Guide de la médiation*, Edilaix, Coll. « Point de Droit », 2006, 224 p.
- CABRILLAC (R.) (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, 28^e éd., Dalloz, Coll. « Spécial CRFPA », 2022, 1000 p.
- CADIET (L.) et LORIFERNE (D.) (dir.), *L'autorité de la chose jugée*, IRJS, Coll. « Bibliothèque de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne - André Tunc », t. 37, 2012, 178 p.
- CADIET (L.) et RICHER (L.) (dir.), *Réforme de la justice, réforme de l'État*, PUF, Coll. « Droit et justice », 2003, 336 p.
- CADIET (L.), DAUCHY (S.) et HALPÉRIN (J.-L.) (dir.), *Itinéraires d'histoire de procédure civile*, t. 1, *Regards français*, IRJS, Coll. « Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc », 2014, 230 p.
- CARBASSE (J.-M.), *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 3^e éd., PUF, Coll. « Droit fondamental », 2014, 542 p.
- CARBONNIER (J.),
- *Sociologie juridique*, 3^e éd., PUF, Coll. « Quadrige Manuels », 2016, 416 p.
 - *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd. LGDJ, Coll. « Anthologie du droit », 2014, 496 p.
 - *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Paris, Flammarion, 1996, 276 p.
- CARVAL (S.), JOURDAIN (P.) et VINEY (G.), *Les effets de la responsabilité*, 4^e éd., LGDJ, Coll. « Traités », 2017, 880 p.
- CASAUX-LABRUNEE (L.) et ROBERGE (J.-F.) (dir.), *Pour un règlement amiable des différends. Des défis à relever pour une justice de qualité*, préf. N. BELLOUBET, LGDJ, 2018, 490 p.
- CAUDAL (S.) (dir.), *Les principes en droit*, Paris, Economica, Coll. « Études juridiques », 2008, 384 p.
- CAYROL (N.), *Droit de l'exécution*, 3^e éd., LGDJ, Coll. « Précis Domat », 2019, 504 p.
- CHARTIER (J.-L.), *Portalis ; père du Code civil*, Fayard, 2004, 441 p.
- CHASSAGNARD-PINET (S.) et HIEZ (D.) (dir.),
- *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, Coll. « Thèmes et commentaires », 2008, 344 p.
 - *Approche critique de la contractualisation*, LGDJ, Coll. « Droit et Société », t. 16, 2007, 222 p.
 - *Approche renouvelée de la contractualisation*, PUAM, 2007, 176 p.
- CHEVALIER (P.), DESDEVISES (Y.) et MILBURN (Ph.) (dir.), *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice*, Paris, La documentation française, Coll. « Perspectives sur la justice », 2003, 288 p.
- CIMAMONTI (S.) et PERRIER (J.-B.) (dir.), *Les enjeux de la déjudiciarisation*, LGDJ, 2019, 324 p.
- CLAM (J.) et MARTIN (G.) (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, LGDJ, Coll. « Droit et société », 1998, 454 p.
- COLLARD-DUTILLEUIL (F.) et DELEBECQUE (P.), *Droit des contrats civils et commerciaux*, 11^e éd., Dalloz, Coll. « Précis », 2019, 1094 p.
- DEHEZ (P.), *Théorie des jeux. Conflit, négociation, coopération et pouvoir*, Economica, 2017, 256 p.
- DELMAS-MARTY (M.),

- *Les forces imaginantes du droit (II) - Le Pluralisme ordonné*, Seuil, Coll. « La couleur des idées », 2006, 303 p.
 - *Vers un droit commun de l'humanité* (entretien avec P. PETIT), Textuel, Coll. « Conversations pour demain », 2005, 142 p.
 - *Pour un droit commun*, Seuil, 1994, 320 p.
- DELMAS-MARTY (M.), MUIR-WATT (H.) et RUIZ-FABRI (H.), *Variations autour d'un droit commun. Premières rencontres de l'UMR de droit comparé de Paris*, Paris, Société de législation comparée, 2002, 490 p.
- DION (N.), *De la médiation*, 2^e éd., Mare & Martin, Coll. « Libre Droit », 2018, 246 p.
- DRAÏ (R.), *Le plus grand mensonge du monde. Théorie juridique et théorie psychanalytique*, Paris, Hermann, Coll. « Philosophie », 2010, 254 p.
- DUPUY (P.-M.) et KERBRAT (Y.), *Droit international public*, 15^e éd., Dalloz, Coll. « Précis », 2020, 962 p.
- DWORKIN (R.), *Prendre les droits au sérieux*, 1977, trad. par M.-J. ROSSIGNOL et F. LIMARE, PUF, Coll. « Léviathan », 1995, 515 p.
- EBER (N.), *Théorie des jeux*, 4^e éd., Dunod, 2018, 128 p.
- FENET (P.-A.), *Recueil complet des travaux préparatoire du Code civil*, Videcoq, t. XV, 1836.
- FERREIRA DA CUNHA (P.), *Droit naturel et Méthodologie juridique*, Paris, 1^{re} éd., Buenos Books International, Coll. « Humanitas », 2012, 166 p.
- FLISE (L.) et JEULAND (E.) (dir.), *Le procès est-il encore la chose des parties ?*, Actes des 5^{èmes} rencontres de procédure civile, 5 déc. 2014, IRJS Éditions, Coll. « Bibliothèque de l'IRJS – André Tunc », t. 65, 2015, 162 p.
- FONTAINE (L.), *Droit et pluralisme*, Anthemis, Coll. « Droit et justice », 76, 2008, 400 p.
- FOYER (J.) et a., *Histoire de la justice en France. Du XVIII^e siècle à nos jours*, 5^e éd., PUF, Coll. « Droit fondamental », 2016, 1296 p.
- FOYER (J.), *Histoire de la justice*, PUF, Coll. « Que sais-je ? », 1^{re} éd., 1996, 128 p.
- FRICERO (N.) et a., *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, 3^e éd., Dalloz, Coll. « Guides Dalloz », 2017, 862 p.
- FULLER (L.), *La moralité du droit*, trad. J. VAN MEERBEECK, Presses de l'Université Saint-Louis, Bruxelles, 2017, 270 p.
- GARAPON (A.),
- *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Odile Jacob, Coll. « Bibliothèque », 2010, 351 p.
 - *Le gardien des promesses. Justice et démocratie*, Paris, Odile Jacob, 1996, 281 p.
- GENY (F.), *Science et technique en droit privé positif*, t. I, 1913.
- GERARD (Ph.), OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.) (dir.),
- *L'accélération du temps juridique*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2000, 931 p.
 - *Droit négocié, droit imposé ?*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Coll. « Droit », 1996, 703 p.
- GILISSEN (J.) (dir.), *Le Pluralisme juridique*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1972, 332 p.
- GIRARD (C.), *Des droits fondamentaux au fondement du droit. Réflexions sur les discours théoriques relatifs au fondement du droit*, Publications de la Sorbonne, 2010, 414 p.

- GRYNBAUM (L.) et NICOD (M.) (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Paris, Economica, Coll. « Études juridiques », 2004, 216 p.
- GUILLAUME-HOFNUNG (M.), *La médiation*, 8^e éd., PUF, Coll. « Que sais-je ? », 2020, 128 p.
- GURVITCH (G.), *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Paris, Pedone, 1935, 299 p.
- JAMIN (C.), *Le solidarisme contractuel : un regard franco-québécois*, 9^e conférence Albert-Mayrand 2005, Montréal, Éditions Thémis, 2005, 34 p.
- JEULAND (E.) et BOILLOT (C.), *La qualité de la performance judiciaire : une notion objective et relationnelle ?*, IRJS Editions, Coll. « Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne – André Tunc », t. 66, 2015, 222 p.
- KELSEN (H.),
- *Qu'est-ce que la justice ? Suivi de droit et morale*, préf. V. LASSERRE, Markus Haller, 2012, 141 p.
 - *Théorie pure du Droit*, LGDJ, Coll. « La pensée juridique », 1999, 376 p.
- KENFACK (H.) et RINGLER (S.), *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, Coll. « Cours », 2017, 368 p.
- LAMBERT (E.), *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale des États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Giard, 1921, rééd. préf. F. MODERNE, Paris, Dalloz, 2005, 276 p.
- LE ROY (E.) (dir.), *La conciliation et les modes para-judiciaires de règlement des litiges. Expériences françaises et nord-américaines*, Paris, Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris, Bordeaux, Association d'études et de recherches de l'École nationale de la magistrature, Coll. « Essais et recherches judiciaires », 1989.
- LEMOINE (Y.) et MIGNARD (J.-P.), *Le défi d'Antigone. Promenade parmi les figures du droit naturel*, Paris, Michel de Maule, 2013, 188 p.
- LIBCHABER (R.),
- *Le contrat au XXI^e siècle. L'ingénierie juridique et les nouveaux contrats d'affaires*, 1^{re} éd., LGDJ, Coll. « Droit des affaires », 2020, 204 p.
 - *L'ordre juridique et le discours du droit, Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, 2013, 437 p.
- LOCHAK (D.) et TSUJIMURA (M.), *L'équité ou les équités. Confrontation occident et monde arabe*, Paris, Société de législation comparée, 2004, 252 p.
- MALLET-BRICOUT (B.) et NOURISSAT (C.) (dir.), *La transaction dans toutes ses dimensions*, Dalloz, Coll. « Thèmes & commentaires », 2006, 214 p.
- MATHIEU (B.) et VERPEAUX (M.) (dir.), *La constitutionnalisation des branches du droit*, Paris, Economica, Coll. « Droit public positif », 1998, 204 p.
- MIMBANG (J. B.), *La théorie des jeux. Nash et le dilemme du prisonnier*, 50 Minutes, 2014, 74 p.
- MITCHELL (P.) et a., *Le grand livre de la justice. Une histoire mondiale des lois*, Prisma, 2021, 336 p.
- MOTULSKY (H.), *Droit processuel : certificat d'aptitude à la profession d'avocat*, Cours de droit, 1973.
- OPPETIT (B.), *Droit et modernité*, PUF, Coll. « Doctrine juridique », 1998, 320 p.
- OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis, Coll. « Droit », 2010, 598 p.

- OTIS (G.) (dir.), *Méthodologie du pluralisme juridique*, Karthala, Coll. « 4 vents », 2012, 284 p.
- PAGE (H. DE), *À propos du gouvernement des juges. L'équité en face du droit*, 1931, Sirey-Bruylant, 198 p.
- PEKAR LEMPEREUR (A.), SALZER (J.) et COLSON (A.), *Méthode de médiation. Au cœur de la conciliation*, Dunod, Coll. « Stratégies et management », 2018, 270 p.
- PETEL-TEYSSIE (I.) et PUIGELIER (C.) (dir.), *Quarantième anniversaire du Code de procédure civile (1975-2015)*, Paris, éd. Panthéon-Assas, 2016, 480 p.
- PETTITI (L.-E.), DECAUX (E.), IMBERT (P.-H.) (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, 2^e éd., Economica, 1999, 1230 p.
- PIGACHE (C.) (textes réunis par), *Les évolutions du droit (Contractualisation et Procéduralisation)*, Publications de l'Université de Rouen et du Havre, 2004, 214 p.
- POINAS (E.), *Le statut de la magistrature. Réflexions sur un droit spécial*, préf. C. DEJOURS, Boulogne-Billancourt, Berger-Levrault, Coll. « Pratiques judiciaires », mars 2022, 650 p.
- PONS (B.), *Contrat de transaction - Solutions transactionnelles, Conciliation-Médiation-Procédure participative*, 2^e éd., Dalloz, Coll. « Dalloz Référence », 2022, 1134 p.
- RASSAT (M.-L.), *La justice en France*, 8^e éd., PUF, Coll. « Que sais-je ? », 2007, 128 p.
- RIDEAU (J.) (dir.), *Le droit au juge dans l'UE*, LGDJ, 1998, 248 p.
- RIDEAU (J.) et PICOD (F.), *Code de procédures juridictionnelles de l'Union européenne*, LexisNexis Litec, Coll. « Codes oranges », 2002, 914 p.
- RODIERE (P.), *Droit social de l'Union européenne*, 3^e éd., LGDJ, Coll. « Traités », 2022, 860 p.
- ROMANO (S.) et BERGE (J.-S.), *L'ordre juridique*, Dalloz, Coll. « Tiré à part », 2015, 130 p.
- ROSANVALLON (P.), *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Seuil, Les livres du nouveau monde, 2008, 384 p.
- ROULAND (N.),
- *Aux confins du droit. Anthropologie juridique de la modernité*, Odile Jacod, 1991, 320 p.
 - *Anthropologie juridique*, PUF, Coll. « Droit fondamental », 1988, 496 p.
- SALAS (D.) et CARSTOIU (A.), *La justice*, Le Cavalier Bleu, Coll. « Idées reçues », 2008, 128 p.
- SALAS (D.), *Du procès pénal : éléments pour une théorie interdisciplinaire du procès*, Paris, PUF, Coll. « Les voies du droit », 1992, 262 p.
- SALEILLES (R.), *De la déclaration de volonté*, Paris, Pichon, 1901.
- SAURON (J.-L.) et CHARTIER (A.), *Les droits protégés par la Convention européenne des droits de l'homme*, Gualino, Coll. « Master », 2014, 480 p.
- SAVOUREY-ALEZRA (M.), avec la collaboration de P. BRISSON, *Re-créez les liens familiaux : médiation familiale et soutien à la parentalité*, préf. M. SASSIER, 3^e éd., Chronique sociale, Coll. « Comprendre les personnes », 2008, 191 p.
- SERIAUX (A.), *Le droit naturel*, 2^e éd., PUF, Coll. « Que sais-je ? », 1999, 128 p.
- SEVE (R.), *La médiation*, 1^{re} éd., Dalloz, Coll. « Archives de philosophie du droit », t. 61, 2019, 430 p.
- SOYER (J.-C.) et SALVIA (M. DE), *Le recours individuel supranational, mode d'emploi*, Paris, LGDJ, 1992, 287 p.
- SPENCER (J. R.), *La procédure pénale anglaise*, PUF, Coll. « Que sais-je ? », 1998, 127 p.

TERRE (D.), *Les questions morales du droit*, PUF, Coll. « Éthique et Philosophie morale », 2007, 368 p.

TERRE (F.) (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, Coll. « Thèmes et commentaires », 2008, 310 p.

TRICOIT (J.-P.),

- *Droit de la médiation et des modes amiables de règlement des différends*, 2^e éd., Gualino, Coll. « Mémentos », 2022, 268 p.
- *Le guide pratique du règlement amiable conventionnel. Panorama des modes amiables de règlement des différends*, 1^{re} éd., Gualino, Coll. « Guides Pro », 2020, 384 p.

URBAIN-PARLEANI (I.) et CONAC (P.-H.) (dir.), *Regard sur l'évolution du droit des sociétés depuis la loi du 24 juillet 1966*, Dalloz, Coll. « Thèmes & commentaires », 2018, 356 p.

VALLAR (C.), MAZZEGA (D.), CHARLES-NEVEU (B.), ELBAZ (A.) et LEROY-FRESCHINI (N.), *Procès administratif et procès civil. Convergences et divergences*, Aix-en-Provence, PUAM, 2014, 154 p.

VARAUT (J.-M.),

- *Le droit au juge*, éd. Quai Voltaire, Coll. « Parti pris », 1991, 286 p.
- *Le droit au droit. Pour un libéralisme institutionnel*, Paris, PUF, Coll. « Libre échange », 1986, 256 p.

VILLEY (M.),

- *La formation de la pensée juridique moderne*, 2^e éd., PUF, Coll. « Quadrige Manuels », 2013, 640 p.
- *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, 2^e éd., Dalloz, Coll. « Bibliothèque Dalloz », 2002, 318 p.
- *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit. Les moyens du droit*, Dalloz, 2001, 340 p.

WEBER (M.), *Sociologie du droit*, Paris, 2^e éd., PUF, Coll. « Quadrige », 2013, 324 p.

WORMS (F.) (dir.), *Droits de l'homme et philosophie. Une anthropologie (1789-1914)*, Paris, CNRS Éditions, (1993) rééd. 2009, 444 p.

ZAGREBELSKY (G.), *Le droit en douceur (Il diritto mite)*, trad. M. LEROY, Paris, Economica, Coll. « Droit public positif », 2000, 153 p.

Thèses

AMRANI-MEKKI (S.), *Le temps et le procès civil*, préf. L. CADIET, Dalloz, Coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2002, 589 p.

ARROYO (J.), *La renonciation aux droits fondamentaux*, préf. X. DUPRE DE BOULOIS, Paris, Pedone, Coll. « Publications de l'Institut International des Droits de l'Homme », 2016, 670 p.

ASCENSI (L.), *Du principe de la contradiction*, préf. L. CADIET, LGDJ, Coll. « Thèses », t. 454, 2006, 536 p.

BARONE (L.), *L'apport de la Convention Européenne des Droits de l'Homme au droit fiscal français*, préf. J.-P. COSTA, L'Harmattan, Coll. « Finances publiques », 2000, 439 p.

BELLEY (J.-G.), *Conflit social et pluralisme juridique en sociologie du droit*, thèse dactyl., Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris (Paris II), 1977, IX-570 f°.

BEN MRAD (F.), *Sociologie et pratiques de médiation. Entre principes et compétences*, L'Harmattan, Coll. « Logiques Juridiques », 2002, 200 p.

- BLANQUET (M.), *L'article 5 du Traité C.E.E. Recherche sur les obligations de fidélité des États membres de la communauté*, préf. G. ISAAC, Paris, LGDJ, Coll. « Thèses », t. 108, 1994, 528 p.
- BLERY (C.), *L'efficacité substantielle des jugements civils*, préf. P. MAYER, LGDJ, Coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 328, 2000, 386 p.
- BOURSIER (M.-E.), *Le principe de loyauté en droit processuel*, préf. S. GUINCHARD, Dalloz, Coll. « Nouvelle Bibliothèque des Thèses », vol. 23, 2003, 527 p.
- BOUTY (C.), *L'irrévocabilité de la chose jugée en droit privé*, préf. J.-L. BERGEL, Aix-en-Provence, PUAM, Coll. « Droit privé », 2008, 528 p.
- BOYER (L.), *La notion de transaction. Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, préf. J. MAURY, Sirey, 1947, 509 p.
- CAMOUS (E.), *Règlements non-juridictionnels des litiges de la consommation. Contribution critique à l'analyse des modes alternatifs de règlements des conflits*, préf. J. CALAIS-AULOY, LGDJ, Coll. « Thèse », t. 362, 2002, 556 p.
- CAPDEPON (Y.), *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, préf. J.-C. SAINT-PAU, Dalloz, Coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », vol. 122, 2013, 504 p.
- CHAUDET (J.-P.), *Principes généraux de la procédure administrative contentieuse*, Paris, LGDJ, Coll. « Bibliothèque du droit public », t. LXXIV, 1967, 528 p.
- CHOLET (D.), *La célérité de la procédure en droit processuel*, préf. G. GIUDICELLI-DELAGE, LGDJ, Coll. « Thèses », t. 466, 2006, 736 p.
- CLAY (T.), *L'arbitre*, préf. P. FOUCHARD, Dalloz, Coll. « Nouvelle Bibliothèque des thèses », vol. 2, 2001, 930 p.
- COLSON (R.), *La fonction de juger. Étude historique et positive*, préf. L. CADIET, Presses Universitaires de la faculté de droit de Clermont Ferrand, 2006, 350 p.
- COURDIER-CUISINIER (A.-S.), *Le solidarisme contractuel*, préf. E. LOQUIN, Paris, LexisNexis, 2006, 758 p.
- D'AMBRA (D.), *L'objet de la fonction juridictionnelle : Dire le droit et trancher les litiges*, préf. G. WIEDERKEHR, Paris, LGDJ, Coll. « Thèses », t. 236, 1994, 362 p.
- DANDINE (E.), *La responsabilité civile devant le parlement de Toulouse au XVIIIe siècle. Essai d'une théorie générale*, Thèse dactyl., Université Toulouse 1 Capitole, 1997, 522 p.
- DIJOUX (R.), *La contractualisation des droits fondamentaux*, L'Harmattan, Coll. « Logiques Juridiques », 2012, 584 p.
- DUBOS (O.), *Les juridictions nationales, juge communautaire*, Dalloz, Coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », vol. 4, 2001, 1015 p.
- DUMAS (R.), *Essai sur la fondamentalisation du droit des affaires*, préf. E. GARAUD, L'Harmattan, Coll. « Logiques juridiques », 2008, 543 p.
- DUPRE (J.-F.), *La transaction en matière pénale*, préf. E. FAURE, Nancy II, Litec, 1978.
- EINAUDI (T.), *L'obligation d'informer dans le procès administratif*, préf. J.-P. NEGRIN, LGDJ, Coll. « Bibliothèque de droit public », t. 226, 2002, 470 p.
- ENGEL-CREACH (A.), *Les contrats judiciairement formés*, préf. A. BÉNABENT, Economica, Coll. « Recherches Juridiques », 2002, 343 p.
- FARDET (C.), *L'homologation en droit administratif*, thèse dactyl., Université Paris II, 1996.
- FAVOREU (L.), *Du déni de justice en droit public français*, préf. M. WALINE, Paris, LGDJ, Coll. « Bibliothèque de droit public », 1964, 583 p.

- FOYER (J.), *De l'autorité de la chose jugée en matière civile. Essai d'une définition*, thèse dactyl., Paris, 1954, 720 p.
- FRISON-ROCHE (M.-A.), *Généralités sur le principe du contradictoire. Droit processuel*, thèse Paris II, 1988, LGDJ, Coll. « Anthologie du droit », 2014, 238 p.
- GAMBARAZA (M.), *Le statut juridique de la Déclaration universelle des droits de l'homme. Une aventure juridique*, préf. E. DECAUX, Pedone, Coll. « Publications de l'Institut International des Droits de l'Homme », 2016, 562 p.
- GARCIA (V.), *La contractualisation du procès. Essai sur le contrat processuel*, thèse dactyl., Université Toulouse 1 Capitole, 2022, 541 p.
- GOUJON-BETHAN (T.), *L'homologation par le juge. Essai sur une fonction juridictionnelle*, LGDJ, Coll. « Thèses », t. 611, 2021, 708 p.
- GOUNOT (E.), *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, Rousseau, 1912, 470 p.
- GRIMALDI (C.), *Quasi-engagement et engagement en droit privé. Recherches sur les sources de l'obligation*, préf. Y. LEQUETTE, Defrénois, Coll. « Doctorat & Notariat », t. 23, 2007, 600 p.
- GUTIERREZ (P.), *Défense juridique et philosophique de l'équité. Essai sur la notion d'équité pour le progrès du droit international*, thèse, Toulouse, 1972.
- HENRY (M.), *Le devoir d'indépendance de l'arbitre*, LGDJ, Coll. « Bibliothèque de Droit privé », 2001, 404 p.
- ISAAC (G.), *La procédure administrative non contentieuse*, Paris, LGDJ, Coll. « Bibliothèque de droit public », 1968, 732 p.
- JARROSSON (C.), *La notion d'arbitrage*, préf. B. OPPETIT, LGDJ, Coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 198, 1987, 407 p.
- JOLY-HURARD (J.), *Conciliation et médiation judiciaires*, préf. S. GUINCHARD, PUAM, Coll. « Institut de Droit des affaires », 2003, 476 p.
- KHORATY (R.), *Les principes directeurs du droit des contrats. Regards croisés sur les droits français, libanais, européen et international*, préf. D. MAZEAUD, PUAM, Coll. « Institut de Droit des Affaires », 2014, 350 p.
- KUTY (F.), *L'impartialité du juge en procédure pénale. De la confiance décrétée à la confiance justifiée*, préf. P. MARTENS et M. PREUMONT, Larcier, Coll. « Collection de thèses », 2005, 796 p.
- LAHER (R.), *Imperium et jurisdictio en droit judiciaire privé*, préf. G. DECOCQ, Mare & Martin, Coll. « Bibliothèque des thèses », 2017, 1046 p.
- LASSERRE (M.-C.), *Le droit de la procédure civile de l'Union européenne forme-t-il un ordre procédural ?*, thèse dactyl., Université Nice Sophia Antipolis, 2013.
- LEQUETTE (S.), *Le contrat-coopération : contribution à la théorie générale du contrat*, préf. C. BRENNER (dir.), Economica, Coll. « Recherches juridiques », 2012, 514 p.
- LIEVREMONT (C.), *Le débat en droit processuel (Contribution à une théorie générale du débat)*, préf. H. CROZE, PUAM, 2001, 625 p.
- MILANO (L.), *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, préf. F. SUDRE, Dalloz, Coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », vol. 57, 2006, 674 p.
- MINIATO (L.), *Le principe du contradictoire en droit processuel*, préf. B. BEIGNIER, Paris, LGDJ, Coll. « Bibliothèque de Droit privé », t. 483, 2008 (texte remanié de la thèse de doctorat, Toulouse 1, 2003), 456 p.

- MONTEILLET (V.), *La contractualisation du droit de l'environnement*, préf. A. PELISSIER, Dalloz, Coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », vol. 168, 2017, 732 p.
- MOREAU (P.), *L'homologation judiciaire des conventions. Essai d'une théorie générale*, préf. G. DE LEVAL, Bruxelles, Larcier, 2007, 517 p.
- MORVAN (P.), *Le principe de droit privé*, préf. J.-L. SOURIOUX, Paris, Panthéon-Assas, 1999, 788 p.
- MOTULSKY (H.), *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, préf. P. ROUBIER, 1948, rééd., Paris, Dalloz, Coll. « Bibliothèque Dalloz », 2002, 183 p.
- MOUTON (S.), *La constitutionnalisation du droit*, thèse, Toulouse I, 1998.
- NIANG (B.), *Le « plaider coupable » en France et aux États-Unis au regard des principes directeurs du procès pénal*, L'Harmattan, Coll. « Logiques juridiques », 2014, 552 p.
- OUDOUL (A.), *L'impartialité des magistrats dans la procédure pénale française à l'aune du droit de la convention EDH*, thèse dactyl., Université d'Auvergne – Clermont-Ferrand I, 2016, 478 p.
- PERRIER (J.-B.), *La transaction en matière pénale*, préf. S. CIMAMONTI, LGDJ, Coll. « Thèses », t. 61, 2014, 806 p.
- PICOD (Y.), *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, préf. G. COUTURIER, LGDJ, Coll. « Bibliothèque de droit privé », 1989, 254 p.
- PIN (X.), *Le consentement en matière pénale*, préf. P. MAISTRE DU CHAMBON, LGDJ, Coll. « Thèses », t. 36, 2002, 736 p.
- POULET (L.), *Transaction et protection des parties*, préf. Y. LEQUETTE, LGDJ, Coll. « Bibliothèque de Droit privé », t. 452, 2005, 401 p.
- RENOUX (T.), « Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire, l'élaboration d'un droit constitutionnel juridictionnel », préf. L. FAVOREU, Paris, Economica – PUA, Coll. « Droit public positif », 1984, 608 p.
- ROETS (D.), *Impartialité et justice pénale*, préf. J. PRADEL, Cujas, Coll. « Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers », 1997, 496 p.
- ROUHETTE (G.), *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse dactyl., Paris, 1965.
- SCHMITTER (G.), *La constitutionnalisation du droit processuel*, thèse, Aix-Marseille III, 1994.
- SCHWARTZENBERG (R.-G.), *L'autorité de la chose décidée*, Paris, LGDJ, Coll. « Bibliothèque de droit public », t. XCIII, 1969, 452 p.
- TOMASIN (D.), *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile*, préf. P. HEBRAUD, Paris, LGDJ, Coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 143, 1975, 280 p.
- TRICOIT (J.-Ph.), *La médiation dans les relations de travail*, préf. B. BOSSU, LGDJ, Coll. « Bibliothèque de droit social », t. 48, 2008, 581 p.
- VERGES (E.), *Les principes directeurs du procès judiciaire. Étude d'une catégorie juridique*, thèse dactyl., Université Aix-Marseille 3, 2000, p.
- WEILLER (L.), *La liberté procédurale du contractant*, préf. J. MESTRE, PUAM, 2004, 582 p.

V – ARTICLES, CHRONIQUES, NOTES, OBSERVATIONS ET CONCLUSIONS

- AFROUKH (M.), « La notion de droits correspondants dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne », *Rev. aff. eur.* 2011. 765.

ALBIGES (C.), « L'équité et le juge civil », in *Aequias, Equité, Equity*, textes édités par Y. MAUSEN et B. SIRKS, Presses de la Faculté de droit et de science politique de Montpellier, Coll. « Actes de colloque », Montpellier, 2015, pp. 111-122.

ALLAIN (S.), « La négociation comme concept analytique central d'une théorie de régulation sociale », *Négociations*, n° 2, pp. 23-40.

ALLAMELOU (A.), « Transposition de la directive 2013/11/UE : quand médiation rime avec consommation », *Dalloz actualité*, 23 févr. 2016.

AMBROISE-CASTEROT (C.), « Recherche et administration des preuves en procédure pénale : la quête du Graal de la Vérité », *AJ Pénal*, 2005, p. 261.

AMIÉL-COSME (L.), « La fonction d'homologation judiciaire », *Justices*, 1997, n° 5, p. 135.

AMILHAT (M.), « Contractualisation, négociation, consensualisme : nouvelles approches du droit public » in Actes du colloque organisé les 23 et 24 mars 2017 par l'université de Lille Droit et Santé, *RFDA*, 2018, p. 1.

AMRANI-MEKKI (S.),

- « Décret n° 2020-1452 réformant (encore !) la procédure civile. Des corrections sans grands bouleversements », *JCP* 2020. 1404.
- « Nouvelles réformes de procédure civile. Vous avez dit simplification ? », *JCP G*. 2020, 75.
- « Les chantiers de la justice Numérique, Procédure civile et Réseau des juridictions : le rationnel est-il toujours raisonnable ? », *Gaz. Pal.*, n° 05, 6 févr. 2018, n° 312x8, p. 67.
- « La résolution amiable des différends comme mesure de modernisation et de simplification de la procédure civile », *Gaz. Pal.*, n° 28, 25 juill. 2017, n° 299r2, p. 60.
- « Les modes amiables de résolution des différends dans la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle », *Gaz. Pal.*, n° 05, 31 janv. 2017, n° 285b6, p. 46.
- « La codification de l'amiable » in I. PETEL-TEYSSIE et C. PUIGELIER (dir.), *Quarantième anniversaire du Code de procédure civile*, éd. Panthéon-Assas, 2016, pp. 97-110.
- « La fondamentalisation du droit du procès », *RD Assas*, n° 11, oct. 2015, p. 72.
- « La convention de procédure participative », *D.* 2011, p. 3007.
- « La clause de conciliation », in *Id*, L. CADIET, Y. CHAPENEL et a., *La médiation*, Société de législation comparée, Dalloz, 2009, pp. 29 et s.
- « Le principe de célérité », *Rev. fr. adm. Pub.*, 2008/1, n° 125, pp. 43-53.

ANCEL (J.-P.), « Art processuel », in *Mél. Jean Buffet. La procédure en tous ses états*, Petites affiches/LGDJ, 2004, pp. 1 s.

ANCEL (P.) et COTTIN (M.), « L'efficacité procédurale des clauses de conciliation ou de médiation », *D.* 2003, p. 1386, ss. Cass., Ch. mixte, 14 févr. 2003, nos 00-19.423 et 00-19.424, *Bull. ch. mixte*, n° 1.

ANCEL (P.) et PEULVE (C.), « La médiation parmi les modes de règlement des différends civils et commerciaux », in M. E. ANCEL et M. CASTILLO, Actes du colloque *Les médiations : la justice autrement ? Dans les matières pénale, civile et commerciale*, faculté de droit Paris-Est (Créteil – Val de Marne), 3 févr. 2011.

ANCEL (P.), « Contractualisation », in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, 1^{re} éd., PUF, Coll. « Grands dictionnaires », 2004, pp. 231-236.

ARENS (C.), « Conclusion », in « Le contrôle de proportionnalité », *Revue Justice actualités*, n°24, ENM, déc. 2020, pp. 138 s.

ARENS (C.) et FRICERO (N.), « Médiation et conciliation : modes premiers de règlement des litiges ? », *Gaz. Pal.*, 25 avr. 2015, n° 222e8, p. 13.

ARENS (C.) et MOLINIE (F.), « La médiation devant la Cour de cassation, pourquoi pas ? », *Dalloz actualité*, 7 juill. 2021.

ARMAND-PREVOST (M.),

- « La médiation, trop connue, mal connue, méconnue (1^{re} partie) », *Gaz. Pal.*, 10 janv. 2006, n° 10, p. 2.
- « La médiation, trop connue, mal connue, méconnue (2^{ème} partie) », *Gaz. Pal.*, 12 janv. 2006, n° 12, p. 11.
- « L'avocat, le juge, le médiateur », *LPA*, 8 juill. 1998, n° 81, p. 19.

ARNAUD (A.-J.), « Présentation : Autour d'un dialogue imaginaire entre Michel Villey et Friedrich Hayek », Dossier « Michel Villey, vingt ans déjà », *Droit et Société*, n° 71, 2009, p. 14.

ARTUR (E.), « De la séparation des pouvoirs et de la séparation des fonctions de juger et d'administrer », *RDP* 1904.

AYNES (L.),

- « Le contrat, loi des parties », *Cah. Cons. Constit.*, n° 17 (dossier : loi et contrat), mars 2005.
- « À propos de la force obligatoire du contrat », *RDC* 2003, n° 1, p. 323.

BAILLON-PASSE (C.), « Le titre préliminaire du Code de justice administrative : retour sur un objet juridique à identifier », *LPA*, 31 déc. 2004, n° 262, p. 6.

BALENSI (I.), « L'homologation judiciaire des actes juridiques », *RTD civ.* 1978, pp. 42 s. et pp. 233 s.

BARANES (W.), FRISON-ROCHE (M.-A.) et ROBERT (J.-H.), « Pour le droit processuel », *D.* 1993, chron. p. 9.

BARBA (M.),

- « Contrôle de légalité de la réforme de la procédure civile de 2019 : retour vers le futur au Conseil d'État (Première partie : le champ de confirmation) », *Dalloz actualité*, 4 oct. 2022, sous CE, 22 sept. 2022, n° 436939 et 437002.
- « Contrôle de légalité de la réforme de la procédure civile de 2019 : retour vers le futur au Conseil d'État (Deuxième partie : le champ d'annulation) », *Dalloz actualité*, 4 oct. 2022, sous CE, 22 sept. 2022, n° 436939.

BARBIER (H.), « L'autonomie de l'action directe mise en avant », *RTD civ.* 2018, p. 668.

BARRERE (C.), « Temps (point de vue de l'économiste) », in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, 1^{re} éd., PUF, Coll. « Grands dictionnaires », 2004, pp. 1285-1288.

BARTHOUIL (T.), « Essai sur la notion de pouvoir discrétionnaire des juges du fond en droit privé », *RRJ*, 1992, pp. 343-395.

BEAUJOUR (J.-C.),

- « L'indépendance du médiateur », *Gaz. Pal.*, 30 janv. 2018, n° 4, p. 11.
- « Le temps dans le processus de médiation », *Gaz. Pal.*, 18 juill. 2017, n° 27, p. 21.

BEHAR-TOUCHAIS (M.), « La proportionnalité conquérante », *JCP G.* 2016, n° 3, p. 51.

BEIGNIER (B.),

- « Principe d'impartialité et récusation : applications pratiques », *D.* 2002, p. 359, note sous CA Toulouse, 9 mars 2001 et CA Toulouse 25 oct. 2001.
- « Hiérarchie des normes et hiérarchie des valeurs », in *Mél. Catala*, Litec, 2001, pp. 153 et s.

BELANGER (A.) et TABI TABI (G.), « Vers un repli de l'individualisme contractuel ? L'exemple du cautionnement », *Les Cahiers de droit*, vol. 47, n° 3, 2006, pp. 429-474.

BELLEY (J.-G.),

- « Le pluralisme juridique comme orthodoxie de la science du droit », *CJLS/RCDS*, 26-2, 2011, pp. 257-276.
- « L'État et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique », *Sociologie et sociétés*, vol. XVIII, n° 1, avr. 1986, pp. 11-32.

BENABENT (A.), « Les moyens relevés en secret par le juge », *JCP G.* 1977, 1, 2849.

BENHARDA (I.), « Notes de lecture/ relectures », *Négociations*, vol. 13, n° 1, 2010, pp. 125-151.

BERGER (F.-X.),

- « Décret d'application de la loi pour la confiance dans l'institution judiciaire : répercussions sur la procédure civile », *Dalloz actualité*, 3 mars 2022.
- « Nouveau décret de procédure civile : du mieux, du moins bon et de l'incertain », *Dalloz actualité*, 15 oct. 2021.

BERNABE (B.), « Le procès équitable avant la CEDH », in L. CADDIET, S. DAUCHY et J.-L. HALPERIN, *Itinéraires d'histoire de la procédure civile, vol. 1 Regards français*, t. 52, Paris, IRJS Éditions, 2014, pp. 139-176.

BERNHEIM-DESVAUX (S.), « La transposition de la directive 2013/11/UE du 21 mai 2013 relative au règlement extra-judiciaire des litiges de consommation (RELC) par l'ordonnance n° 2015-1033 du 20 août 2015 », *CCC*, n° 10, oct. 2015, étude 11.

BLECKMANN (A.), *Zum Rechtsinstitut der Bundestreue - Zur Theorie der subjektiven Rechte im Bundesstaat*, *JZ* 1991, p. 900.

BLERY (C.) et TBOUL (J.-P.), « Une nouvelle ère pour la procédure civile (suite et sans doute pas fin). À propos du décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 », *Gaz. Pal.*, 17-18 avr. 2015, p. 7.

BLERY (C.),

- « Décret du 11 octobre 2021 : la procédure civile à (tout) petits pas », *Dalloz actualité*, 19 oct. 2021.
- « Oralité classique et amiable préalable obligatoire : des précisions », *Dalloz actualité*, 15 juill. 2021.
- « Où l'amiable devient l'objet du contentieux... », *Dalloz actualité*, 10 mai 2021.
- « Autorité de la chose jugée d'une transaction : un petit goût de revenez-y... », *Dalloz actualité*, 18 mars 2021, ss Cass., Civ. 2^e, 4 mars 2021, n° 19-16.859.
- « Nouveaux modes d'introduction de la procédure de communication par voie électronique », *D. avocat.* 2020. 25.
- « Réforme de la procédure civile : prise de date d'audience devant le tribunal judiciaire », *Dalloz actualité*, 24 déc. 2019.
- « Justice du XXI^e siècle : refonte du régime de la récusation et du renvoi pour cause de suspicion légitime », *Dalloz actualité*, 13 mai 2017.
- « Les métamorphoses des sources », *Gaz. Pal.*, 31 juill. 2014, n° 212, in Dossier « Les métamorphoses de la procédure civile ».

BOCCARA (E.), « Médiation : solution choisie ou solution subie ? », *Gaz. Pal.*, 2013, n° 022.

BOFFA (R.) et MEKKI (M.), « L'accès au droit et l'accès à la justice », in R. CABRILLAC (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, 28^e éd., Dalloz, Coll. « Spécial CRFPA », 2022, pp. 590-617.

BOILLOT (C.),

- « Quelle sanction procédurale pour les clauses de conciliation obligatoire ? », *D.* 2015. 298.
- « Chronique de contentieux des affaires », *LPA* 2011, p. 14

- BOITELLE-COUSSAU (M.), « Comment choisir entre la conciliation et la médiation ? », *Gaz. Pal.*, 2015, n° 164, p. 9.
- BON (J.), « La pratique de la médiation », in *La médiation*, colloque du 17 oct. 1995, organisé et publié par l'IEA, p. 41.
- BONAFE-SCHMITT (J.-P.),
- « Les enjeux de la formation à la médiation », *Négociations*, vol. 28, n° 2, 2017, pp. 201-219.
 - « Les médiations », *Communication et organisation*, n° 11, 1997.
- BONFILS (Ph.), « Loyauté de la preuve et droit au procès équitable », *D.* 2005. 122.
- BONNARD (L.), « L'homologation des transactions et des accords de médiation par le juge administratif », Dossier « Les règlements alternatifs de règlement des litiges », *Contrats publics*, n° 194, janv. 2019, p. 62.
- BOULANGER (J.), « Principes généraux du droit et droit positif », in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle, Études offertes à Georges Ripert*, Paris, t. 1, LGDJ, 1950, p. 51.
- BOULMIER (D.), « Clause contractuelle de conciliation préalable à la saisine du juge », *Dr. social*, 2013, p. 178.
- BOUZAT (P.), « La loyauté dans la recherche des preuves », in *Mélanges Louis Huguency*, Paris, Sirey, 1964, pp. 155-177.
- BURGORGUE-LARSEN (L.),
- « Le destin judiciaire strasbourgeois de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Vices et vertus du cosmopolitisme normatif », in *Chemins d'Europe, Mél. en l'honneur de J.-P. JACQUE*, Dalloz, 2010, pp. 145-173.
 - « La constitutionnalisation du droit au juge en Espagne », in J. RIDEAU (dir.), *Le droit au juge dans l'UE*, LGDJ, 1998, pp. 69-108.
- BUSSY (F.), « L'attraction exercée par les principes directeurs du procès civil sur la matière pénale », *RSC* 2007, p. 39.
- BUTRUILLE-CARDEW (C.), « Les atouts du processus collaboratif dans le nouveau divorce par consentement mutuel », *AJ Fam.* 2018. 52.
- CADIET (L.),
- « La règle des quatre unités, ou l'avenir de la justice française selon le premier président de la Cour de cassation », *Procédures* n° 1, janv. 2018, repère 1.
 - « Construire ensemble une médiation utile », *Gaz. Pal.*, 18 juill. 2015, n° 199, p. 10.
 - « Introduction à la notion de bonne administration de la justice en droit privé », *Justice et cassation*, Dalloz, 2013, pp. 13 s.
 - « Panorama des modes alternatifs de règlement des conflits en droit français », *RLR*, 2011, p. 147.
 - « Propos introductifs : faire lien » in S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, 2008, p. 179.
 - « Case management judiciaire et déformalisation de la procédure », *Rev. fr. d'adm. Pub.*, 2008/1, n° 125, pp. 133-150.
 - « Efficience versus Équité ? », in *Mél. Jacques Van Compernelle*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 25 sq.
 - « Contradictoire », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, Coll. « Quadrige », 2003, pp. 271-274.
 - « Et les principes directeurs des autres procès ? Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès », in *Justice et droits fondamentaux, Mél. Jacques Normand*, Litec, 2003, pp. 71-110.

- « Procès équitable et modes alternatifs de règlement des conflits », in M. DELMAS-MARTY, H. MUIR-WATT ET H. RUIZ-FABRI (dir.), *Variations autour d'un droit commun. Premières rencontres de l'UMR de droit comparé de Paris*, Paris, Société de législation comparée, 2002, pp. 89 s.
- « Les accords sur la juridiction dans le procès », in P. ANCEL et M.-C. RIVIER (dir.), *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Economica, Coll. « Études juridiques », 2001, pp. 36 s.
- « Une justice contractuelle, l'autre » in *Études offertes à Jacques GHESTIN. Le contrat au début du XXIe siècle*, Paris, LGDJ, 2001, pp. 177-199.
- « Les jeux du contrat et du procès : esquisse », in *Philosophie du droit et droit économique, Mél. Gérard Parjat*, Ed. Prison-Roche, 1999, pp. 23 s.
- « Interrogations sur le droit contemporain des contrats », in *Le droit contemporain des contrats. Bilan et perspectives*, Paris, Economica, 1987, pp. 7 s.

CAILLOSSE (J.), « En guise de conclusion : peut-on penser la Justice en dehors de l'État ? », in CARAYOL (R.), « Décret du 25 février 2022 favorisant le recours à la médiation : présentation et premières analyses », *Gaz. Pal.*, n° 10, p. 18

CARBONNIER (J.),

- « L'hypothèse du non-droit », *Archives de philosophie du droit*, Sirey, Paris, 1963, p. 55 ; repris in *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd. LGDJ, Coll. « Anthologie du droit », 2014, pp. 25-47.
- « Regard d'ensemble sur la codification de la procédure civile », in *Le nouveau Code de procédure civile : vingt ans après*, Actes du colloque de la Cour de cassation, 11-12 déc. 1997, La documentation française, 1998, pp. 15 s.

CARNELUTTI (F.), « Lite et funzione processuale », *Riv. dir. proc. civ.*, 1928, 1, p. 23.

CARRE (S.), « La confidentialité dans le règlement amiable des litiges », *LPA*, 5 et 8 août 1995, pp. 17-25.

CASAUX-LABRUNEE (L.), « La confiance dans le règlement amiable des différends. Pour un changement de culture juridique », in *Id* et J.-F. ROBERGE (dir.), *Pour un règlement amiable des différends. Des défis à relever pour une justice de qualité*, LGDJ, 2018, pp. 17-38 ; *Droit soc.* 2019, p. 617.

CASSIN (R.), « La Déclaration Universelle et la mise en œuvre des droits de l'homme », *extrait du Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1951, t. 79, pp. 240-367.

CAUVIN RENAULT (C.), « Normativité. (*normativity – normatividad*) », in A. VANDELDELDE-ROUGALE et P. FUGIER, *Dictionnaire de sociologie clinique*, Toulouse, Érès, Coll. « Sociologie clinique », 2019, pp. 432-433.

CAYROL (N.), « Observations sur l'amélioration et la simplification de la procédure civile », *JCP G*, suppl. au n° 13, 26 mars 2018, p. 41.

CHAINAIS (C.), « Exigences du procès équitable et arbitrage : existence et essence du droit à un procès arbitral équitable », in L. MILANO (dir.), *Convention européenne des droits de l'homme et droit de l'entreprise*, Anthemis, Coll. « Droit & justice », 2016, pp. 265-322.

CHANTEPIE (G.), « La contractualisation en droit privé », *RDF*, 2018, p. 10.

CHASSAGNARD-PINET (S.) et HIEZ (D.), « Le système juridique français à l'ère de la contractualisation. Synthèse générale », in *Id.*, *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, Coll. « Thèmes et commentaires », 2008, pp. 3-76.

CHAUVIN (P.), « Contrôle de proportionnalité : "une exigence nécessaire adaptation aux exigences européennes" », propos recueillis par C. KLEITZ, *Gaz. Pal.*, déc. 2016, n° 43, p. 13.

CHAZAL (J.-P.),

- « Justice contractuelle », in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, 1^{re} éd., PUF, Coll. « Grands dictionnaires », 2004, pp. 743-747.
- « Les nouveaux devoirs des contractants, est-on allé trop loin ? », in J. JAMIN et D. MAZEAUD, *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, Coll. « Thèmes et commentaires », 2003, pp. 99 s.

CHEVALLIER (J.),

- « Vers un droit postmoderne ? », in J. CLAM et G. MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, LGDJ, Coll. « Droit et société », 1998, pp. 21 s.
- « Le droit administratif, droit de privilège ? », *Pouvoirs*, n° 46, 1988, pp. 57-70.
- « L'ordre juridique », in Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie (CURAPP), *Le Droit en procès*, Paris, PUF, 1983, pp. 7-49.

CHIFFLOT (N.), « Les principaux apports de la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle au contentieux administratif. – À propos de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 », *JCP G.*, n° 51, 19 déc. 2016, p. 1377.

CHILSTEIN (D.), « Arbitrage et droit pénal », *Revue de l'arbitrage*, 2009, p. 3.

CHOLET (D.), « La médiation judiciaire en procédure civile », *Gaz. Pal.*, n° 358, 24 déc. 2013, n° 154v9.

CIMAMONTI (S.) et PERRIER (J.-B.), « Notion et définition de la déjudiciarisation : Synthèse », in *ID.* (dir.), *Les enjeux de la déjudiciarisation*, LGDJ, 2019, pp. 34-38.

CIMAMONTI (S.),

- « La déjudiciarisation, une notion ambiguë », in « La médiation, expériences, évaluations et perspectives », Actes du colloque du jeudi 5 juillet 2018, Mission de recherche Droit et Justice.
- « Le développement de la transaction en matière pénale », *AJ Pénal*, 2015, p. 460, in Dossier « Quelle place pour la transaction pénale ? », *AJ Pénal*, n° 10/2015, 2015.

CLAM (J.), « Avant-propos, Droit et régulation d'une société de changement : perspectives sociologiques », in J. CLAM et G. MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, LGDJ, Coll. « Droit et société », 1998, pp. 9 s.

CLAY (T.),

- « L'arbitrage, les modes alternatifs de règlement des différends et la transaction dans la loi « Justice du XXI^e siècle ». – Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 », *JCP G.*, n° 48, 28 nov. 2016, doct. 1295.
- « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges », *D.* 2016, p. 2589.
- « Arbitrage – La simplification de la transaction et de l'arbitrage dans le Code civil », *JCP G.*, n° 16, 21 avr. 2014, doct. 492.
- « Vive la Chambre mixte ! », *D.* 2003, p. 2480, ss. Cass., Ch. mixte, 14 févr. 2003, n°s 00-19.423 et 00-19.424, *Bull. ch. mixte*, n° 1.

COHEN-JONATHAN (G.),

- « L'égalité des armes selon la Cour européenne des droits de l'homme », *LPA*, 2002, n° 238, p. 21.
- « La reconnaissance par la France du droit de recours individuel devant la Commission européenne des Droits de l'Homme », *Annuaire français de droit international*, vol. 27, 1981, pp. 269-285.

COLLET (P.), « La conception de l'impartialité du juge par la chambre criminelle de la Cour de cassation », *Rev. de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2016/3, n° 3, pp. 485-504.

COMMAILLE (J.) et HURREL (B.), « La réforme de la justice française. Un enjeu entre instrumentalisation et démocratie », *Droit et société*, 2011/2, n° 78, pp. 391-404.

COMMARET (D. N.), « Une juste distance ou réflexions sur l'impartialité du magistrat », *D.* 1998, p. 262.

CORNU (G.),

- « Les modes alternatifs de règlement des conflits. Rapport de synthèse », *RIDC*, vol. 49, n° 2, avr.-juin 1997, pp. 313-323.
- « Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes (fragments d'un état des questions) », in *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, pp. 83-100.

COTTA (S.), « La question de la vérité du jugement », in *Mél. en hommage à François Terré. L'avenir du droit*, Dalloz, PUF, Litec, 1999, pp. 37 s.

COUSTET (T.), « Médiation : et si les réticences étaient culturelles ? », *Dalloz actualité*, 16 juill. 2018, reprenant les VIII^e Assises internationales du groupement européen des magistrats pour la médiation, Bordeaux, 5-7 juill. 2018 sur le thème « développer une culture de la médiation ».

CROCQ (J.-C.), « Du droit de la transaction au droit de la transaction en matière pénale : pour une recomposition des procédures alternatives simplifiées », *AJ Pénal*, n° 10, pp. 465 et s.

CROCQ (P.), « Le droit à un tribunal impartial », in R. CABRILLAC et a., *Libertés et droits fondamentaux*, 8^e éd., Dalloz, 2002, p. 493.

CROZE (H.) et GAUTIER (D.), « La clause instituant un préalable obligatoire de conciliation crée une fin de non-recevoir », *JCP E.*, 2003, n° 19, p. 707, ss. Cass., Ch. mixte, 14 févr. 2003, n^{os} 00-19.423 et 00-19.424, *Bull. ch. mixte*, n° 1.

CROZE (H.),

- « L'invitation à la médiation », *Procédures*, n° 7, juill. 2006, repère 7.
- « La clause instituant un préalable obligatoire de conciliation crée une fin de non-recevoir », *Procédures*, n° 4, 2003, comm. 96, ss. Cass., Ch. mixte, 14 févr. 2003, n^{os} 00-19.423 et 00-19.424, *Bull. ch. mixte*, n° 1.

D'AMBRA (D.),

- « Conciliation et médiation – droit interne », in S. GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile 2021/2022*, 10^e éd., Dalloz, Coll. « Dalloz Action », n^{os} 436.00 s., pp. 1208.
- « Jugement », in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, 1^{re} éd., PUF, Coll. « Grands dictionnaires », 2004, pp. 688-695.

DE LAMY (B.), « La loyauté, principe perturbateur des procédures », *JCP G.*, n° 38, 2011, doct. 988.

DE MUNCK (J.), « Le pluralisme des modèles de justice », in A. GARAPON et D. SALAS (dir.), *La justice des mineurs. Évolution d'un modèle*, Paris, Bruylant, LGDJ, 1995, pp. 91 s.

DE SCHUTTER (O.) et RINGELHEIM (J.), « La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition du soi et le règle de l'échange », Université Catholique de Louvain, CRIDHO working paper, séries 1/2005, p. 14. ; in H. DUMONT, F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 441-481.

DE SOUSA SANTOS (B.), « Droit : une carte de lecture déformée. Pour une conception postmoderne du droit », *Droit et société*, n° 10, 1988, pp. 363-390.

DEHARO (G.), « L'autorité de chose transigée », *Gaz. Pal.* 30 nov. et 1^{er} déc. 2005, p. 2.

DELATTRE (C.),

- « Le principe de confidentialité de l'article L. 611-15 du Code de commerce face à une question prioritaire de constitutionnalité », *Rev. proc. coll.*, n° 6, nov. 2018, comm. 181, note ss. Cass. com., 4 oct. 2018, n° 18-10.688.

- « Conséquences de la violation du principe de confidentialité », *Rev. proc. coll.*, n° 6, nov. 2018, comm. 180, note ss. T. com. Paris, ord. réf., 22 janv. 2018, n° 2018001979.
- « Violation du principe de confidentialité », *Rev. proc. coll.*, n° 6, nov. 2017, comm. 192, note ss. CA Paris, Pôle 1, ch. 2, 20 avr. 2017, n° 16/02849.

DELMAS-MARTY (M.),

- « Introduction », in *Id.* et Cl. LUCAS DE LEYSSAC, *Liberté et droits fondamentaux*, 2^{ème} éd., Seuil, 2002, p. 9.
- « Le mou, le doux et le flou sont-ils des garde-fous ? », in J. CLAM et G. MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, LGDJ, Coll. « Droit et société », 1998, pp. 209 s.

DELPECH (X.), « Publication d'une charte de bonnes pratiques de médiation en matière de consommation », *Dalloz actualité*, 30 sept. 2011.

DELVILLE (J.-P.), « Norme et règle », in R. POIRET et J.-P. DELVILLE, *Penser la norme. Approches juridiques et philosophiques*, Publication du Centre de Recherche sur la Logique et Histoire, Université Rennes 1, 1994, pp. 21 s.

DELVOLVE (P.), Rapp. de synthèse du colloque sur « l'avenir des tribunaux administratifs », in *JCP A*, 2005, n° 30, étude 1302.

DENIZOT (A.), « Les principes directeurs garantissant un règlement des litiges extrajudiciaire et équitable », *Archives de philosophie du droit*, t. 61, 2019/1, pp. 147-158.

DERAINS (Y.), « Les nouveaux principes en droit de l'arbitrage : confidentialité, célérité, loyauté », in T. CLAY (dir.), *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, Lextenso éd., 2011, p. 91

DEROUSSIN (D.), « Le contrat à travers le Code civil des Français », *Histoire de la justice*, vol. 19, n° 1, 2009, pp. 247-289.

DESDEVISES (Y.),

- « Conciliation et médiation », in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, 1^{re} éd., PUF, Coll. « Grands dictionnaires », 2004, pp. 191-196.
- « Les transactions homologuées : vers des contrats juridictionnalisables ? », *D.* 2000, chron., p. 284.

DHOMMEAUX (J.), « La jurisprudence du Comité des Droits de l'homme des Nations Unies (novembre 1991-juillet 1993) », in *Annuaire français de droit international*, vol. 39, 1993, pp. 657-683.

DIDIER (P.),

- « Brèves notes sur le contrat-organisation », in *L'avenir du droit. Mél. en l'honneur de François Terré, op. cit.*, 1999, pp. 635-642.
- « Le consentement avec l'échange : contrat de société », *RJ com.*, nov. 1995, n° spécial, L'échange des consentements.

DIESSE (F.), « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », *Archives Phil. droit*, t. 48, 1999. 259 s.

DION (N.), « L'aventure de la médiation », *LPA*, 29 juill. 2003, n° 150, p. 4.

DISSAUX (N.), « Justice négociée v. Justice imposée : une conciliation douteuse », *JCP G.*, 2 févr. 2015, 115.

DOUCHY (M.), « La notion de non-droit », *Revue de la recherche juridique de droit prospectif*, 1992, 1, pp. 433-476.

DOURNEAU-JOSETTE (P.), « Les modes de règlement alternatifs des requêtes devant la Cour européenne des droits de l'homme : les règlements amiables et déclarations unilatérales », *Rev. Aff. Eur.*, 21^e année, n° 3, 2014, pp. 565-580.

- DOYON (J.-M.), « Droit, loi et Équité », *RGD*, vol. 26, n° 2, juin 1995, pp. 325-337.
- DRAÏ (P.), « Libres propos sur la médiation judiciaire », in *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, pp. 123-127.
- DREYER (E.),
- « Le Conseil constitutionnel et la « matière pénale », La QPC et les attentes déçues », *JCP* 2011, n° 976.
 - « La médiation pénale, objet juridique mal identifié », *JCP G.*, n° 14, 2 avr. 2008, doctr. 131.
 - « La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique », *D.* 2006, p. 748.
- DROSS (W.), « Ordre public et transaction », in B. MALLEY-BRICOUT et C. NOURISSAT (dir.), *La transaction dans toutes ses dimensions*, Dalloz, Coll. « Thèmes & commentaires », 2006, p. 63-85.
- DUBOUT (E.) et TOUZE (S.), « La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques », in E. DUBOUT et S. TOUZE (dir.), *Les droits fondamentaux : charnière entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pedone, 2010, pp. 11-35.
- DUCAROUGE (F.), « Le juge administratif et les modes alternatifs de règlement des conflits : transaction, médiation, conciliation et arbitrage en droit public français », *RFDA*, 1996, p. 86.
- DUGUIT (V.), « L'acte administratif et l'acte juridictionnel », *RDP* 1906, pp. 446 et s.
- DUMAS (R.), « Les MARD (modes alternatifs de résolution des différends) au prisme des droits fondamentaux substantiels », *RDLF* 2018, chron. n° 01.
- DUVAUCHEL (M.), « Le thesaurus de la justice chez Thomas d'Aquin : l'ordre, la loi, le droit et la vengeance », [en ligne].
- EISSEN (M.-A.), « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in L.-E. PETTITI, E. DECAUX et P.-H. IMBERT, *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, 2^e éd., Economica, 1999, pp. 65-81.
- FAGET (J.),
- Thème introductif : « La médiation en France a-t-elle une culture ? », in B. BLOHORN-BRENNEUR et C. CZECH, *Développer une culture de la médiation. Dans les différents continents devant les juridictions judiciaires et administratives*, VIII^e Assises internationales de la médiation judiciaire, Bordeaux, 5-7 juill. 2018, Médias & Médiations, 2019.
 - « Les métamorphoses du travail de paix : État des travaux sur la médiation dans les conflits politiques violents », *Revue française de science politique*, vol. 58, n° 2, avr. 2008, pp. 309-333.
 - « La médiation pénale : une dialectique de l'ordre du désordre », *Déviance et société*, 1993, vol. 17, n° 3, pp. 221-233.
- FARDET (C.), « La notion d'homologation », *Droits*, 1999, p. 181.
- FAVOREU (L.), « La constitutionnalisation du droit », in *L'unité du droit*, *Mél. en l'honneur de Roland Drago*, 1996, Economica, pp. 25-42.
- FERRAND (F.), « Tendances et mutations en procédure civile comparée », *JCP G.*, suppl. au n° 14, 8 avr. 2019, in *L'avenir du procès civil. 2^{ème} séminaire de droit processuel du 21 févr. 2019*, p. 12.
- FLECHEUX (G.), « Le droit d'être entendu », in *Mél. Bellet*, Litec, 1991, p. 150 et s.
- FOUILLEE (A.), « L'idée de justice sociale d'après les écoles contemporaines », *Revue des Deux Mondes*, Vol. LIX, 1899, t.152, p. 61.

FRICERO (N.) et PEDROT (P.), « Les droits fondamentaux spécifiques au procès civil », in R. CABRILLAC, *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, 28^e éd., Dalloz, Coll. « Spécial CRFPA », 2022, pp. 726-747.

FRICERO (N.),

- « Section 1 : Notion et définition de la déjudiciarisation en matière civile », in S. CIMAMONTI et J.-B. PERRIER (dir.), *Les enjeux de la déjudiciarisation*, LGDJ, 2019, p. 13.
- « Les chiffres clés pour sauver la justice : 5 ans, 4 objectifs, 127 propositions ! – À propos du rapport de la mission d’information sur le redressement de la Justice », *JCP G.*, n° 19-20, 6 mai 2017, 519.
- « Les modes alternatifs des différends dans la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle », *Droit de la famille*, n° 1, janv. 2017, dossier 10.
- « Procédure civile janvier 2011-décembre 2011 », *D.* 2012, 244.
- « L’impartialité de l’expert, un élément clef de l’expertise équitable », in *Mél. en l’honneur de Daniel Tricot*, Dalloz, Coll. « Etudes, mélanges, travaux », 2011, p. 355 sq.
- « Modes alternatifs de règlement des conflits et procès équitable », in *Libertés, justice, tolérance : mél. en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 839-853.
- « L’exigence de célérité », in S. GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz action, 2002-2003, n° 2201 et s.
- « L’exigence de durée raisonnable prévue par l’article 6, § 1 de la Convention s’applique à une procédure de partage successoral devant notaire dès lors qu’elle est soumise au contrôle du tribunal d’instance », *Procédures* n° 4, avr. 2001, comm. 83, obs. ss. CEDH, 28 nov. 2000, *Siegel c/ France*, req. n° 36350/97.
- « De la procédure civile équitable à la procédure civile thérapeutique », in Université Panthéon-Assas, *Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000, pp. 87-95.
- « Le droit au juge devant les juridictions civiles », in J. RIDEAU (dir.), *Le droit au juge dans l’UE*, LGDJ, 1998, pp. 11-21.

FRIEDRICH (C.), « Premier banc d’essai pour la médiation administrative », *JCP A* n° 30-34, 30 juillet 2018, act. 650.

FRISON-ROCHE (M.-A.) et BARANES (W.), « Le principe constitutionnel de l’accessibilité et de l’intelligibilité de la loi », *D.* 2000. 361.

FRISON-ROCHE (M.-A.),

- « Le droit d’accès à la justice et au droit », in *ID.*, R. CABRILLAC et T. REVET, *Libertés et droits fondamentaux*, 18^e éd., Dalloz, 2012, pp. 535 s.
- « L’impartialité du juge », *D.* 1999, Chron. p. 53

FROMONT (M.), *RDT Eur.*, 1975, p. 316, ss. Cour Constit. Allemande, 29 mai 1974.

FUCINI (S.), « Le procès-verbal établi et signé à la suite d’une médiation pénale est une transaction », *Dalloz actualité*, 22 avr. 2013, ss. Cass., Civ. 1^{re}, 10 avr. 2013, n° 12-13.672, *Bull. I*, n° 80.

G’SSELL (F.), « Vers une justice participative ? Pour une négociation “à l’ombre du droit” », *D.* 2010. 2450.

GAILLET (A.), « L’arrêt Lüth de la Cour constitutionnelle fédérale allemande. Un tournant historique pour la conception des droits fondamentaux à partir de la liberté d’expression », in G. J. GUGLIEMI (dir.), *Les mutations de la liberté d’expression en droit français et étranger*, éd. Panthéon-Assas, Coll. « Colloques », 2021, pp. 26-42.

- GARDINER (H. N.), « Histoire et solution des problèmes métaphysiques », *Psychological Review*, vol. 10, iss. 3, 1903, p. 322.
- GARNERIE (L.), « Médiateurs : le Collectif 21 prône une organisation de la profession », *Gaz. Pal.*, 22 oct. 2019, n° 36, p. 9.
- GAUDIN (H.), « L'exercice en commun de compétences comme fondement d'un ordre constitutionnel commun », in P.-Y. MONJAL et E. NEFRAMI, *Le commun dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 210 s.
- GAUTIER (P.-Y.),
- « Le cas Bettencourt au regard du droit des obligations », *D.* 2016, p. 1752.
 - « Où le prestigieux Bigot-Préameneu est pris en flagrant délit "d'erreur de droit", ce dont tire parti deux siècles plus tard la Cour de cassation », *RTD civ.* 2001, 381.
- GEBHARDT (H.), « Le juge tranche, le médiateur dénoue », *Gaz. Pal.*, 16 avr. 2013, n° 125a5.
- GERARD (P.), « Aspects de la problématique actuelle des principes généraux du droit », *Déviance et société*, 1988, vol. 12, n°1, pp. 75-90.
- GERBAY (N.),
- « La clause de conciliation préalable : entre tensions contractuelles et processuelles », *Procédures*, n° 7, juill. 2015, étude 7.
 - « Premières vues sur le décret du 1^{er} oct. 2010 relatif à la conciliation et à la procédure orale en matière civile, commerciale et sociale », *Gaz. Pal.*, 12 oct. 2010, n° 285, p. 17.
- GERMAIN (M.),
- « La contractualisation du droit des sociétés », in I. URBAIN-PARLEANI et P.-H. CONAC (dir.), *Regards sur l'évolution du droit des sociétés depuis la loi du 24 juillet 1966*, Paris, Dalloz, Coll. « Thèmes & commentaires », 2018, pp. 33 et s.
 - « Le juge classique », *Rev. jurisp. com.*, nov. 2002, n° spécial, *Le juge de l'économie*, pp. 17 s.
- GHERARDI (E.), « Réflexions sur la nature juridique des transactions pénales », *RFDA* 1999. 905.
- GHESTIN (J.), « Contrat », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, Coll. « Quadrige », 2003, pp. 276-281.
- GHOZI (A.) et LEQUETTE (Y.), « La réforme du droit des contrats », *D.* 2008, p. 2609.
- GIACOPELLI (M.), « Les procédures alternatives aux poursuites. Essai de théorie générale », *Rev. De science criminelle et de droit pénal comparé*, 2012/3, n°3, pp. 505-521
- GINESTET (C.),
- « Les droits de la défense en procédure pénale », in R. CABRILLAC, *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, 28^e éd., Dalloz, Coll. « Spécial CRFPA », 2022, pp. 662-679.
 - « Médiation pénale et justice restaurative. L'indispensable adhésion des parties à la médiation », in L. CASAUX-LABRUNEE et J.-F. ROBERGE (dir.), *Pour un droit du règlement amiable des différends. Des défis à relever pour une justice de qualité*, LGDJ, 2018, pp. 163-177.
 - « Le médiateur pénal. Relever le défi de l'impartialité », in L. CASAUX-LABRUNEE et J.-F. ROBERGE (dir.), *Pour un droit du règlement amiable des différends. Des défis à relever pour une justice de qualité*, LGDJ, 2018, pp. 265-279.
- GORCHS (B.),
- « La conciliation comme "enjeu" dans la transformation du système judiciaire », *Droit et Société*, 2006, n° 62, pp. 223-256.

- « La médiation dans le procès civil : sens et contresens. Essai de mise en perspective du conflit et du litige », *RTD civ.* 2003, n° 3, pp. 409-425.

GORCHS-GELZER (B.),

- « Regard critique sur le décret n° 2017-1457 du 9 octobre 2017 relatif à la liste de médiateurs auprès de la cour d'appel », *Dr. et proc.* 2017. 246.
- « Le décret du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends. Une cote mal taillée entre changement des mentalités et continuité des pratiques », *Droit et procédure*, n° 5, 65^e année, mai 2012, pp. 117-125.

GRAULICH (L.), « À propos du gouvernement des juges », *RTD civ.* 1932. 84.

GRIFFITHS (J.), « What is legal pluralism ? », *Journal of legal pluralism*, 24, 1986, p. 1.

GUEZ (M.), « Conditions d'inscription sur la liste des médiateurs : l'expérience attestant l'aptitude à la pratique de la médiation », *Gaz. Pal.*, 5 nov. 2019, n° 38, p. 42.

GUILLIEN (R.),

- « Retour sur quelques sujets d'acte juridictionnel et de chose jugée », in *Mél. dédiés à Jean Vincent*, Paris, 1981, Dalloz, pp. 117-136.
- « Saint-Nicolas de Chardonnet, Bons offices, conciliation, médiation », in *Mél. Robert Pelloux*, éd. L'Hermès, 1980, p. 177.

GUINCHARD (S.),

- « L'ambition raisonnée d'une justice apaisée », *D.* 2008. 1748.
- « Les métamorphoses de la procédure à l'aube du troisième millénaire », in Université Panthéon-Assas (Paris II), *Clés pour le siècle. Droit et science politique, information et communication, sciences économiques et de gestion*, Dalloz, 2000, pp. 1135-1211.
- « Retour sur la constitutionnalisation de la procédure civile », in *Mél. Draï. Le juge entre deux millénaires*, Paris, Dalloz, 2000, pp. 355-368.
- « Le procès équitable, garantie formelle ou droit substantiel ? », in *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ? Mél. Gérard Farjat*, Paris, Ed. Frison-Roche, 1999, pp. 139-173.
- « Le procès équitable : droit fondamental ? », *AJDA* 1998, p. 191.
- « Temps (Point de vue du juriste) », L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, 1^{re} éd., PUF, Coll. « Grands dictionnaires », 2004, pp. 1288-1291.

GUTMANN (D.), « Le juge et l'équité. Enjeux philosophiques », *Rev. hist. justice* 11/1998, p. 145.

GUYOMAR (M.), « Les conditions de la transaction pénale » *RFDA*, 2006, n° 6, p. 1261.

HALPERIN (J.-L.), « L'approche historique et la problématique du *jus commune* », *RIDC*, vol. 52, n° 4, oct.-déc. 2000, pp. 717-731.

HAUSTER (J.), « Le juge et la loi », *Pouvoirs*, 2005, n° 114, p. 149.

HAYAT (J.-M.) et LASSERRE (V.), « Promotion et encadrement des MARD : publication du rapport de la cour d'appel de Paris », *Dalloz actualité*, 25 mars 2021.

HEBRAUD (P.),

- « Commentaire de la loi du 15 juillet 1944 », *D.* 1946, pp. 333-348.
- *D.* 1946, p. 334.

HENRION (H.), « L'article préliminaire du Code de procédure pénale : vers une « théorie législative » du procès pénal ? », *Archives de politique criminelle*, vol. 23, n°1, 2001, pp. 13-52.

HILGER (G.), « Règle d'or et équilibre contractuel », *LPA*, 5 nov. 2019, n° 221, p. 6.

HOUNTOHOTEGBE (S. A. L.), « Le principe de coopération dans les modes amiables de prévention et de règlement des différends : ébauche d'un cadre théorique pour des processus de qualité », in L. CASAUX-LABRUNEE et J.-F. ROBERGE (dir.), *Pour un droit du règlement amiable des différends. Des défis à relever pour une justice de qualité*, LGDJ, 2018, pp. 215-235.

HOURSON (S.), « La justice administrative 2.1 », *Droit adm.* n° 1, janv. 2017, alerte 1.

HOUSTY (F.) et AUFIERE (P.), « L'accord de médiation : quelle est donc sa vraie nature ? », 6 nov. 2018, disponible sur : <https://www.village-justice.com/articles/accord-mediation-quelle-est-donc-vraie-nature,29891.html>.

HUCHET (G.), « La clause de médiation et le traitement de l'urgence », *LPA* 2008, n° 218, p. 3.

HUGON (C.), « Existe-t-il un droit commun de l'homologation judiciaire ? », *LPA*, 11 déc. 2003, 4.

HUSSON (L.), « Règle, principes et valeur sous l'horizon du temps. D'une articulation conceptuelle à la définition d'un cadre professionnel », 2009.

IDOUX (P.), « La place actuelle de la médiation dans le règlement juridictionnel des différends », in A.-M. TOURNEPICHE et J.-P. MARGUENAUD (dir.), *La médiation : aspects transversaux*, Litec, 2010, p. 30.

IZAC (L.),

- « La confidentialité dans la médiation. Une garantie fonctionnelle au service de la loyauté », in L. CASAUX-LABRUNEE et J.-F. ROBERGE (dir.), *Pour un droit du règlement amiable des différends. Des défis à relever pour une justice de qualité*, LGDJ, 2018, pp. 281-301.
- « La confidentialité, principe directeur du processus de médiation en entreprise », *Lettre des médiations*, n° 4, nov. 2017, p. 37.

JACOMET (T.) et CHEKARNA (F.), « La médiation "mode de règlement conventionnel des litiges", son essor, ses avantages, sa pratique », *Bulletin Joly Sociétés (JBS)*, 1^{er} déc. 1997, n° 12, p. 1037.

JALLAMION (C.),

- « Une histoire des relations entre arbitrage et équité », in *Aequias, Equité, Equity*, textes édités par Y. MAUSEN et B. SIRKS, Presses de la Faculté de droit et de science politique de Montpellier, Coll. « Actes de colloque », 2015, pp. 185-202.
- « Tradition et modernité de l'arbitrage et de la médiation au regard de l'histoire », *Gaz. Pal.*, 17 janv. 2009, n° 17, p. 3.

JAMIN (C.),

- « Demogue et son temps. Réflexions introductives sur son nihilisme juridique », *Revue interdisciplinaire d'Études juridiques*, Séminaire interdisciplinaire d'études juridiques des facultés de Saint-Louis, 2006, pp. 5-19.
- « Le procès du solidarisme contractuel : brève réplique », in L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Paris, Economica, 2004, pp. 159-171.
- « Quelle nouvelle crise du contrat ? Quelques mots en guise d'introduction », in *ID.* et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003, pp. 7-27.
- « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in G. GOUBEAU et J. GHERTIN (dir.), *Le contrat au début du XXI^e siècle. Études offertes à Jacques Ghestin*, Paris, LGDJ, 2001, pp. 441-472.
- « Révision et intangibilité du contrat, ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », *Droit et patrimoine*, mars 1998, n° 58, p. 45 et s.
- « Réseaux intégrés de distribution : de l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives », *JCP* 1996. I. 3959, n° 7.

- « Une clause résolutoire n'est pas acquise si elle a été mise en œuvre de mauvaise foi par le créancier », *D.* 1995, p. 389, ss Cass., Civ. 1^{re}, 31 janv. 1995, n° 92-20.654.

JARROSSON (C.) et TESTU (F.-X.), « Équité », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, Coll. « Quadrige », 2003, pp. 635-638.

JARROSSON (C.),

- « Définition de la médiation : Glossaire », in Rapport Magendie « Célérité et qualité de la justice. La médiation : une autre voie », 2008, p. 16.
- *Rev. arb.* 2001, p. 762.
- « La médiation et la conciliation : essai de présentation », *Droit et patrimoine*, 1999, p. 36.
- « Le principe de la contradiction s'applique-t-il à la médiation ? », *RGDP*, 1999, p. 764 sq.
- « Note, 3 déc. 1998, *Société ITP Interpipe v. Hunting Oilfield Services (HOS)* », *Rev. arb.*, 1999, p. 607, n° 13.
- « Les concessions réciproques dans la transaction », *D.* 1997, p. 267, n° 28.
- « Les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale », *RDIC*, n° 2, 1997, pp. 325-345.
- « Réflexions sur l'imperium », in *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, pp. 245-279.

JEAMMAUD (A.),

- « Judiciarisation / Déjudiciarisation », in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, 1^{re} éd., PUF, Coll. « Grands dictionnaires », 2004, pp. 676-677.
- « Conflit, différend, litige », *Droits*, 2001/2, n° 34, pp. 15-20.
- « Introduction à la sémantique de la régulation juridique. Des concepts en jeu », in J. CLAM et G. MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, LGDJ, Coll. « Droit et société », 1998, pp. 47 s.

JEULAND (E.),

- « Réforme de la Cour de cassation. Une approche non utilitariste du contrôle de proportionnalité », *JCP G.*, 2016, suppl. n° 1-2, p. 20
- « Principes procéduraires, médiation et procédure participative », *Gaz. Pal.*, 24 mai 2014, n° 144, in Dossier « La procédure dans les modes de résolution extrajudiciaire des litiges ».
- « Le droit au juge naturel et l'organisation judiciaire », *Rev. fr. d'adm. Pub.*, 2008/1, n° 125, pp. 33-42.

JOHANNES (H.), « La propriété industrielle et le droit d'auteur dans le droit des Communautés européennes », *RTD eur.* 1973. 369.

JOSSERAND (L.), « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », *RTD civ.*, 1937, p. 1.

JUSTON (M.), « La médiation : du principe à la réalité ? », *Gal. Pal.*, 31 juill. 2008, n° 213, p. 2.

KAYSER (P.), « La recherche en France de la diminution des contentieux judiciaire et administratif par le développement des règlements amiables », *Justices*, 1996, p. 203.

KENFACK (H.),

- « L'efficacité des clauses de médiation conventionnelle. Pour une justice contractuelle maîtrisée par les parties », in L. CASAUX-LABRUNEE et J.-F. ROBERGE (dir.), *Pour un droit du règlement amiable des différends. Des défis à relever pour une justice de qualité*, LGDJ, 2018, pp. 179-196.

- « La reconnaissance des véritables clauses de médiation ou de conciliation obligatoire hors de toute instance », *D.* 2015, p. 384.
- KERNALEGUEN (F.), « Déni de justice », in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, 1^{re} éd., PUF, Coll. « Grands dictionnaires », 2004, pp. 324-326.
- KISTIAKOVSKI (B.), « Droits de l'homme et du citoyen », trad. N. PIGHETTI, *Questions de la vie*, n° 1, 1995.
- KITAMURA (I.), « L'avenir de la « justice conciliatoire » », in *L'avenir du droit. Mél. en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF, 1999, p. 806.
- KOERING-JOULIN (R.),
- « Le juge impartial », *Justices*, n° 10, avr.-juin 1998, pp. 1-17.
 - « La notion de tribunal indépendant et impartial au sens de l'article 6 par. 1 de la Convention européenne des droits de l'homme », *RSC*, 1990, p. 765.
- LACABARATS (A.), « L'équité dans la jurisprudence de la Cour de cassation », in *Aequitas, Equité, Equity*, textes édités par Y. MAUSEN et B. SIRKS, Presses de la Faculté de droit et de science politique de Montpellier, Coll. « Actes de colloque », Montpellier, 2015, pp. 161-167.
- LACROIX (C.), « AZF : le défaut d'impartialité – un procès qui explose », *Constitutions, rev. de droit constitutionnel appliqué*, Dalloz, 2015, pp. 70 s.
- LAGARDE (X.),
- « Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges », in P. CHEVALIER et P. MILBURN (dir.), *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice*, Paris, Mission de recherche « Droit et Justice », La Documentation française, 2003, p. 51.
 - « Esquisse d'un régime juridique des clauses de conciliation », *RDC* 2003, p. 189.
 - « Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges », *Rev. arb.*, 2001, n° 3, pp. 423-449.
 - « Les spécificités de la transaction consécutive à un licenciement », *JCP* 2001, I, 337.
 - « L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation », *Rev. arb.* 2000, pp. 377 s.
- LAITHIER (Y.-M.), « À propos de la réception du contrat relationnel en droit français », *D.* 2006, p. 1003
- LAMBERT-WIBER (S.), « Les Modes alternatifs au règlement des litiges fiscaux », *LPA*, n° 102, mai 2007, p. 8.
- LASSERRE (V.), « Les graves lacunes de la réforme de la justice en matière de médiation », *D.* 2019, p. 441.
- LAVAL (N.), « La bonne administration de la justice », *LPA*, 12 août 1999, n° 160, p. 12.
- LAVIGNE (P.), « Les MARC et la lutte pour le droit », *LPA*, 3 déc. 2009, n° 241, p. 51.
- LE CHATELIER (G.), concl. sous CE, Ass., 6 déc. 2002, *L'Hay-les-Roses*, req. n° 249153, Rec. CE, p. 196.
- LE GAC-PECH (S.), « Le nouvel art de juger : quand la proportionnalité s'invite dans la mise en œuvre de la règle de droit », *RLDC*, nov. 2017, p. 48.
- LE GARS (J.-M.),
- « La juridiction administrative saisie par la médiation ? », *AJDA*, 2016, p. 2272.
 - « Les méthodes d'instruction et d'examen des moyens de la requête – aspects français », *La rev. adm.*, 52^e année, n° 7, PUF, 1999, pp. 109-116.
- LEBORGNE (F.), « Le Droit selon Henri Motulsky », *Revue juridique de l'Ouest*, 2015-2, pp. 9-37.
- LEBRETON (G.), « Langue française et accès au droit », *RRJ* 2003. pp. 1157-1666

- LEGER (N.), « Enregistrement clandestin et loyauté de la preuve », *JCP G*, n° 8, 23 févr. 2005, II. 10025.
- LEMAIRE (F.), « Respect du principe à valeur constitutionnelle du droit au recours effectif devant une juridiction », *JCP G.*, n° 30, 27 juill. 2005, II, 10107, note ss. CE, Sect., 22 avr. 2005, *Magerand*, n° 257406.
- LEQUETTE (Y.), « Bilan des solidarismes contractuels », in *Mél. Paul Didier*, *Économica*, 2008, pp. 247-287.
- LEVEL (P.), « A propos de la médiation dans la vie des affaires », *JCP* 1989. II. 15615.
- LIBCHABER (R.),
- « L'impossible rationalité de l'ordre juridique », in *Études à la mémoire du professeur Bruno Oppetit*, Litec, 2009, p. 505.
 - « Réflexions sur les effets du contrat », in *Mélanges Jean-Luc Aubert*, Dalloz, Coll. « Études, mélanges, travaux », 2005, pp. 211 s.
- LOKIEC (P.), « Contractualisation et recherche de légitimité procédurale », in S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2008, pp. 95 et s.
- LOUVEL (B.), « Réflexions à la Cour de cassation », *D.* 2015, p. 1326
- LYON-CAEN (A.), « Les modes alternatifs de règlement des litiges en droit administratif », *RIDC*, vol. 49, n° 2, avr.-juin 1997, pp. 421-425.
- MADURO (P.), concl. CJCE, 10 juill. 2008, *Commission c. Autriche*, aff. C-205/06.
- MAGENDIE (J.-C.), « La contradiction, exigence majeure d'une justice de qualité... », *Gaz. Pal.*, 10-12 déc. 2006, n° 346, p. 2.
- MAGNON (X.), « La loyauté dans le droit institutionnel de l'Union européenne », *Rev. aff. eur.*, n° 2, 2011, pp. 245-251.
- MALLET-BRICOUT (B.),
- « Les modes alternatifs de règlement des différends dans la loi "Justice du XXIe siècle" : un nouveau souffle », *RTD civ.*, 2017, p. 221.
 - « Vices et transaction », in *ID.* et C. NOURISSAT (dir.), *La transaction dans toutes ses dimensions*, Dalloz, Coll. « Thèmes & commentaires », 2006, pp. 35-51.
- MARCHAND (J.), « Le juge administratif et la médiation dans les relations d'affaires », *JCP A*, n° 17, avr. 2015, p. 2109.
- MARGUENAUD (J.-P.), « Extension de l'exigence d'un délai raisonnable à la phase d'exécution d'un acte notarié », *RTD civ.* 1998. 993.
- MARGUENAUD (J.-P.), DAUCHEZ (C.) et DAUCHEZ (B.), « La légitimation du notariat par le droit européen des droits de l'Homme », *JCP N*, 2015, n° 18, étude 1147, p. 51.
- MARTEL (J.-P.), « Quelles conditions pour une médiation réussie ? », 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 juill. 1999, p. 19
- MARTENS (P.), « Les principes constitutionnels du procès dans la jurisprudence récente des juridictions constitutionnelles européennes », *Cahiers du conseil constitutionnel*, n° 14, dossier « La justice dans la constitution », mai 2003.
- MARTIN (R.), « Quand le grain ne meurt... de conciliation en médiation », *JCP G.* 1996, n° 47, doctr. 3977.
- MASTOPOULOU (H.), « Arrêt *AZF* : cassation justifiée par l'existence d'un "doute objectif" sur l'impartialité d'un magistrat », *JCP G.*, 23 févr. 2015, n° 221, pp. 365-368.

MATTEUCCI (G.), « La médiation obligatoire en Italie, 2021. La pertinence de la formation », 22 juill. 2021, [en ligne].

MAUGAIN (G.), « Réforme de la procédure civile : cas de recours préalable obligatoire aux modes de résolution amiable des différends », *Dalloz actualité*, 16 déc. 2019.

MAYAUD (Y.), « L'affaire AZF entre impartialité et légalité ! », *AJ Pénal*, 2015, n° 4, pp. 191 s.

MAYER (L.),

- « Les aspects du décret n° 2022-245 du 25 février 2022 relatifs aux modes amiables de résolution des différends », *Gaz. Pal.*, 2022, n° 14, p. 60.
- « Les modes amiables de règlement des litiges dans la loi “Justice du XXIe siècle” », *Cah. Arb.*, janv. 2017, n° 1, p. 11.
- « Libre propos sur la réforme annoncée de la transaction », *Gaz. Pal.*, 30 août 2016, n° 29, p. 43.
- « La transaction, un contrat spécial ? », *RTD civ.* 2014. 523.

MAZEAUD (D.),

- « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », in L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Paris, Economica, 2004, pp. 57 s.
- « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in M.-A. FRISON-ROCHE et a. (dir.), *L'avenir du droit. Mél. en hommage à François Terré*, Dalloz, 1999, pp. 603-634.

MAZENQ (A.), « Mention de la tentative de négociation dans l'assignation : un pétard mouillé ? », *Dalloz actualité*, 18 mars 2015.

MEDEVIELLE (G.), « Nature et loi naturelle comme concepts théologiques », *Recherches de Science Religieuse*, 2010/2, t. 98, pp. 245-265.

MEKKI (M.), « Propos introductifs sur le droit souple », in Association Henri Capitant, *Le droit souple*, Dalloz, 2009, p. 4

MESTRE (J.) et FAGES (B.),

- « Une belle façon de fêter le dixième anniversaire de la loi du 1^{er} février 1995 sur les clauses abusives », *RTD civ.* 2005, p. 393.
- « Conciliation au plus haut niveau en faveur... des clauses de conciliation », *RTD civ.* 2003, p. 294, ss. Cass., Ch. mixte, 14 févr. 2003, n^{os} 00-19.423 et 00-19.424, *Bull. ch. mixte*, n° 1.

MESTRE (J.), « De la renonciation au bénéfice d'une règle d'ordre public de protection », *RTD civ.*, 1998, p. 670.

MEUNIER (J.), « La notion de procès équitable devant la Cour européenne des droits de l'Homme », in H. RUIZ FABRI (dir.), *Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs*, Travaux de l'atelier de droit international de l'UMR de droit comparé de Paris, Paris, Société de législation comparée, 2003, pp. 185-208.

MEYER (N.),

- « La médiation, art ou technique ? L'enjeu de la formation des médiateurs », in L. CASAUX-LABRUNEE et J.-F. ROBERGE, *Pour un droit du règlement amiable des différends. Des défis à relever pour une justice de qualité*, LGDJ, 2018, pp. 359-375.
- « De l'activité au métier. L'enjeu de la professionnalisation de la médiation », in L. CASAUX-LABRUNEE et J.-F. ROBERGE, *Pour un droit du règlement amiable des différends. Des défis à relever pour une justice de qualité*, LGDJ, 2018, pp. 397-412.

MICHEL (J.), « Règle d'or et logique d'équivalence », *Raisons politiques*, 2010/4, n° 40, p. 115.

MIGNOT (M.), « De la solidarité en général et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme a-t-il un rapport avec la solidarité ? », *RRJ* 2004, n° 4, pp. 2176 et s.

MINIATO (L.),

- « L'introuvable principe de loyauté en procédure civile », *D.* 2007, p. 1035.
- « La « consécration » du principe du contradictoire par le décret du 20 août 2004 portant modification de la procédure civile », *D.* 2005, p. 308.
- « Le “principe du contradictoire” : nouveau principe directeur du procès ? (à propos du décret n° 2005-790 du 12 juillet 2005 relatif aux règles de la déontologie de la profession d’avocat) », *D.* 2005, p. 2537.

MOCKLE (D.), « La justice, l’efficacité et l’imputabilité », *Les Cahiers de droit*, vol. 54, n° 4, déc. 2013, pp. 613-688.

MORACCHINI-ZEIDENBERG (S.), « La contractualisation du droit de la famille » *RTD civ.*, 2016, p. 773.

MORANGE (G.), « Le principe des droits de la défense devant l'administration active », *Daloz*, 1956, chron. XXIII, pp. 121-126.

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, Chron. pp. 17 s. ; reproduit in *Écrits – Études et Notes de procédure civile*, Dalloz, 1973, réimp. Dalloz, Coll « Bibliothèque Dalloz », 2010, pp. 275 s.
- « Le droit subjectif et l’action en justice », *Archives de Philosophie du Droit*, Sirey, 1964, pp. 215-230 ; repris in *Écrits*, tome 1, *Études et notes de procédure civile*, Dalloz, 1973, pp. 85-100.
- « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », in *Mél. Paul Roubier*, 1961, t. 2, pp. 175 et s. ; reproduit in H. MOTULSKY, *Écrits. Écrits et notes de procédure civile*, I, Dalloz, 1973, pp. 60 et s.

MOUANNES (H.), « L'impartialité juridictionnelle dans le viseur de la QPC », *Constitutions*, 2012, 273.

MOURALIS (D.), « Les exigences d’indépendance et d’impartialité », *LPA*, 13 févr. 2013, n° 32, p. 18.

MOURRE-SCHREIBER (M.-P.), « Réforme de la procédure civile : simplification des modes de saisine », *Daloz actualité*, 18 déc. 2019.

MOUTOUH (H.), « Pluralisme juridique », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, Coll. « Quadrige », 2003, pp. 1158-1162.

MUIR WATT (H.), « Du contrat relationnel », in *La relativité du contrat*, Travaux Association Henri Capitant, 1999, p. 169.

NEFRAMI (E.), « Le principe de coopération loyale comme fondement identitaire de l’Union européenne », *Rev. du marché Commun et de l’Union Européenne*, n° 556, 2012, pp. 197-203.

NICAUD (B.), « Délai raisonnable et droit européen », *AJ pénal.* 2017. 163.

NIEL (P.-L.), « Contrat de transaction et copropriété », *Defrénois*, 15 oct. 2011, n° 17, p. 1404.

NORMAND (J.),

- « Le traitement de l’urgence : exception ou principe ? », in L. CADIET et L. RICHER (dir.), *Réforme de la justice, réforme de l’État*, PUF, Coll. « Droit et justice », 2003, pp. 159 et s.
- « Conclusions », in ANCEL (P.) et RIVIER (M.-C.) (dir.), *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Paris, Economica, Coll. « Études juridiques », 2001, p. 144.

- « Les facteurs d'accélération de la procédure civile », in *Mél. offerts à Pierre Draï. Le juge entre deux millénaires*, Dalloz, 2000, pp. 427 et s.
- « Le rapprochement des procédures civiles à l'intérieur de l'Union européenne et le respect des droits de la défense », in *Mél. Roger Perrot*, Dalloz, 1995, p. 337 sq.

OLIVIER (M.), « La conciliation et la médiation judiciaires en matière civile, aspects anciens et actuels », *Gaz. Pal.*, 1996. 2, doct. 1264.

OPPETIT (B.),

- « Les modes alternatifs de règlement des différends de la vie économique », *Justices*, 1995, n° 1, pp. 53 et s.
- « Justice étatique et justice arbitrale », in *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, pp. 415-425.
- « Arbitrage ; médiation et conciliation », *rev. arb.*, 1984, p. 307.

ORTSCHEIDT (J.), « Illustrations du principe de loyauté procédurale dans la conduite de l'instance », in *Justice et cassation, Rev. des avocats aux Conseils*, 2014, 85.

OST (F.),

- « Les lois conventionnellement formées tiennent lieu de conventions à ceux qui les ont faites », in P. GERARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Droit négocié, droit imposé ?*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1996, pp. 17-107.
- « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge », in P. BOURETZ (dir.), *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, Esprit, série « Philosophie », 1991, pp. 241-272.
- « Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice », in Ph. GERARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Fonction de juger et pouvoir judiciaire. Transformations et déplacements*, Bruxelles, Publications des Facultés de Saint-Louis, 1983, pp. 1-70.

OTIS (L.),

- « Modes alternatifs de règlement des litiges : la médiation judiciaire », in *Le règlement précoce des litiges et le rôle des juges. Actes de la 1^e conférence européenne des juges 2003 tenue du 24 au 25 novembre 2003 à Strasbourg*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 2005, p. 79.
- « La justice conciliatoire : l'envers du lent droit », *Éthique publique* [en ligne], vol. 3, n° 2, 2001.

PECHSTEIN (M.), « La constitutionnalisation du droit au juge en Allemagne », in J. RIDEAU (dir.), *Le droit au juge dans l'UE*, LGDJ, 1998, pp. 59-67.

PELLERIN (J.), DE MARIA (L.) et GUERRE (F.), « La nouvelle procédure d'appel du décret n° 2017-891 du 6 mai 2017 », *Gaz. Pal.*, 25 juill. 2017, n° 28, p. 78.

PELLETIER (C.),

- « Les clauses contractuelles favorisant une justice alternative », in F. MILLET (dir.), *Les modes alternatifs de règlement des différends. Méthodes et perspectives*, LEJEP, Université de Cergy-Pontoise, juin 2018, pp. 11-25.
- « Le caractère obligatoire de la clause de conciliation est-il toujours soumis à l'existence de conditions particulières de mise en œuvre du processus conciliatoire ? », *RDC* 2017, n° 01, p. 94.
- « Nouveau recul de la force obligatoire des clauses de conciliation », *RDC*, n° 3, 2011, p. 916, obs. ss. Cass., Civ. 2^e, 16 déc. 2010, n° 09-71575.
- « Clause de conciliation et référé », *Rev. des contrats*, 1^{er} juill. 2009, n° 3, p. 1160.

- « Les clauses de conciliation et de médiation dans les contrats de conciliation. À propos de l'article 6 de la loi n° 2005-67 du 28 janvier 2005 et d'un arrêt de Cass. 1^{re} civ. du 1^{er} février 2005 », *JCP Entreprise et Affaires*, n° 12, 24 mars 2005, act. 68.
- PERES (C.), « Observations sur “l'absence” de principes directeurs à la lumière du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats », *RDC* 2015, n° 3, p. 647.
- PERRIER (J.-B.), « Réflexions et perspectives sur la transaction en matière pénale », *AJ pénal*, 2015, pp. 474 s.
- PERRIN (M.-D.), « Conciliation-Médiation », *LPA*, n° 170, 2002, p. 4.
- PERROT (R.),
- « Clause de conciliation obligatoire : régularisation en cours d'instance », *RTD civ.*, 2011, p. 170.
 - « Transaction : son homologation pour la rendre exécutoire », *RTD civ.* 2011, p. 593, obs. ss. Civ. 2^e, 26 mai 2011, n° 06-19.527.
 - « Autorité de chose jugée et principe de concentration », *Procédures* 2007, comm. 274.
 - « La loyauté procédurale », *RTD civ.* 2006, p. 151.
 - « Clause de conciliation obligatoire : peut-on invoquer son omission en tout état de cause ? », *RTD civ.* 2005. 451.
 - « Clause de conciliation préalable », *RTD civ.* 2003. 349, ss. Cass., Ch. mixte, 14 févr. 2003, n°s 00-19.423 et 00-19.424, *Bull. ch. mixte*, n° 1.
- PEULVE (C.),
- « Présentation générale des modes alternatifs de résolution des litiges », *Gaz. Pal.*, 24 mai 2014, n° 144, in Dossier « La procédure dans les modes de résolution extrajudiciaire des litiges ».
 - « La dimension processuelle de la procédure participative », *LPA*, 16 avr. 2012, n° 76, p. 6.
 - « Médiation et conciliation – Des jumeaux... vrais ou faux ? », *Gaz. Pal.*, 2011, n° 179, p. 17.
- PICARD (E.), « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, 20 juill./20 août 1998, p. 6 s.
- PICHE (C.), « La Disposition préliminaire du N. cpc », *La chronique de LexisNexis*, 18 juin 2015, disponible sur <https://www.droit-inc.com/article15646-La-Disposition-preliminaire-du-N-cpc>.
- PICOD (Y.), « Un nouveau contrat nommé : le contrat de coopération commerciale », in *Libre droit. Mél. en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2007, p. 805.
- PIEDELIEVRE (S.), « Médiation et accès à la justice », *Gaz. Pal.*, 19 sept. 2017, n° 303a6, p. 36.
- PIGACHE (C.), « La clause de conciliation préalable à la saisine du juge », *Gaz. Pal.*, 13 août 2015, n° 225, p. 12.
- PLESSIX (B.), « Transaction et droit administratif », in B. MALLET-BRICOUT ET C. NOURISSAT (dir.), *La transaction dans toutes ses dimensions*, Dalloz, Coll. « Thèmes & commentaires », 2006, pp. 133-146.
- PLUYETTE (G.), « Principes et applications récentes des décrets des 22 juillet et 13 décembre 1996 sur la conciliation et médiation judiciaires », *Rev. arb.* 1997, p. 505 sq.
- POIRAT (F.), « État », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, Coll. « Quadrige », 2003, pp. 642-648.
- POLLET (D.), « Principe de contradiction et médiation », *Gaz. Pal.*, 1999, doct. 683 et s.

- PORCHY-SIMON (S.), « Transaction et droit de l'indemnisation », in B. MALLET-BRICOUT et C. NOURISSAT, *La transaction dans toutes ses dimensions*, Dalloz, Coll. « Thèmes & commentaires », 2006, pp. 111 s.
- POTVIN-SOLIS (L.), « Le principe de coopération loyale », in H. GAUDIN (dir.), *Le droit constitutionnel européen, quel droit constitutionnel européen ?*, *Annuaire de droit européen*, Volume VI, 2008, pp. 165-210.
- POUMAREDE (J.), « La Conciliation, la mal-aimée des juges », *Les Cahiers de la Justice*, 2013/1, p. 125.
- PRADEL (J.), « La notion européenne de tribunal impartial et indépendant selon le droit français », *RSC* 1990. 692.
- PUIG (P.), « La question de constitutionnalité : prioritaire mais pas première... », *RTD civ.* 2010, p. 66.
- RABILLER (S.), « Clair-obscur des obligations procédurales (à propos des obligations positives d'ordre procédural dans la jurisprudence de la cour EDH) », *LPA*, 26 juill. 2005, n° 147, p. 6.
- RACINE (J.-B.),
- « Le nouvel arbitre », in T. CLAY (dir.), *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, Lextenso éd., 2011, pp. 117 s.
 - « L'arbitrage est un mode alternatif de résolution des conflits ? Contribution à la définition du terme "alternatif" », *LPA* 2001, n°105, p. 16.
- RADE (C.), « Les effets de la transaction », in B. MALLET-BRICOUT ET C. NOURISSAT (dir.), *La transaction dans toutes ses dimensions*, Dalloz, Coll. « Thèmes & commentaires », 2006, pp. 87 s.
- RASCHEL, « Section 2 : Notion et définition de la déjudiciarisation en matière pénale », in S. CIMAMONTI et J.-B. PERRIER (dir.), *Les enjeux de la déjudiciarisation*, LGDJ, 2019, pp. 18 s.
- REBER (B.) et SEVE (R.), « Avant-propos », *Archives de philosophie du droit*, Le Pluralisme, vol. 49, 2005, pp. 3-7.
- REISCHL (G.), concl. CJCE, 27 mars 1980, *Amministrazione delle finanze dello Stato c. Denkavit italiana Srl*, aff. 61/79, *Rec.* 1205.
- RENOUX (T. S.), « La constitutionnalisation du droit au juge en France », in J. RIDEAU (dir.), *Le droit au juge dans l'UE*, LGDJ, 1998, pp. 109-118.
- REVERCHON-BILLOT (M.),
- « La justice participative : naissance d'un vrai concept », *RTD Civ.* 2021, p. 297.
 - « Incidences des réformes de la justice sur le tribunal paritaire des baux ruraux », *Rev. dr. rur.*, nov. 2020, n° 487, p. 22.
 - « L'article 21 du Code de procédure civile et la procédure civile », *Revue de droit d'Assas*, 2020, n° 20, p. 187.
- RIBEYRE (C.), « Quand loyauté rime avec imprévisibilité ! », *JCP G.*, n° 52, 25 déc. 2017, 1376.
- RIBS (J.), « L'accès au droit », in *Libertés. Mél. Jacques Robert*, Montchrestien, 1998, pp. 415-430.
- RICHARD (D.), « Obligation d'une résolution amiable des litiges (Art. 750-1 CPC) : la médiation une solution pertinente pour l'immobilier, la construction et l'urbanisme », *Horizons du droit*, n° 26, mai 2021, pp. 23-47.
- RIVERO (J.), *AJDA* 1971, p. 537, ss. Cons. constit., 16 juill. 1971, n° 71-44 DC.
- ROBERGE (J.-F.),
- « L'accès à la justice du 21^e siècle : vers une approche empirique et plurielle », *Revue juridique Thémis*, 54, 2020, pp. 487-510.

- « Le sentiment de justice. Un concept pertinent pour évaluer la qualité du règlement des différends en ligne ? », *Rev. juridique de la Sorbonne*, n° 1, juin 2020, pp. 5-21.
- « Les défis d'une justice participative. Garantir des qualités procédurales aux modes de prévention et règlement des différends », in L. CASAUX-LABRUNEE et J.-F. ROBERGE (dir.), *Pour un droit du règlement amiable des différends. Des défis à relever pour une justice de qualité*, LGDJ, 2018, pp. 57-77.
- « Le sentiment d'accès à la justice et la conférence de règlement à l'amiable », rapp. de recherche sur l'expérience des justiciables et avocats à la Cour supérieure du Québec et à la Cour du Québec, déc. 2014.

ROBERGE (J.-F.), HOUNTOHOTEGBE (S. A.-L.) et GRAHOVIC (E.), « L'article 1^{er} du Nouveau Code de procédure civile du Québec et l'obligation de considérer les modes de PRD : des recommandations pour réussir un changement de culture », *Rev. Juridique Thémis*, vol. 49, n° 2, 2015, pp. 487-524.

ROBERT (J.-H.), « L'égalité des armes », *Droit pénal*, n° 12, Décembre 2002, 12.

ROBERT (J.),

- « La bonne administration de la justice », *AJDA* 1995, p. 117.
- *RS publ.* 1971, ss. Cons. constit., 16 juill. 1971, n° 71-44 DC.

ROBERT (L.), « Les fondements de l'espace européen des libertés. Retour sur les interactions entre le droit de l'UE et le droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. UE*, 2020, p. 167.

ROLLAND (L.), « « Qui dit contractuel dit juste. » (Fouillée) ... en trois petits bonds, à reculons », *McGill Law Journal*, vol. 51, 2006, p. 765.

RONGEAT-LOUDIN (F.), « Les compétences juridiques du médiateur », *Gaz. Pal.*, n° 25, janv. 2011, p. 19.

ROSA (A.), « La contractualisation et le contribuable », *RFDA*, 2018, p. 236.

ROSSIGNOL (J.-L.), « Attention transaction ! Du recours à la transaction lors d'un litige avec l'administration fiscale », *LPA*, 17 févr. 2003, n° 34, p. 6.

ROUAULT (M.-C.), « Inobservation des mesures prescrites sur le fondement de l'article 39 du règlement de la Cour EDH : manquement au droit au recours », *JCP G.*, n° 29-30, 2009, p. 139.

ROUHETTE (G.), « L'article premier des lois », in N. MOLFESSIS (dir.), *Les mots de la loi*, Paris, Economica, Coll. « Etudes juridiques », 1999, pp. 37 s.

ROULAND (N.),

- « À la recherche du pluralisme juridique : le cas français », *Droit et culture*, 36, 1998/2.
- « Le pluralisme juridique en anthropologie », *Revue de la recherche juridique*, 1993, 2, p. 567-571.

ROUSSEAU (D.), « Droits fondamentaux » in L. CADIET, *Dictionnaire de la justice*, Paris, 1^{re} éd., PUF, Coll. « Grands dictionnaires », 2004, pp. 372-376.

RUPELLAN (F.),

- « La conciliation judiciaire obligatoire. Solution ou illusion ? », *JCP G.*, n° 15, 2018, p. 410.
- « Les modes alternatifs de résolution des conflits : pour une justice plurielle dans le respect du droit », *JCP G.*, n° 19, 1999, I, p. 135.

SALAS (D.), « État et droit pénal. Le droit pénal entre "Thémis" et "Dikè" », *Droits* 1992, p. 84.

SANCHEZ-BORDONA (M. C.), concl. CJUE, 1^e ch., 12 déc. 2019, aff. jointes, C-566/19 PPU et C-626-19 PPU.

SANSONE (G.), « Qui préjuge ne saurait juger », *Dalloz actualité*, Dalloz, 25 juin 2020.

- SAUPHANOR-BROUILLARD (N.), « La refonte du droit contractuel général de la consommation par l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 », *Rev. des contrats*, 1^{er} sept. 2016, n° 03, p. 492.
- SAURON (J.-L.), « Sur la présomption de protection équivalente ou comment contourner le retard de l'adhésion de l'UE à la Convention européenne des droits de l'Homme », *Gaz. Pal.*, 19 juill. 2016, n° 270v7, p. 12.
- SAVADOGO (L.), « Déni de justice et responsabilité internationale de l'État pour les actes de ses juridictions », *JDI « Clunet »*, n°3, 2016, pp. 827 s.
- SCHENIQUE (L.), « De la confidentialité en médiation », *LPA*, 18 juin 2014, n° 121, p. 6.
- SCHRAMECK (O.), « Quelques observations sur le principe du contradictoire », in *Mél. Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 629.
- SCHULZE (R.), « La renaissance de l'idée de jus commune », in M. DELMAS-MARTY, H. MUIR-WATT et H. RUIZ-FABRI (dir.), *Variations autour d'un droit commun. Premières rencontres de l'UMR de droit comparé de Paris*, Paris, Société de législation comparée, 2002, pp. 181-193.
- SCHULZE-FIELITZ (H.), « L'arrêt Lüth – 50 ans après », trad. O. JOOP, *Maison des sciences de l'Homme, Trivium* [En ligne], 30 | 2019, mis en ligne le 18 décembre 2019, consulté le 11 juill. 2022. Disponible sur : <http://journals.openedition.org/trivium/6764>.
- SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF (H.A.), « Une notion capitale du droit constitutionnel allemand : La Bundestreue (Fidélité fédérale) », *RDP* 1979, p. 769.
- SEIFERT (A.), « L'effet horizontal des droits fondamentaux. Quelques réflexions de droit européen et de droit comparé », *RTD Eur.*, 2012, p. 801.
- SERIAUX (A.),
- « Droit naturel », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, Coll. « Quadrige », 2003, pp. 507-511.
 - « Question controversée : la théorie du non-droit », *Revue de la recherche juridique droit prospectif*, 1995, 1, pp. 13-20.
 - « Pluralisme juridique et droit naturel », *Revue de la recherche juridique*, 1993, 2, pp. 585-590.
- SERVERIN (E.), « Le règlement des conséquences des accidents corporels de la circulation, entre transaction et juridiction », in P. ANCEL et M.-C. RIVIER (dir.), *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Economica, Coll. « Études juridiques », 2001, pp. 98 s.
- SIMON (D.), « Les fondements de l'autonomie du droit communautaire », in *Droit international et droit communautaire, perspectives actuelles*, Colloque de Bordeaux, S.F.D.I., Paris, Pédone, 2000, pp. 207 s.
- SIRINELLI (J.), « Le juge administratif et la nouvelle procédure de médiation. – À propos du décret n° 2017-566 du 18 avril 2017 », *JCP G.*, n° 19-20, 8 mai 2017, 520.
- SLOBODANSKY (C.), « Quand la médiation vient au secours des chefs d'entreprise », *LPA*, n° 246, p. 3.
- SMEND (R.), « Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchische Bundestaat », aus der *Festgabe für Otto Mayer*, Tübingen, Verlag von J.C.B. Mohr, 1916.
- SORDINO (M.-C.), « Réflexions autour des rapports entre équité et droit pénal », in *Aequitas, Equité, Equity*, textes édités par Y. MAUSEN et B. SIRKS, Presses de la Faculté de droit et de science politique de Montpellier, Coll. « Actes de colloque », Montpellier, 2015, pp. 123-143.
- SOREL (J.-M.), « Le rôle du droit international dans le développement du pluralisme (et vice versa) : une liaison moins naturelle qu'il n'y paraît », in L. FONTAINE (dir.), *Droit et pluralisme*, Actes du colloque de Caen organisé par le Centre de recherche sur les droits fondamentaux et

les évolutions du droit (C.R.D.F.E.D), 30 nov. et 1^{er} déc. 2006, Bruxelles, Bruylant, Coll. « Droit et justice », 2007, p. 73.

SORTAIS (J.-P.), « Le principe du contradictoire en dehors du prétoire ? », in *Mél. En l'honneur de Jean-François Poudret*, Lausanne, 1999, pp. 245 et s.

SOYER (J.-C.) et SALVIA (M. DE), « Article 6 » in L.-E. PETTITI, E. DECAUX, P.-H. IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, 2^e éd., Economica, 1999, pp. 239 s.

SOYER (J.-C.), « La loi nationale et la convention EDH », in *Mél. Jean Foyer*, PUF, 1997, p. 137.

SPENCER (J. R.), « La procédure pénale française vue par un anglo-saxon », in *La procédure pénale en quête de cohérence*, sous l'égide de la Cour de cassation, Actes du cycle de conférences organisé à Paris du 19 janv. au 22 juin 2006, Paris, Dalloz, Coll. « Thèmes et commentaires », 2007, pp. 227 et s.

SPITZ (J.-F.), « « Qui dit contractuel dit juste » : quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillée », *RTD civ.*, 2007, p. 281.

STAES (O.), « Le contrat de transaction », *Bull. Joly Entreprise en difficulté*, dossier « Contrat(s) et entreprises en difficulté », janv. 2019, n° 01, p. 58.

STOFFEL-MUNCK (Ph.), « L'abus dans la fixation du prix : vraie définition ou faux-semblant », *D.* 2002, p. 1974.

STRICKLER (Y.),

- « Le droit à un procès équitable », in R. CABRILLAC (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, 28^e éd., Dalloz, Coll. « Spécial CRFPA », 2022, pp. 618-635.
- « Les dispositions de procédure civile du décret n° 2017-892 du 6 mai 2017 », *Procédures 2017*, étude 24.
- « Les modes alternatifs de règlement des différends dans la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle », *Procédures*, n° 2, févr. 2017, étude 7.

SUDRE (F.),

- « À propos du droit de juger équitablement », in *Aequias, Equité, Equity*, textes édités par Y. MAUSEN et B. SIRKS, Presses de la Faculté de droit et de science politique de Montpellier, Coll. « Actes de colloque », Montpellier, 2015, pp. 145-159.
- « L'interprétation constructive de la liberté syndicale, au sens de l'article 11 de la Convention EDH », *JCP G.* 2009, n° 5, II. 10018, ss. CEDH [GC], 12 nov. 2008, *Demir et Baykara c. Turquie*, req. n° 34503/97.
- « L'équité, norme conventionnelle. À propos de l'article 6 § 1 de la CEDH », *Revue Hellénique des droits de l'homme*, 21, 2004, pp. 11-21.
- « Le recours aux notions autonomes », in *Id* (dir.), *L'interprétation de la Convention EDH*, Actes du Colloque des 13 et 14 mars 1998 organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'Homme de l'Université de Montpellier 1, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 1998, pp. 93 s.

SUPIOT (A.), « La contractualisation de la société », in Y. MICHAUD, *Qu'est-ce que l'humain ?*, Odile Jacob, vol. 2, 2000, p. 157 ; in *Le Courrier de l'environnement de l'INRA*, n° 43, mai 2001, pp. 51-58.

TANDEAU DE MARSAC (S.), « La transposition de la Directive européenne sur la médiation en France », *Les Cahiers de l'arbitrage*, 1^{er} avr. 2012, n° 2, p. 341.

TERRE (D.), « Le pluralisme et le droit », *Arch. Phil. Droit*, 49, 2005, pp. 69-83.

TEUBNER (G.), « Substantive and reflexive element in modern law », *Law and Society*, vol. 17, 1983, p. 239.

THERON (J.),

- « Réforme de la justice – « Less is more », Esquisse d’une nouvelle procédure civile minimaliste Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 », *JCP G.*, n° 18, 6 mai 2019, doct. 495.
- « Améliorer et simplifier la procédure civile. Comment regagner la confiance des justiciable ? », *JCP G.*, n° 9-10, 26 févr. 2018, act. 237., aperçu rapide ss le rapp. « Améliorer et simplifier la procédure civile » dirigé par F.AGOSTINI et N. MOLFESSIS.

THERY (Ph.),

- « Exécution des décisions de justice », in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, 1^{re} éd., PUF, Coll. « Grands dictionnaires », 2004, pp. 489-497.
- « La notion d’exécution », in *L’exécution, XXIIIe colloque des instituts d’études judiciaires*, 2001, L’Harmattan, pp. 9-25.

THIBIERGE (C.), « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », *RTD civ.*, 2003, p. 599.

THIBIERGE-GUELFUCCI (C.), « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.*, 1997. 358.

THIERRY (G.), « Un an après le début de la pandémie, l’inquiétant engorgement du tribunal judiciaire de Paris », *Dalloz actualité*, 15 avr. 2021.

THOMAS (D.), « Le concept de procès pénal », *Mél. offerts à Pierre Couvrat, La sanction du droit*, PUF, 2001, pp. 401-416.

THULLIER (B.), « La confidentialité des traitements amiables de nouveau gagnante face à la liberté d’expression », *Act. proc. coll. 2019*, comm. 73, ss. Cass. com., 13 févr. 2019, n° 17-18.049, P.

THÜR (G.), « The statute on homologein in Hyperide’s speech against Athenogenes », *Dike* 16, 2013, pp. 1-10.

TIMSIT (J.), « La médiation : une alternative à la justice et non une justice alternative », *Gaz. Pal.*, 15 nov. 2001, n° 319, p. 53.

TOURMEN (C.), « Activité, tâche, poste, métier, profession : quelques pistes de clarification et de réflexion », *Santé publique*, 2007/hs, vol. 19, pp. 15 et s.

TRAVIER (E.) et CROS (R.), « Les procédures orales à l’aune de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme : mort ou résurrection ? », *Procédures*, 2007. 5.

TREMEAU (J.), « Le référé-liberté, instrument de protection du droit de propriété », *AJDA*. 2003. 653.

TRICOIT (J.-P.),

- « L’inscription sur la liste des médiateurs », *LPA*, 4 janv. 2019, n° 004, p. 8.
- « La transposition de la directive Médiation en droit français », *LPA*, 2 avr. 2012, n° 66, p. 6.
- « La Commission de la médiation de la consommation », *LPA*, n° 208, 19 oct. 2010, p. 4.
- « Principe de confidentialité et déclarations du médiateur pénal », *JCP G*, 15 mars 2010, n° 11, p. 295.

TROADEC (J.-C.), « Le *self made man* : “un étalon de la mesure du réel” », *La cause du Désir*, vol. 99, n° 2, 2018, pp. 186-190.

TZUTZUIANO (C.), « Efficacité des modes déjudiciarisés en matière pénale », in S. CIMAMONTI et J.-B. PERRIER (dir.), *Les enjeux de la déjudiciarisation*, LGDJ, 2019, pp. 271-292.

UBERTAZZI (G. M.), « L'impact du droit communautaire dans le procès pénal interne », *RTD eur.* 1975, p. 196.

VALERY (A.), « Qu'est-ce qu'un délai raisonnable au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ? », in *Le procès équitable et la protection jurisprudentielle du citoyen*, Actes du colloque de Bordeaux, 29-30 sept. 2000, Bruylant, Coll. « Union des avocats européens », 2001, p. 91.

VAN COMPERNOLLE (J.),

- « Quelques réflexions sur un principe émergent : la loyauté procédurale », in *Justices et droit du procès*, *Mél. Serge Guinchard*, 2010, Dalloz, p. 414.
- « Le juge et la conciliation en droit judiciaire belge », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, *Mél. Roger Perrot*, Dalloz, 1996, pp. 523 s.

VAN DE KERCHOVE (M.),

- « Vérité judiciaire et para-judiciaire en matière pénale : quelle vérité ? », *Droit et société*, 2013/2, n° 84, pp. 411-432,
- « Contractualisation de la justice pénale ou justice pénale contractuelle ? », in S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, 2008, p. 189.

VANDERLINDEN (J.),

- « Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique », *Revue de la recherche juridique*, 1993, 2, pp. 573-583.
- « Return to Legal Pluralism: Twenty Years Later », *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, n° 28, 1989, pp. 149-157.
- « Essai de Synthèse », in *Le pluralisme juridique*, Bruxelles, Éditions de l'Institut de Sociologie, 1971, p. 19.

VANNEY (P.), « Nationalisme », in J. GUÉRIN (dir.), *Dictionnaire Albert Camus*, 2009, Robert Laffont, Bouquins.

VENNIN (A.), « La médiation de la consommation, une chance pour les consommateurs et les professionnels », 6 juill. 2017, in *Ressources juridiques, Blogs des avocats*, consultable sur le site du CNB : <https://consultation.avocat.fr/blog/ariane-vennin/article-19314-la-mediation-de-la-consommation-une-chance-pour-les-consommateurs-et-les-professionnels.html>.

VERGES (E.), « La procédure pénale hybride », *RSC*, 2017, p. 579.

VERIN (J.), « Le règlement extra-judiciaire des litiges », *Rev. de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1, 1982, p. 183.

VERT (F.),

- « Premières listes de médiateurs dans les cours d'appel : un dispositif légal perfectible », *Dalloz actualité*, 29 oct. 2018.
- « La pratique de la médiation dans le domaine judiciaire », in *La médiation, expériences, évaluations et perspectives*, actes du colloque du 5 juill. 2018 organisé par la Mission de recherche Droit et Justice, p. 29.
- « La confusion terminologique entre médiation et conciliation : un frein à leur développement », *Gaz. Pal.*, 2015, n° 031, p. 8.
- « Des avantages de la médiation judiciaire », *Gaz. Pal.* 24 mai 2014, n° 144, in Dossier « La procédure dans les modes de résolution extrajudiciaire des litiges », p. 17.

VIALA (A.),

- « L'équité d'Aristote à Dworkin : les figures angéliques du juge », in *Aequias, Equité, Equity*, textes édités par Y. MAUSEN et B. SIRKS, Presses de la Faculté de droit et de

- science politique de Montpellier, Coll. « Actes de colloque », Montpellier, 2015, pp.169-183.
- « Le ministère public peut-il être récusé ? », *Gaz. Pal.*, 1980, t. 1, doct. 163.
- VIAUT (L.), « Le droit des modes alternatifs de règlement des conflits peut-il être une discipline juridique autonome ? », *LPA*, 11 juin 2020, n° 117, p. 9.
- VIER (J.), « Le Joseph Delorme de Sainte-Beuve », *Les archives des lettres modernes*, études de critique et d'histoire littéraire, janv.-févr. 1960, n° 29, p. 7.
- VILLEY (M.), « Abrégé du Droit naturel classique », in *Leçons d'Histoire de la Philosophie du Droit*, Paris, nouvelle édition, Dalloz, 1962, p. 146 ; in *Archives de Philosophie du Droit*, 1961, n° 6, pp. 25-72.
- VITU (A.),
- « La récusation en matière pénale », in *Mél. Jean Vincent*, Dalloz, 1981, p. 429.
 - « Le classement sans suite », *Rev. de sciences criminelles et de droit pénal comparé*, 1947, pp. 505 et s.
- VIVIER (J.-L.), « La réforme de la conciliation et l'introduction de la médiation dans la procédure civile », *LPA*, 25 nov. 1996, p. 12.
- VOISIN (S.), « La médiation pénale est-elle juste ? », *Petites affiches*, 26 août 2002, n° 170, p. 49.
- VUITTON (X.), « Quelques réflexions sur l'office du juge de l'homologation dans le livre V du code de procédure civile », *RTD civ.* 2019, p. 771.
- WEILLER (L.), « Renouveau des critères de l'autorité de la chose jugée : l'Assemblée plénière invite à relire Motulsky », *D.* 2006. 2135.
- WIEDERKEHR (G.),
- « Étendue de l'autorité de la chose jugée en matière civile : notion d'identité de cause », *JCP* 2007, II, 10070.
 - « Le nouveau Code de procédure civile : la réforme permanente », in *Mél. offerts à Jacques Béguin*, Litec, 2005, pp. 787 s.
 - « L'accélération des procédures et les mesures provisoires », *RIDC*, 1998, pp. 449 s.
 - « Droits de la défense et procédure civile », *D.* 1978, chron. 36.
- YOUNES (C.), « Médiation, subjectivation de la norme et décentrage du sujet », in C. YOUNES et E. LE ROY (dir.), *Médiation et diversité culturelle : pour quelle société ?*, Paris, Karthala, p. 55.
- ZAKI (M.-S.), « Définir l'équité », *Archives Phil. dr.*, t. 35, 1990, p. 87.
- ZAKINE (I.), « L'exigence du contradictoire », in *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 1996, p. 69.
- ZATTARA (A.-F.), « L'homologation en droit privé », *RRJ* 2004-1, pp. 85-146.
- ZOLLER (E.), « Procès équitable et *due process* », *D.* 2007, p. 517.

VI – REPERTOIRES, ENCYCLOPEDIES

Répertoires

Répertoire de droit civil Dalloz

ALBIGES (C.), « Équité », oct. 2017 (actualisation 2019).

CHANTEPIE (G.), « Contrat : effets », janv. 2018 (actualisation déc. 2020).

LATINA (M.), « Contrat : généralités – Principes directeurs du droit des contrats », mai 2017 (actualisation nov. 2021).

THIBIERGE (L.), « Transaction (civ) », oct. 2020.

Répertoire de procédure civile Dalloz

BOUTY (C.), « Chose jugée », mars 2018 (actualisation avr. 2022).

BOUTY (C.), « Procédure orale : dispositions communes », juill. 2020 (actualisation nov 2020).

DANET (A.), « Principes directeurs du procès », oct. 2020 (actualisation juill. 2022).

DEHARO (G.), « Contrat judiciaire », sept. 2017 (actualisation déc. 2019).

DOUCHY-LOUDOT (M.) et JOLY-HURARD (J.), « Médiation et conciliation », mars 2013 (actualisation juill. 2022).

FRICERO (N.), « Procédure participative de recherche d'un accord et de mise en état (Pr. civ.) », juill. 2020 (actualisation juill. 2022).

GUINCHARD (S.), « Procès équitable », mars 2017 (actualisation déc. 2021).

LEMOULAND (J.-J.), PIETTE (G.) et HAUSER (J.), « Ordre public et bonnes mœurs », févr. 2019 (actualisation nov. 2021).

MAUGAIN (G.), « Assignation », juill. 2021 (actualisation juill. 2022).

MOLINS (F.), « Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité », mai 2018 (actualisation juin 2022).

PÉTEL-TEYSSIE (I.), « Défenses, exceptions, fins de non-recevoir », juill. 2018 (actualisation juin 2021).

REVERCHON-BILLOT (M.), « Transaction », juill. 2018 (actualisation déc. 2019).

Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz

DOURNEAU-JOSETTE (P.), « Convention européenne des droits de l'homme : jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière pénale », mars 2021 (actualisation juin 2022).

LEMASSON (A.), « Justice internationale pénale : procédure », oct. 2019.

MOLINS (F.), « Ministère public », juin 2020 (actualisation sept. 2020).

PERRIER (J.-B.), « Médiation pénale », janv. 2013 (actualisation avr. 2021).

REDON (M.), « Transaction pénale (Pén.) », janv. 2022.

Répertoire de contentieux administratif Dalloz

FAVOREU (L.) et RENOUX (T.), « Le contentieux constitutionnel et ses actes administratifs », Sirey, 1992, extrait du *Rép. de contentieux administratif*, Dalloz.

Répertoire de droit européen Dalloz

MOLINIER (J.), « Primauté du droit de l'Union européenne », sept. 2011 (actualisation oct. 2013).

SICILIANOS (L.-A.), « Conv. EDH, art. 6 : La protection du droit à un procès équitable dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », janv. 2018 (actualisé par A. KOSTOPOULOU, juin 2022).

JurisClasseur

ALPI (N.-F.), « Contrat judiciaire », *JCl Civ. Annexes*, 2002.

ANGEVIN (H.), « Récusation », *JCl. Procédure pénale*, Art. 668 à 674-2, Ancienne version.

BERNABE (B.), « Récusation. Abstention », *J.-Cl. Procédure civile*, Fasc. 800-5, 13 oct. 2020 (mise à jour 2021).

CADIET (L.), « Clauses relatives aux litiges. Clauses tendant à éviter la solution judiciaire du litige. Clauses tendant à adapter la solution judiciaire du litige », *JCl. Contrats – Distribution*, Fasc. 190, 9 sept. 2016 (mise à jour 27 févr. 2022).

COHEN-JONATHAN (G.), « La Convention européenne des droits de l’homme », *JCl. Europe*.

DEFFERRARD, « Récusation », *JCl. Procédure pénale*, Art. 668 à 674-2, Fasc. 20, 3 oct. 2019 (mise à jour 2019).

FOULON (M.) et STRICKLER (Y.), « Modes alternatifs de résolution des litiges », *JCl. Procédure civile*, fasc. 1000, 2014.

FRISON-ROCHE, « Déni de justice et interprétation de la loi par le juge », *J.-Cl. Civil*, art. 4, 11, 1996.

PEDROT (P.) et KERNALEGUEN (F.), « Consommation. – Procédures amiables de règlement des litiges », *JCl. Concurrence - Consommation*, fasc. 1230, 1988.

STRICKLER (Y.),

- « Modes alternatifs de résolution des litiges. – Conciliation », *JCl. Procédure civile*, fasc. 1700-85, 24 juin 2020 (mise à jour 15 sept. 2022).
- « Modes alternatifs de résolution des litiges. – Médiation », *JCl. Procédure civile*, fasc. 1700-90, 16 févr. 2020 (mise à jour 14 avr. 2022).

SUDRE (F.), « Convention européenne des droits de l’homme. – Caractères généraux », *JCl. Europe*, Fasc. 6500, 29 avr. 2020.

VALAT (J.-P.), « Expertise », *JCl. Procédure pénale*, Art. 156 à 169-1, Fasc. 20, 15 avr. 2013 (mise à jour 13 févr. 2022).

Encyclopedia Universalis

ADELIN (A.), « Déjudiciariser les conflits : les enjeux de la médiation », *Encyclopedia Universalis, Universalis* 1999, p. 173

TOURAIN (A.), « Conflits sociaux », *Encyclopaedia Universalis*, Paris, Vol. 4, 8^{ème} éd., nov. 1974, pp. 856-865.

VII – COLLOQUES, JOURNÉES D’ÉTUDES, CONFÉRENCES, ENTRETIENS, RENCONTRES, DOSSIERS

Bilan d’activité 2021. 2010-2021, d’une crise à l’autre : retour sur 12 ans d’activité du Médiateur des entreprises, Dossier de presse, 15 mars 2022, disponible sur <https://www.economie.gouv.fr/mediateur-entreprises-bilan-activite-2021>.

Conciliation judiciaire et conciliation de Justice, propos tenus en ouverture du colloque par C. ARENS, Cour d’appel de Paris, 15 mars 2016.

Confiance dans l'institution judiciaire, Appel à refonder le pacte républicain pour la justice, Tribune de la conférence nationale des premiers présidents des cours d'appel de France, 21 mai 2021.

Développer une culture de la médiation. Dans les différents continents devant les juridictions judiciaires et administratives, B. BLOHORN-BRENNEUR et C. CZECH, VIII^e Assises internationales de la médiation judiciaire, 5-7 juill. 2018, Bordeaux, École de la magistrature, Médias & Médiations, 2019, 162 p.

Discours cérémonie de prix nobel par R.H. COASE, 1992, p. 718.

Discours d'acceptation du prix Nobel de littérature par SAINT-JOHN PERSE, Stockholm, 10 décembre 1960.

Discours préliminaire sur le projet de Code civil, PORTALIS, présenté le 1^{er} pluviôse An IX.

Discussion en séance publique de Monsieur J.-J. URVOAS, Ass. nat., mardi 17 mai 2016.

Droit et pluralisme, L. FONTAINE (dir.), Actes du colloque de Caen organisé par le Centre de recherche sur les droits fondamentaux et les évolutions du droit (C.R.D.F.E.D), 30 nov. Et 1^{er} déc. 2006, Bruxelles, Bruylant, Coll. « Droit et justice », n° 76, 2008, 398 p.

Droit, justice et proximité, Droit et cultures, *Revue semestrielle d'anthropologie et d'histoire*, n° hors-série 2001/3, L'Harmattan, 2001, 234 p.

Indépendance et responsabilité des magistrats, Allocution de Monsieur le procureur général F. MOLINS, lors de l'ouverture de la conférence du CSM, 12 mars 2021, consultable sur le site de la Cour de cassation.

Justice 21. Réforme de modernisation de la justice du 21^e siècle, Réforme pour une justice, Dossier de présentation de la Loi J 21, [en ligne], URL : http://www.justice.gouv.fr/publication/j21_dossier_de_presentation.pdf.

L'espace européen des libertés, mythe ou réalité ?, Colloque co-organisé par la Faculté de Droit et l'Institut des Droits de l'Homme de Lyon le 6 déc. 2019, travaux publiés in *Rev. UE*, 2020, p. 166.

L'avocat, le juge et le médiateur, intervention prononcée par M. ARMAND-PREVOST lors du 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), pp. 17 s.

L'office du juge, Colloque du Sénat des 29 et 30 sept. 2006 organisé par G. DARCY, V. LABROT et M. DOAT, Paris, Palais du Luxembourg.

La bonne administration de la justice, Dalloz, Coll. « Justice & Cassation - Revue annuelle des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation », 2013, 328 p.

La durée des procédures civiles et pénales dans la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'homme, F. EDEL, Dossiers sur les droits de l'homme n° 16, Conseil de l'Europe, 2007, 100 p.

La médiation et la conciliation devant la juridiction administrative, Intervention de J.-M. SAUVE, à l'occasion du colloque organisé par le C. E., en partenariat avec l'Ordre des avocats de Paris et le Groupement européen des magistrats pour la médiation (GEMME – France), 17 juin 2015.

La médiation, un chemin de paix pour la justice en Europe. GEMME, 10 ans déjà... !, B. BLOHORN-BRENNEUR et D. CALIN (dir.), L'Harmattan, Coll. « Logiques Juridiques », 2015, 360 p.

La normativité, Études réunies et présentées par J. CHEVALLIER, *Cah. Cons. Const.*, n° 21, janv. 2007.

La Nouvelle-Calédonie, un cas de médiation réussie ?, Entretien politique M. GUILLAUME-HOFNUNG et M. ROCARD, Centre d'études et de recherche sur le Proche-Orient, *Les Cahiers de l'Orient*, 2014/2, n° 114, pp. 37-45.

La procédure dans les modes de résolution extrajudiciaire des litiges, Maison du barreau de Paris, 23 janv. 2014, *Gaz. Pal.*, n° 144, p. 13.

Le droit souple, Association Henri Capitant, Journées nationales, t. XIII, Boulogne-sur-Mer, 27 mars 2008, Dalloz, Coll. « Thèmes et commentaires », 2009, 179 p.

Le nouveau Code de procédure civile : vingt ans après, Actes du colloque des 11 et 12 décembre 1997 organisé par la Cour de cassation, La documentation française, 1998, 332 p.

Le pluralisme juridique/Legal Pluralism, J.-G. BELLEY (dir.), « revue canadienne Droit et Société », vol. 12, n° 2, automne 1997.

Le Pluralisme, R. SEVE, Dalloz, Coll. « Archives de Philosophie du droit », t. 49, 2006, 499 p.

Le statut constitutionnel de l'Autorité judiciaire, R. DENOIX DE SAINT MARC, Séminaire pédagogique du pôle « administration de la justice », ENM Bordeaux, 12 et 13 mai 2009.

Le temps dans la procédure, J.-M. COULON et M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), Actes du colloque organisé par le Tribunal de Nanterre et l'Association française de philosophie du droit, 5 déc. 1995, Paris, Dalloz, Coll. « Thèmes et commentaires », 1996, 78 p.

Les critères de la qualité de la justice, Intervention de J.-M. SAUVE, *Célébration des vingt ans du Tribunal de première instance des Communautés européennes*, le 25 septembre 2009, disponible sur le site du Conseil d'État.

Les modes amiables de résolution des différends, N. FRICERO, conférence sur les modes amiables de règlement des différends (MARD), AL3P et CEJCAN, Nancy, 21 mai 2015.

Loi naturelle et loi civile, J.-B D'ONORIO (dir.), Actes du XXI^e colloque national de la Confédération des Juristes catholiques de France, Paris, Pierre Téqui éd., 2006, 184 p.

Modes amiables de règlements des différends. La pratique des MARD en cours d'instance : regards croisés, Entretien avec M. CHAPUIS et H. CROZE, *Procédures*, n° 1, janv. 2022, 1.

Pour exercer pleinement son office de Cour suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle, Entretien avec B. LOUVEL, *JCP G.* 2015, act. 1122.

Quelle perspectives pour la médiation en droit public ?, intervention M. GROS, 27 janvier 2017, Lille, journée d'études. Vidéo disponible sur : <https://m.youtube.com/watch?list=PL2sfBS-dupshfc-hJcE-PtKnWTx137M0M&v=iqTgx2nGADk>.

Retrouver confiance en la justice, G. LARCHER et F.-N. BUFFET, *Agora de la justice*, 27 sept. 2021.

VIII – LIVRES BLANCS, ÉTUDES, RAPPORTS

Chantiers de la justice

AGOSTINI (F.) et MOLFESSIS (N.), *Amélioration et simplification de la procédure civile*, 15 janv. 2018 (www.justice.gouv.fr).

BEAUME (J.) et NATALI (F.), *Amélioration et simplification de la procédure pénale*, 15 janv. 2018 (www.justice.gouv.fr).

Conseil d'État

« Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne », Paris, La documentation française, Coll. « Les études du Conseil d'État », 2010, 127 p.

« Expérimentation de la médiation préalable obligatoire (MPO) – Bilan final », rapp. du secrétariat général du Conseil d'État du 23 juin 2021.

« Le droit souple », étude annuelle 2013, Paris, La documentation française, Coll. « Études et documents, Conseil d'État », 2013.

« Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative », Paris, La documentation française, 1993.

Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ)

CEPEJ(2021)13, *Lignes directrices du Groupe de travail SATURN pour la gestion du temps judiciaire (4^{ème} révision)*, document adopté lors de la 37^e réunion plénière de la CEPEJ, Strasbourg et en ligne, 8 et 9 déc. 2021, disponible sur : <https://www.coe.int/fr/web/cepej/cepej-work/saturn-centre-for-judicial-time-management>.

CEPEJ, « Mesurer la qualité de la justice », déc. 2016.

CEPEJ, *European Judicial Systems, Edition 2014 (2012 data): Efficiency and quality of justice*, European Commission for the Efficiency of Justice, 2014, URL : <https://rm.coe.int/european-judicial-systems-edition-2014-2012-data-efficiency-and-qualit/1680785d95>.

CEPEJ(2004)19Rev2, Programme-cadre : « Un nouvel objectif pour les systèmes judiciaires : le traitement de chaque affaire dans un délai optimal et prévisible », 8^e réunion plénière, Strasbourg, 6-8 décembre 2006, disponible sur : coe.int/t/dg1/legalcooperation/cepej.

CEPEJ, *Améliorer la médiation dans les États membres du Conseil de l'Europe. Normes et mesures concrètes*, Les études de la CEPEJ n° 5.

Cour d'appel de Paris

LASSERRE (V.), « La promotion et l'encadrement des modes amiables de règlement des différends », rapp. du groupe de travail, mars 2021.

Cour de cassation

ARENS (C.) et F. MOLINIE (F.), rapp. « La médiation devant la Cour de cassation, pourquoi pas ? », *Dalloz actualité*, 7 juill. 2021.

Rapport annuel 2010 de la Cour de cassation, « Le droit de savoir », (Étude relative à « l'obligation de motivation »), La Documentation Française, 2011, 624 p.

Rapport annuel 2006 de la Cour de cassation, Paris, La Documentation Française, 2007, 618 p., spéc. D. SIMON, « Avant-propos, La contribution de la Cour de cassation à la construction juridique européenne : Europe du droit, Europe des juges », pp. 79 à 92.

Rapport annuel 2003 de la Cour de cassation, J.-P. DINTILHAC « L'égalité des armes dans les enceintes judiciaires », pp. 129 s.

Rapport annuel 2003 de la Cour de cassation, « L'égalité », La documentation française, 2004, 706 p.

Cour européenne des droits de l'homme

La CEDH et la France, faits & chiffres, févr. 2021, disponible sur : https://www.echr.coe.int/Documents/Facts_Figures_France_FRA.pdf.

Rapports annuels 2012 à 2016, Greffe de la CEDH, Strasbourg (annexe 1 actualisée 2012-2016 relatif aux violations au titre du « délai de procédure » (art. 6, §1) par pays).

Rapports annuels 2007 à 2010, Greffe de la CEDH, Strasbourg (annexe 1 bis relatif aux violations au titre du « délai de procédure » (art. 6, §1) par pays).

Livre Blanc

COLLECTIF 21, *Livre blanc sur la médiation*, sept. 2019, URL : <https://lext.so/okydK5>.

Livres Verts

Livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial, Réaction de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, Rapp. présenté par P. SOLIGNAC au nom de la Commission juridique et adopté par l'Assemblée générale du 19 sept. 2002, p. 8.

Livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial, COM (2002) 196 final, Bruxelles, 19 avr. 2002, art. 3.2.2.1

Ministère de la Justice

Ministère de la Justice, Sous-direction de la Statistique et des Études, « Les chiffres-clés de la justice 2020 », disponible sur <http://www.justice.gouv.fr>.

Organisation des Nations Unies (ONU)

Résolution adoptée par l'Assemblée Générale le 25 sept. 2015, A/RES/70/1, « Transformer notre mode : le Programme de développement durable à l'horizon 2030 ». Disponible sur : <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N15/291/90/PDF/N1529190.pdf?OpenElement>.

Parlement européen

Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen sur l'application de la directive 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et du règlement (UE) n° 524/2013 du Parlement européen et du Conseil relatif au règlement en ligne des litiges de consommation, Bruxelles, 29 sept. 2019, COM(2019) 425 final. Disponible sur : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:52019DC0425>.

Commission des affaires juridiques, K. CHRYSOGONOS (rapporteur), Rapp. sur la transposition de la dir. 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, 2016/2066 (INI), 27 juin 2017, in https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0238_FR.html.

Parlement européen : *L'européanisation de la procédure civile : vers des normes communes minimales ?*, juin 2015 (www.europarl.europa.eu).

Rapports divers remis aux pouvoirs publics

COULON (J.-M.) (dir.), *Réflexions et propositions sur la procédure civile*, Rapp. au garde des Sceaux, ministre de la justice, Paris, La documentation française, Coll. « Rapports officiels », 1997.

DELMAS-GOYON (P.), *Le juge du 21^e siècle : un citoyen acteur, une équipe de justice*, déc. 2013 (www.justice.gouv.fr).

DELMAS-MARTY (dir.), Rapp. de la Commission Justice pénale et Droits de l'homme, *La mise en état des affaires pénales* [Rapport préliminaire, nov. 1989 ; Rapport final, juin 1990], Paris, La Documentation française, 1991.

DIRECTION DES SERVICES JUDICIAIRES (DSJ), DIRECTION DES AFFAIRES CIVILES ET DU SCEAU (DACS) ET ÉCOLE NATIONALE DE LA MAGISTRATURE (ENM), *Guide de la conciliation de justice*, mars 2021 : réactualisation du Guide *Conciliateurs de justice*, juill. 2017.

GARAPON (A.), PERDRIOLLE (S.), BERNABE (B.) KADRI (C.), *La prudence et l'autorité : L'office du juge au XXI^e siècle*, Rapp. de l'Institut des hautes études sur la justice, remis au garde des Sceaux, mai 2013.

GUINCHARD (S.), *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, Rapp. au garde des Sceaux, Paris, La documentation française, Coll. « Rapports officiels », 2008.

LASSERRE (V.), Rapp. du groupe de travail, « La promotion et l'encadrement des modes amiables de règlement des différends », Le Mans Université, mars 2021.

LE QUEAU (M.-S.), Atelier *Simplification de la justice civile*, travaux restitués au comité des États généraux de la justice, Annexe 13 - Rapp. du groupe de travail sur la simplification de la procédure pénale, 71 p.

LEGER (P.), *Rapp. du Comité de réflexion sur la justice pénale*, remis au président de la République et au Premier ministre le 1^{er} sept. 2009, 59 p.

MAGENDIE (J.-C.) ET THONY (J.-F.), *Célérité et qualité de la justice – Les conciliateurs de justice*, Paris, La documentation française, Coll. « Rapports officiels », 2010, 130 p.

MAGENDIE (J.-C.), *Célérité et qualité de la justice – La gestion du temps dans le procès*, La documentation française, Coll. « Rapports officiels », 2004.

MAGENDIE (J.-C.), *Célérité et qualité de la justice devant la cour d'appel*, 24 mai 2008, appelé « Rapport Magendie II », Paris, La documentation française, Coll. « Rapports officiels », 2008.

MAGENDIE (J.-C.), *Célérité et qualité de la justice. La médiation : une autre voie*, 2008.

MARSHALL (D.), « Les juridictions du 21^e siècle : une institution qui, en améliorant qualité et proximité, s'adapte à l'attente des citoyens, et aux métiers de la justice », déc. 2013 (www.justice.gouv.fr).

MICHEL (J.-P.) et GELARD (P.), Rapport d'information n° 705 (2011-2012), fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la Cour européenne des droits de l'Homme, déposé le 25 juillet 2012.

NOËL (S.), Groupe thématique *Simplification de la justice civile*, rapp. remis au comité des États généraux de la justice le 1^{er} févr. 2022, Annexe 12 - Rapp. du groupe de travail sur la simplification de la justice civile, 134 p.

Rapport au Président de la République relatif à l'ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n° 0035 du 11 févr. 2016, texte n° 25.

Rapport au président de la République relatif à la partie législative du Code de justice administrative, JORF n° 107 du 7 mai 2000, texte n° 3.

SAUVE (J.-M.), *Rendre justice aux citoyens*, Rapp. du Comité des États généraux de la justice (oct. 2021-avr. 2022), avr. 2022, 1619 p.

Rapports issus de la Mission de recherche Droit et justice

BONAFE-SCHMITT (J.-P.) ET ROBERT (J.-C.), *Les médiations : logiques et pratiques sociales*, Lyon, Rapp. de recherche GLYSI, 2001.

BOUSSARD (V.), *L'évaluation de la tentative de médiation familiale préalable obligatoire (TMFPO). Quand médier n'est pas remédier*, rapp. de recherche 18-21, déc. 2020, 164 p.

C.E.M.A.R.C., *Médiations judiciaires. Témoignages de praticiens avertis*, recueillis par P. CATALA (P.) et GHOZI (A.), mis en forme par J. JOLY-HURARD, Rapp. de recherche, Paris, La Documentation Française, 1999, 240 p.

CIMAMONTI (S.) et PERRIER (J.-B) (dir.), *Les enjeux de la déjudiciarisation*, 2018.

CHARRIER (Ph.), BASCOULERGUE (A.), BONAFÉ-SCHMITT (J.-P.) ET FOLIOT (G.) (dir.), *La prescription de la médiation judiciaire. Analyse socio-juridique des dispositifs de médiation dans trois cours d'appel : de la prescription à l'accord de médiation*, 2017.

CHEVALIER (P.), DESDEVISES (Y.) et MILBURN (P.) (dir.), *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice*, Paris, La Documentation Française, Coll. « Perspectives sur la justice », 2003, 288 p.

RIVIER (M.-C.) et a., *Les modes alternatifs de règlement des conflits : un objet nouveau dans le discours des juristes français ?*, Rapp. de recherche, Paris, La documentation Française, 2001, 74 p.

SUDRE (F.) et PICHERAL (C.) (dir.), *La diffusion du modèle européen du procès équitable*, Paris, La documentation française, Coll. « Perspectives sur la justice », 2003, 356 p.

Rapports parlementaires

BAS (Ph.), « *Cinq ans pour sauver la justice !* », Rapport d'information n° 495, 4 avr. 2017 (www.senat.fr).

CLEMENT (J.-M.) et LE BOUILLONNEC (J.-Y.), Rapp. n° 3726 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république, sur le projet de loi (n° 3204), adopté par le sénat après engagement de la procédure accélérée, de modernisation de la justice du XXI^e siècle, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 6 mai 2016.

COLLOMBAT (P.-Y.), Rapp. n° 120 (2013-2014) au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la proposition de loi de M. Jacques MÉZARD et plusieurs de ses collègues portant réforme de la comparution sur reconnaissance de culpabilité, enregistré à la Présidence du Sénat le 6 nov. 2013,

HOULIE (S.), rapp. n° 429 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république, sur le projet de loi, adopté par le sénat, ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (n° 315), enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 29 nov. 2017.

LUART (R. DU), « L'aide juridictionnelle : réformer un système à bout de souffle », Rapp. fait au nom de la commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation sur l'aide juridictionnelle, Sénat, session ordinaire de 2007-2008, Annexe au procès-verbal de la séance du 9 octobre 2007, n° 23.

MICHEL (J.-P.) et GELARD (P.), Rapp. d'information n° 705 (2011-2012) fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale sur la Cour européenne des droits de l'homme, enregistré à la Présidence du Sénat le 25 juill. 2012.

Rapp. d'activité de la Commission des clauses abusives pour l'année 2001, NOR : ECOC0100146X, *BOCCRF* 30 mai 2002.

Résultats du sondage « Le rapport des Français avec la justice » commandé par la commission des lois du Sénat, sept. 2021.

ZOCCHETTO (F.), « Juger vite, juger mieux ? Les procédures rapides de traitement des affaires pénales, état des lieux », rapp. d'information, n° 17 (2005-2006).

ZOCCHETTO (F.), rapp. n° 177 (2006-2007) fait au nom de la commission des lois, déposé le 24 janvier 2007.

INDEX ALPHABETIQUE

Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes.

A

Accès

- Accès à la justice : 2, 15, 19, 55 s., 188, 232, **279 s.**, **318 s.**, 451 s., 545, 553, 772.
- Accès au droit : 188, 195, 292, **319 s.**
- Accès au juge : *Voir* « Droit d'accès au juge »

Accord

- Contenu : 317, 376 s.
- Effets : 401 s.
- Efficacité : 451.
- Exécutoire de plein droit : 369 s., 408.
- Force exécutoire : 128, 364 s., 408, 417 s.
- Formalisme : 364 s., 547 s.
- Nature: 31, 367 s.
- Validité : 374 s.

Acte

- Acte authentique : 11, 364, 366, 447.
- Acte contresigné par avocats : 11, 364, 367, 369, 416, 419, **449**, 478, 548.
- Acte de divorce par consentement mutuel : 11, 552.

Action

- Action civile : nbp 547, 131, 410 s.
- Action de groupe : 421.
- Action publique : 30, 34, 130 s., 315 s., 373, 382 410 s., 435, 540, 653, 737.

Aide

- Aide à l'accès au droit : 326 s.
- Aide à l'intervention de l'avocat dans les procédures non juridictionnelles : 326, 328 s.

- Aide juridictionnelle : 11, 325 s., 328 s., 552 s.
- Aide juridique : 10, 325 s.

Aléa judiciaire : 2, 315, 373, 387, 536, 621 s.

Amiable

- Amiable vs alternatif : 3, 30, 107, 119, 121, nbp 508, 784.
- Domaine : 6 s.
- Terminologie : 620.

Arbitrage : 2, **7 s.**, 30, 210, 255, 475, 526, 562, nbp 2515, 729 s., 762, 766 s.

Autorité de la chose jugée : **111 s.**, 259, 350, nbp 1382, 369, **402 s.**, **436 s.**

Avocat

- Assistance : 298, 304, 315, 325 s., 535, **549 s.**
- Rétribution : 329, 552.
- *Voir* « Droit collaboratif », « Procédure participative assistée par avocat »

B

Bonne administration de la justice : 30, 97, 260, 320, 468, 504, 533, 633, 693.

Bonne foi : 40 s., 171, 211, 596, 606 s., 614, 620.

C

Capacité juridique (de contracter) : 395 s.

Catégorie juridique : 79, 203 s.

Célérité : 210, 212, 441, **460 s.**, 526, 649, 778, 786.

Classement sans suite : 129 s., 411, 512.

Clause abusive : 334, nbp 2045.

Clause de recours préalable et obligatoire à la conciliation et à la médiation :

- Contenu : 337 s.
- Domaine : 332 s.
- Force obligatoire : 314, 347.
- Forme : 338.
- Interprétation : 339 s.
- Mise en œuvre : 342.
- Opposabilité : 343 s.
- Portée : 341.
- Qualification : 337.
- Régime : 110, 308 s., **346 s.**, 610.

Collaboration :

- Des offres de justice : 120 s., 125, 133, 163, 276.
- Des parties au règlement amiable : 531, 593, 601, 605, 614, 619.
- Notion : 595.

Commission d'évaluation et de contrôle de la médiation de la consommation (CECMC) : 684, 694, 717.

Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC) : 315, 382, 435.

Composition pénale : 131, 143, 373, 382, 412, 415, 422, 435, 471, 624, 670.

Conciliation :

- Conciliation vs médiation : *Voir* « Médiation ».
- Durée : 212, 476 s.
- Extrajudiciaire : 143, 363, 477.
- Judiciaire : 178, 258, 363, 365, 420, 476, 659, 725 s.
- Notion : 14.
- Prud'homale : 333, 420, 452, nbp 1866, 546, 567, 583.

Conciliateur :

- Fiscal : 545, nbp 2126.

- Mission : 501, 550, 575, 631, 635, 640, 743, 745, 773.
- Responsabilité : *Voir* « Responsabilité ».
- Statut : 25, 501 s.

Confidentialité : 327, **486 s.**, 607, 629, 695, 726, 728.

- Caucus : 567, 583.
- Confidentialité vs liberté de la presse : 497.
- Confidentialité vs publicité : 275, 486 s., 524, 778.
- Consécration : 171, **492**.
- Définition : 490.
- Exceptions : 501, **507 s.**, 786.
- Matière pénale : 316, 512 s.
- Opposabilité : 493.
- Portée : 496.
- Procédure participative : 515 s.
- Processus collaboratif : 515, 520 s.
- Risque d'instrumentalisation : 523 s.
- Sanctions : 498 s.

Conflit : 1 et s., 35, 101 s.

Conflit d'intérêts : 636, 646, 756.

Conseil national de la médiation : 23, 697, 699.

Conseil supérieur de la magistrature : 642 s., 718.

Consentement :

- Consentement au processus amiable : **385 s.**, 545.
- Définition : 311, 385.
- Renonciation à un droit fondamental : **312 s.**, 342.
- Vices du consentement : 145, **386 s.**, 540.

Consommation :

- *Voir* « Médiateur de la consommation », « Médiation de la consommation », « Règlement en ligne des litiges de consommation »,

« Règlement extrajudiciaire des litiges de consommation ».

Constitutionnalisation : 294 s.

Contractualisation : 34, 62 s., 330 s., 454, 544, 679.

Contradictoire : 557 s., 778

- Consécration : nbp 728, 560 s.
- Contradictoire et administration de la preuve : 514.
- Contradictoire vs contradiction : 558, 562 s., 581.
- Contradictoire vs droits de la défense : 231, nbp 867, 561.
- Contradictoire vs égalité des armes : 538, 561, 573.
- Débat contradictoire : 426, 432, 438(homologation), 629, 768 (récusation).
- Définition : 558 s., 564, 571, 573.
- Devoir de l'avocat : 577.
- Devoir du technicien : 562, 578.
- Devoir du tiers au règlement amiable : 574 s.
- Entretiens séparés (Caucus) : 567 s., 581 s., 746.
- Procédure participative : 117, 579.

Contrat :

- Aboutissement du processus amiable : 31, 34, 191.
- Acceptation : 66, 537.
- Contrat d'adhésion : 317, nbp 1442, 454, 624.
- Contrat vs loi : 64, 69, 454.
- Force normative : 65.
- Force obligatoire : 40, 65, 346, 349, 367, 374, 434.
- Lésion : 388, 537.
- Notion : 64, nbp 128, 69, 367, 454.
- Validité/nullité : 374 s.
- Voir « Accord »

Contrôle de proportionnalité : 272 s., 302 s., 504 s., 629.

Convention européenne des droits de l'homme : 83, 85 s.

- Adhésion de l'Union européenne à la CESDH : 88.

- Autonomie des notions par la CEDH : 86, 238 s., 246 s., 252, 254, 287.

- Voir « Procès équitable », « Règlement amiable devant la CEDH ».

Convention judiciaire d'intérêt public : 130, 422, 435, nbp 1676.

Coopération :

- Notion : 528 s., 594, 604.
- **Principe de coopération loyale** : 588 s., 629, 778, 786.

Créance :

- Voir « Procédure simplifiée de recouvrement des petites créances ».

Culture de l'amiable : 18, 55, 73, 358, 456, 783.

D

Décision juridictionnelle : Voir « Jugement ».

Défenseur des droits : 29, 552, 650, nbp 2702.

Déjudiciarisation : 14, 30, 120 s., 126 s., 146, 264, 771.

Déjuridictionnalisation : 122.

Délai raisonnable : 212, 241, 354, 441, 446, 460 s., 607, 778, 786.
- Voir « Célérité ».

Démocratie participative : 66, 137, 527.

Déontologie :

- Avocat : 562, 577.
- Médiateur/conciliateur : 494, 502, 659 s., 709, 747.

Dialogue (principe) : 210, 213.

Différend :

- Critère d'application du droit processuel : 103 s.
- Définition : 101 s.

Diligence :

- Diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable : nbp 57 et 64, 20, 351.
- Notion : 485.
- Principe : 171, 562, 663, 665.

Discipline juridique : 175.**Droit(s) :**

- Droit d'être entendu : nbp 866, 232, 285, 294.
- Droit de l'Homme : 77, 79, 84.
- Droit de la défense : 230 s., 517 s., 561, 752, 763.
- Droit indisponible : 165, 268, nbp 1958.
- Droit naturel : 76, 79 s., 155 s., 196, 227 s., 276, 533, 568, 771.
- Droit souple : 151 s.
- Droit vs règle de droit : 150.
- Non-droit : 146, 147 s., nbp 650, 223, 233, 582.

Droit à l'exécution : 279, 361 s.

- Droit à l'exécution d'un règlement amiable : 445 s., 786.
- Droit à l'exécution d'une décision : 441 s.

Droit à un règlement amiable : 156, 171, 281, 330 s., 450, 451 s., 786.**Droit collaboratif : 11, nbp 1411, 520 s., 728.****Droit d'accès au juge : 281 s., 451.**

- Consécration : 290 s.
- Définition : 283 s., 320 s.
- Droit à la preuve : 503, 505.
- Lien avec le droit à l'exécution : 441, 453.
- Limites : nbp 1008, 299 s.
- Protection juridictionnelle : 600.

- Voir « Prescription », « Renonciation – au droit d'accès au juge ».

Droit processuel :

- Champ d'application : 276.
- Constitutionnalisation : 295.
- Historique : 95.
- Modélisation : 150, 156, 157 s., 172, 180, 183, 195 s., 209, 455 s.
- Notion : 49, 51, 53, 57, 278, 782, 784.
- Renouvellement : 50 s., 59, 92 (mondialisé), 94 s., 144, 174, 277, 778.

Droits fondamentaux : 48, 50, 76 s., 80 s., 86 s., 89.

- Droits fondamentaux vs droits de l'Homme : 79.
- Droits fondamentaux vs libertés publiques : 79.
- Processuels : 80, nbp 320, 86, 88, 92, 154, 215, 272, 279, 456, 612, 777 s.
- Rôle : 142.
- Substantiels : 80.

E**Effet**

- Direct: 90.
- Extinctif : 112, 401 s., 435, 438.
- Relatif: 34, 69, 345.

Égalité : 37, 56, 73 s., 171, 238, 435, 529.

- Égalité de tous devant la loi : nbp 1203, 532, 772.
- Égalité des chances : 223, 535, 555.
- Égalité vs équité : 218 s., 222.

Égalité des armes : 530 s., 778.

- Connaissance du processus : 545 s.
- Consécration : nbp 873, 533, 662.
- Égalité des armes vs contradictoire : Voir « Contradictoire ».
- Matière administrative : 539, 541.
- Matière fiscale : 539, 542.
- Matière pénale : 539 s.
- Notion : 222, 232, 530 s., 545.

Équilibre :

- Équilibre vs équité : 223.

Équité: 45, 171, **216 s.**, 227 s., nbp 873, 268, 276, 428, 629, 646, 743.

État :

- Affaiblissement : 34, 60, 69 s., 108, 137.
- Obligations : 323, 325, 443 (positives), 485, 657.
- Responsabilité : 464, 466, 541.

État de droit : 55, 80, nbp 312, 193, 224, 281, 284, 442, 555, 562, 637, 657, 698.

Exécution : *Voir* « Droit à l'exécution ».

Exigence d'une bonne justice : *Voir* « Bonne administration de la justice ».

Expert : 116 s., 423, 500, 522, 578, 686, nbp 2799, nbp 3002, 763 s.

Européanisation : *Voir* « Internationalisation ».

F

Fin de non-recevoir : 110 s., 339, 437.

- Application aux clauses préalables et obligatoires de règlement amiable : *Voir* « Clause – Régime ».
- Notion : 110, 403.
- Régime :
 - o Régularisation : 110, 115, 349, 452.
 - o Relevée d'office par le juge : 110, 115, 348, 351, 403, nbp 2159.
- Renonciation : 118, 348.

Fondamentalisation : **76 s.**, 95, 142.

Force exécutoire : 128, 264, 364, 366 s., 408, 417 s., **433 s.**, 444, 447.

H

Homologation : 11, 13, 329, **416 s.**

- Action en homologation vs en nullité : 437.
- Caractère facultatif : 128, 420.
- Contrôle du juge : 133, 264, 317, 382, 419, **428**, 438.
- Décision d'homologation : 365, 429 s., 524.
- Effets : 382, 427, **433 s.**
- Homologation obligatoire : 264, 421 s., nbp 1691.
- Modalités procédurales : 423 s.
- Nature : 33, 257, 432.
- Notion: 418 s.

Homomorphisme : 205 s.

Hybride : 34, 49, 145, 177, 262, 268, 349, 361 s., 450, 456, 536, 612, 731.

I

Impartialité : **700 s.**, 774 s., 778.

- Abstention : 717.
- Approche objective (cumul des fonctions) : 721 s., 736.
- Approche subjective : 733 s.
- Consécration : 171, 186, 664, **703 s.**, 783.
- De l'arbitre : 729 s.
- Définition : 630, 700, 707.
- Du juge : 106, 186 (juge adm.), 301, 701, 715, 725 s.
- Du médiateur de la consommation : 708, 717, **740**.
- Du médiateur pénal : 672 s., **737 s.**
- Du technicien : 562.
- Du tiers médiateur/conciliateur : 268, 509, 538, 661 s., 708 s., 715 s.
- Multi-partialité : 744 s., 773, 776.
- Récusation : *Voir* « Récusation ».

Indépendance : **632 s.**, 774 s., 778.

- Consécration : 633 s., 660 s., 783.
- Définition : 630, 632, 641.
- Du juge : 253, 301, 634 s.
- Du médiateur de la consommation : 645, 662, 684.
- Du médiateur institutionnel : 645.
- Du ministère public : 652 s., 737.

- Du tiers conciliateur/médiateur : 634 s., 655, 659 s.
- Indépendance vs impartialité : 630, 665, 710, 716.
- Séparation des pouvoirs : 637.
- Suspensions en matière de consommation : 676 s.
- Suspensions en matière pénale : 654, 669 s.

Individualisme : 137 s., 161, 615, 622.

Institutionnalisation :

- Des règlements amiables : 3, 15 s., 53, 143 s., 175, 180, 190 s., 277, 281, 351 s., 361, 454, 510, 658, 676, 690, 695, 777 s.

Internationalisation :

- Phénomène : 64, 76, 83 s., 95, 157, 216, 233, 235.
- Primauté du droit supranational : 90 s., 599.

Irrecevabilité : Voir « Fin de non-recevoir ».

J

Juge

- Administratif : 346, 369, 408, 423, 466, 757.
- Contrôle : 178, 262 s., 267, 271, 485, 640.
- Désignation : 642 s.
- Dessaisissement du juge : nbp 711, nbp 971.
- Mission de conciliation (CPC, art. 21) : 122, nbp 728, 659, 727.
- Rôle : 550, 564, 631, 659, 725, 743.

Jugement : 31 s., 51, 57, 105, 111 s., 218, 257, 361, 382, 402, 419, 428, 430 s., 444, 448, 450, 471, 488, 566, 698, 702, 719, 726, 743.

Jus commune: 196 s.

Justice :

- Amiable : 1, 36, 52, 98 s., 120 s., 123, 136, 149, 168, 175, 190, 199, 280, 322, 324, 450, 457, 460, 628, 778 s., 784.
- Étatique : 1, 22, 36, 55, 63, 99 s., 120 s., 168, 172, 199, 322, 460, 631, 779.
- Finalité de justice : 105.
- Notion : 57, 225, 284.
- Participative : 63, 122.
- Plurielle : 2, 22, 107 s., 135, 143, 146, 281, 318 s., 786.
- Rôle : 101.

L

Liberté contractuelle : 40 s., 145 s., 168, 171, 268 s., 273, 376, 449, 456, 606, 610.

Libertés publiques : 79.

Licéité :

- Contenu du contrat : 375 s.
- Licéité de la clause : 110, 332 s., 347.

Litige : 1, 101 s., 106.

Loyauté : nbp 693, 210 s., 392, 484, 523, 580, 596, 606 s., 614, nbp 2488 et 2489, 672, 738.

- Voir « Preuve ».

M

Managérialisation : 179, 357, 781.

Mécanisme juridique : 164 s., 174, 197.

Med-Arb : 731, 767.

Médiateur :

- Désignation : 645.
- Diplôme : 690.
- Durée du mandat : nbp 710, 648 s.
- Formation : 510, 523, 675, 683, 687, 690 s., 699, 776, 786.
- Liste de médiateurs : 683 s.
- Médiateur de la consommation : 25, 30, 576, 645 s., 676 s., 684, 717.

- Médiateur aux entreprises : 676 s.
- Médiateur de l’Autorité des marchés financiers : 650, nbp 2694.
- Médiateur de l’enseignement agricole technique et supérieur : 645.
- Médiateur de la République : *Voir* « Défenseur des droits ».
- Médiateur des ministères économique et financiers : 542.
- Médiateur du cinéma : 29.
- Médiateur du crédit aux entreprises : 676.
- Médiateur du ministère de l’économie, des finances et de l’industrie : 650.
- Médiateur du tourisme et des voyages : 29
- Médiateur institutionnel/public : 29, 445, 645, 677, 680, 684.
- Médiateur national de l’énergie : 29, 645, 650, 676, 680.
- Médiateur familial : 690.
- Médiateur pénal : 501, 669 s.
- Professionnalisation : **691 s.**, 786.
- Rémunération: 23, 25, nbp 710, 263, 430, 640, 679, 712, 740.
- Responsabilité : v.
- Rôle/mission : 25, 178, 550, 576, 631, 635, 647, 743, 745, 773.

Médiation :

- Définition : 14, 26, 29, 32, 448, 477.
- Durée de la médiation : nbp 698, 212, 476 s., 649
- Médiation administrative : 16, 19, 27, 128, 143, 192, 250, 317, 408, 420, 471, 541.
- Médiation de la consommation : 25, 29, 30, 334, 477, 479, 546, 576, 647, 655, 676 s., 698, 740 s., 767.
- Médiation devant la Cour de cassation : 2, 42.

- Médiation extrajudiciaire (ou conventionnelle) : 14 s., 29, 122, 143, 264 s., 270, 328, 363, 431, 477, 492, 553, 665, 708, 768, 771.
- Médiation familiale : nbp 1358.
- Médiation judiciaire : 14 s., 29, 122, 178, 258, 263, 328, 351, 363, 365, 420, 431, 476, 492, 512, 552, 640, 659.
- Médiation pénale : 30, 130, 143, 192, 316, 329, 413 s., 435, 512 s., 540, 654, 669 s., 737.
- Médiation vs conciliation : 25 s., 786.

Mesures alternatives aux poursuites : 129, 192, 243, 245, 267, 410 s., 435, 670 s., 786.

- Consentement : 315 s., 540.
- Essor : 540.
- *Voir* « Composition pénale », « Convention judiciaire d’intérêt public », « Médiation pénale ».

Ministère public :

- Indépendance : *Voir* « Indépendance – du ministère public ».
- Opportunité des poursuites : 129, 245, 373, 411, 540, 653, 669.
- Rôle : 315, 540, 737.

N

Négociation :

- Négociations informelles : 10.

Neutralité : 505, **711 s.**, 734 s., 739.

Normativité : 72.

Notaire : 11, 258, 263, 271, 364, 447.

- Acte notarié : 446 s.

O

Obligation :

- Obligation d’information : 171, 545 s.
- Obligation de motivation : 101.

- Obligation de recours à un règlement amiable des différends : Voir « Tentative de règlement amiable préalable obligatoire ».

Ordre public : 266 s., 376 s., 383, 428, 507 s.

- Définition : 378.
- Ordre public de direction : 267, 383.
- Ordre public de protection : 268, 383.

P

Parquet : Voir « Ministère public ».

Perte de chance : 536, 555, 607.

Plateforme européenne de règlement en ligne des litiges : 646.

Pluralisme : 159 s., 276.

Postmodernité : 60.

Prescription : 10 s., 110, 411, 479 s.

- Interruption : 481.
- Suspension : 309 s., 480, 610.

Présomption d'innocence : 315, 463.

Preuve :

- Administration de la preuve : 334, 514, 584.
- Droit à la preuve : 503 s., 518.
- Loyauté de la preuve : 514, 596, 606.

Principe dispositif : 116, 167, 184.

Principes directeurs :

- Émergence de principes directeurs de la justice amiable : 170 s.
- Insertion dans les codes de procédure : 183 s.
- Notion : 44 s., 469.
- Principe vs règle : 41, 44, 46, 94, 158.
- Principes du droit des contrats : 40, 171.

- Principes du procès (procéduraux) : 50, 94, 158 s., 169 s., 172, 178, 184 s., 195, 268, 274 s., 455, 626, 629, 784, 786.

- Rôle : 47.

- Triptyque processuel : 210 s. – Voir « Célérité », « Dialogue », « Loyauté ».

Principes fondamentaux processuels : 50 s., 83 s., 93, 95, 156, 171, 177, 192, 196, 199 s., 207 s. (homomorphisme), 262, 274 s., 438, 459 s., 523, 525, 555.

Procéduralisation : nbp 266, 94, 137, 144, 190 s., 195, 783.

Procédure :

- Accusatoire : nbp 768, 230, 538.
- Définition : 32 s., 173, 458.
- Gracieuse : 257, 263, 427, 432, 439, 542.
- Inquisitoire : 1, 129, nbp 768, 230, 538.

Procédure de sauvegarde des entreprises :

- Procédure de conciliation : 476.

Procédure participative assistée par avocat : 13.

- Aux fins de mise en état : 13, 116 s., 179, 478, 519.
- Aux fins de règlement amiable des différends : 13.
- Convention : 13, 171, 338, 404 (inexécution), 518, 548, 579.
- Suspension prescription : 309, 480.

Procédure simplifiée de recouvrement de petites créances : 264, 353.

Procès : 105 s., 144, 156, 160, 180, 184, 223, 454, 490, 526, 534, 538, 540 (pénal), 564 s.

Procès équitable : 50 s., 84, 86 s., 89, 156, 293, 441, 446, 454.

- Applicabilité du modèle : 235 s., 276.

- Domaine d'application : 236 s.
- Organe/Tribunal : 252 s., 260 s., 287.
- Appréciation : 554.
- Définition : 224.
- Modèle : 157 s., 215 s., 226, 270 s., 275, 277, 455 s., 629, 778, 782, 784, 786.
- Rattachement au droit naturel : 229 s.

Processus :

- Définition : 32, 173

Professions règlementées : nbp 2833, 786.

Proportionnalité : *Voir* « Contrôle de proportionnalité ».

Publicité : nbp 728, 275, 460, 486 s., 524 s., 527, 538, 778.

Q

Qualité :

- Justice de qualité : 210, 457, 468 s., 560, 586, 628 s.

Québec :

- Cadre juridique : nbp 183, 193, 529.
- Obligation de considérer un règlement à l'amiable : nbp 756, nbp 1395.

R

Récusation :

- Arbitre : 729, 751, 762, 766 s.
- Définition : 751.
- Interprète : 763 s.
- Juge : 706, 749, 751 s.
- Jurés de cour d'assises : nbp 2956, 754, 762.
- Médiateur (Méd-arb) : 767.
- Ministère public : 763 s.
- Technicien : 763 s.
- Tiers au règlement amiable : 765 s., 773, 786.

Redressement judiciaire (procédure) : 479.

Référé: nbp 77, 335 s., 426, 430.

Règle :

- Définition : *Voir la distinction* « Principe vs règle ».
- Règle impérative : 268, 381.

Règlement :

- Règlement amiable devant la CEDH : 2.
- Règlement Extrajudiciaire des Litiges de la Consommation : 17, 334, 662, 677.

Régulation : 2, 33, 71, 136, 176, 261, 327, 647, 682.

Renonciation :

- Notion : 307, 311.
- Renonciation à la faculté de récuser : 706, 760, 763, 767.
- Renonciation au droit d'accès au juge : 282, 307 s., 338, 385, 396, 404, 414, 489, 547.
- Renonciation aux droits protégés par une règle impérative ou d'ordre public : 268, 383.

Renvoi pour cause de suspicion légitime : 706, 750, 754.

Requête : 21, 335, 351, 425 s., 481, 518.

Réseau : 72, 156, 166, nbp 683, 597, 719, 780.

Responsabilité : 498 s., 509, 517.

- Civile : 497, 500, 536.
- Contractuelle : 521, 607.
- Disciplinaire : 502, 517.
- Pénale : 501, 517.

Révocation :

- Arbitre : 766.
- Tiers au règlement amiable : 766, 771, 773, 786.

S

Secret professionnel : 490, 501 s., 517 s., 520, 576, 672, 738.

Sécurité juridique : 169, 220, 270, 319, 361, 404, 414, 438, **442**, 477, 646.

Sentiment d'accès à la justice : 2, 55, 94, 162.

Serment : 494, 502 (conciliateur), 660, 672, nbp 3010, 738.

Service public de la justice : 258, 279, 327, 358, 464, 466, 786.

Solidarisme :

- Contractuel : 606, 612, **613 s.**
- Procédural : **619 s.**

Solidarité : 597, 609, 614 s.

- Mécanique vs organique (DURKHEIM) : 138.

Syllogisme : 202, 458, 559, 566.

T

Technicien : *Voir* « Expert ».

Tentative de médiation familiale préalable obligatoire (TMFPO) : 179, 351, nbp 2166.

Tentative de règlement amiable préalable obligatoire :

- Appréciation du délai raisonnable de la procédure : 478.
- Assistance : *Voir* « Avocat ».
- Consécration : **19 s.**, 179, 324, **351 s.**, 452, 783, 786.
- Exceptions : 264, 351, 353 s., 481.
- Tentative obligatoire vs droit d'accès au juge : 281, 302 s., 309, 314, 353, 481.
- Tentative obligatoire vs saisine du juge des référés : nbp 1283.

Théorie des jeux : 621.

Transaction :

Concessions réciproques : 12, nbp 750, 317, 371, 373, 383, 404.

Effets processuels : 111 s., 369, 395 s., 403 s.

Forme : 191.

Nature: 12, 31.

Nullité: 390 s.

Transaction administrative : 317, 383, 407 s., 420, 423.

Transaction pénale : 132, 414, 422, 435.

Transaction sur des droits protégés par une règle impérative : 268.

Transparence : 171, 268, 483, 489 s., 508, 527, 545, 564, 573, 577, 580 s., 596, 645, 699, 740.

Tribunal : *Voir* « Procès équitable – Tribunal ».

V

Validation : 131, 382, 412, 422, 435.

Validation vs homologation : 422, 428, 435.

Vérité : 106, 403, 514.

Vérité vs réalité : 559.

TABLE DES MATIERES

Remerciements	I
Sommaire	III
Liste des abréviations.....	V
Introduction	1
I – Le besoin d’une clarification du contexte de l’amiable	5
A) Contexte et institutionnalisation des règlements amiables	6
1. La sphère de l’étude : les règlements amiables des différends	6
2. L’institutionnalisation des règlements amiables des différends	11
B) Des précisions terminologiques et épistémologiques attendues.....	20
1. L’obsolescence de la distinction médiation-conciliation	20
2. Caractérisation du processus de médiation et réappropriation de son essence ...	25
C) La détermination de la nature des règlements amiables.....	28
II – La question du respect des garanties processuelles fondamentales des parties au règlement amiable	33
A) L’établissement d’un corpus de principes directeurs de l’amiable, entre nécessité et réticences	34
B) Vers une perspective renouvelée de l’opportunité de considérer l’application de principes directeurs dans les règlements amiables	38
Première Partie : Enrichissement de l’offre de justice par la processualisation des règlements amiables	45
Titre 1 : Du pluralisme de la justice.....	49
Chapitre 1 : Attraction des règlements amiables par le droit processuel.....	51
Section 1. Justice française en mutation et droit processuel renouvelé.....	52
Paragraphe 1 : Contractualisation de la justice.....	54
A) Le phénomène de contractualisation	54
1. Bienfaits du phénomène de contractualisation	55
2. Complexité du phénomène de contractualisation.....	58
B) Les enjeux de la contractualisation.....	60
Paragraphe 2 : Fondamentalisation du droit.....	65
A) Le phénomène de fondamentalisation	66

B) Le développement de la fondamentalisation sous l'influence de l'europanisation du droit	71
Section 2. Élargissement du droit processuel par l'intégration des règlements amiables	83
Paragraphe 1 : Les règlements amiables, une justice complémentaire à la justice traditionnelle.....	85
A) Les rapprochements perceptibles entre les différentes formes de justice	87
1. Le différend, matière première de la justice	87
2. Une finalité, faire œuvre de justice.....	90
3. Des effets processuels similaires	93
B) La collaboration entre les différentes formes de justice.....	101
1. Un système de justice unifié.....	103
2. Déjudiciarisation vs judiciarisation	107
Paragraphe 2 : Les règlements amiables, une justice nécessairement encadrée.....	116
A) Les raisons à l'établissement de principes directeurs de la justice amiable	117
1. La montée en puissance de l'individualisme post-moderne.....	117
2. Institutionnalisation des règlements amiables et consécration d'un schéma processuel commun	121
B) L'adaptabilité du droit au sein de la justice amiable.....	124
Conclusion du Chapitre 1	130
Chapitre 2 : Recours au modèle universel du procès équitable par les règlements amiables	133
Section 1 : Un modèle processuel applicable à l'ensemble des modes de règlement des différends.....	134
Paragraphe 1 : Un pluralisme des modes de règlement des différends	134
A) La reconnaissance d'un pluralisme juridique	135
B) L'essor des règlements amiables au cœur du système pluriel	141
Paragraphe 2 : L'unité structurelle du système de justice	149
A) Une unité programmée.....	149
1. Programmation par l'insertion de principes communs en tête des codes	149
2. Programmation par l'insertion des règlements amiables dans les codes	153
B) Une unité consacrée	156
C) Une unité démontrée	159
1. Démonstration par le biais d'un raisonnement mathématique.....	159
2. Démonstration par la reconnaissance d'un triptyque processuel.....	163
Section 2 : Le modèle du procès équitable et son applicabilité au sein des règlements amiables.....	166

Paragraphe 1 : L'essence du modèle universel du procès équitable	166
A) L'équité au cœur du modèle universel du procès équitable.....	166
B) Le modèle universel du procès équitable comme manifestation du droit naturel ...	174
Paragraphe 2 : L'applicabilité du modèle du procès équitable aux règlements amiables	180
A) Le domaine des garanties du procès équitable	181
1. L'objet du différend.....	181
a. Appréciation du bienfondé d'une accusation en matière pénale	182
b. L'existence d'une contestation sur des droits et obligations de caractère civil	186
2. La nature de l'organe résolutoire du différend.....	188
B) La soumission des règlements amiables aux exigences du procès équitable	194
1. Analyse de l'étendue de l'application du modèle du procès équitable aux règlements amiables	195
2. Contrôle de proportionnalité des droits en présence aux fins d'une procédure amiable équitable.....	204
Conclusion du Chapitre 2	207
Conclusion du Titre 1.....	209
Titre 2 : Du droit d'accéder à la justice.....	211
Chapitre 1 : Droit d'accès au juge et droit à un règlement amiable.....	213
Section 1 : La renonciation du droit au juge au profit d'un règlement amiable.....	214
Paragraphe 1 : Le droit d'accès au juge, un droit fondamental.....	214
A) Définition et contours du droit d'accès au juge.....	214
B) Consécration du droit d'accès au juge.....	217
1. Consécration du droit au juge au niveau supranational.....	217
2. Consécration du droit au juge au niveau national	219
Paragraphe 2 : Les limites au droit d'accès au juge	223
A) La remise en cause de l'absoluité du droit au juge	223
B) La renonciation du droit au juge et le recours au règlement amiable.....	229
1. Une renonciation temporaire	230
2. Une renonciation libre	234
Section 2 : Une offre de justice diversifiée, entre droit à un règlement amiable et droit au juge	241
Paragraphe 1 : Le droit d'accès à une justice plurielle.....	241
A) Accès à la justice et accès au droit	242
B) Les garanties pour un accès à la justice amiable	245
Paragraphe 2 : La généralisation des règlements amiables, vers un droit au règlement amiable	251

A) La contractualisation des procédures de règlement amiable des différends	251
1. Le domaine des clauses préalables et obligatoires de règlement amiable des différends.....	252
2. Le contenu des clauses préalables et obligatoires de règlement amiable des différends.....	261
3. Régime juridique des clauses préalables et obligatoires de règlement amiable des différends.....	267
B) L'institutionnalisation des règlements amiables préalables obligatoires	272
Conclusion du Chapitre 1	281
Chapitre 2 : Droit à l'exécution d'une décision de justice et droit à l'exécution d'un accord amiable	283
Section 1 : Issue du règlement amiable et difficultés tenant à sa nature hybride.....	283
Paragraphe 1 : Issue du règlement amiable et accord conclu.....	284
A) La forme juridique de l'accord.....	284
B) La nature juridique de l'accord.....	287
Paragraphe 2 : Les conséquences liées à la nature contractuelle de l'accord amiable	293
A) La licéité de l'accord amiable	294
1. L'exigence de licéité du contenu du contrat.....	295
2. L'assouplissement de l'exigence de la licéité du contenu du contrat.....	296
B) Le consentement des parties au processus amiable.....	300
C) La capacité et le pouvoir de contracter en vue de résoudre un différend à l'amiable	308
Paragraphe 3 : L'effet extinctif lié à la nature processuelle de l'accord amiable.....	310
A) L'effet extinctif de l'accord amiable en matière civile.....	310
B) La transposition de l'effet extinctif de l'accord amiable en matière administrative	314
C) La transposition de l'effet extinctif de l'accord amiable en matière pénale	316
Section 2 : Issue du règlement amiable et droit à son exécution.....	321
Paragraphe 1 : Homologation de l'accord amiable et force exécutoire.....	322
A) Le droit de soumettre l'accord amiable à l'homologation du juge	322
B) Les modalités procédurales en vue de l'homologation	327
C) La décision d'homologation de l'accord amiable	333
1. Le contenu et la nature de la décision d'homologation de l'accord amiable	333
2. Les effets de la décision d'homologation de l'accord amiable	336
Paragraphe 2 : La reconnaissance générale d'un droit à l'exécution des règlements des différends	343
A) Le droit à l'exécution d'une décision de justice.....	343

B) La reconnaissance d'un droit à l'exécution d'un règlement amiable	348
Conclusion du Chapitre 2	353
Conclusion du Titre 2.....	355
Conclusion de la première partie	357
Deuxième Partie : Adaptabilité des principes du procès équitable aux règlements amiables	359
Titre 1 : Les garanties tenant à la qualité du processus amiable	361
Chapitre 1 : Pour une efficience du processus amiable	363
Section 1 : L'exigence de célérité et le droit à un délai raisonnable	364
Paragraphe 1 : Objectifs et fondements de l'exigence de célérité.....	364
A) L'exigence de célérité, indissociable du procès	365
B) L'exigence de célérité, fondement du règlement amiable.....	374
Paragraphe 2 : Techniques et encadrement de l'exigence de célérité au sein des règlements amiables	377
A) L'encadrement législatif de l'exigence de célérité au sein des règlements amiables	377
B) L'encadrement nécessaire de l'exigence de célérité	386
Section 2 : Le principe de confidentialité vs le principe de publicité	388
Paragraphe 1 : Le retrait du principe de publicité au profit du principe de confidentialité	388
Paragraphe 2 : Le cadre juridique de la confidentialité au sein des règlements amiables	393
A) La consécration du principe de confidentialité au sein des règlements amiables ...	393
B) Les conséquences et les sanctions de la violation du principe de confidentialité pour les participants au processus amiable	399
1. Violation du principe de confidentialité et engagement de la responsabilité de son auteur	400
2. Violation du principe de confidentialité et irrecevabilité des preuves produites en justice.....	405
Paragraphe 3 : La relativité du principe de la confidentialité.....	411
A) Un principe de confidentialité et des exceptions imprécises.....	411
B) Un principe de confidentialité et une application diversifiée.....	414
1. Le principe de confidentialité et la matière pénale.....	414
2. Une application du principe de confidentialité diversifiée selon les modes amiables de règlement des différends.....	418
a. Une confidentialité limitée dans le cadre de la procédure participative.....	419
b. Une confidentialité renforcée dans le cadre du processus collaboratif	423

C) La fragilité du principe de confidentialité liée à la sauvegarde d'une procédure équitale	425
Conclusion du Chapitre 1	427
Chapitre 2 : Pour une coopération dans le processus amiable	431
Section 1 : Le principe de l'égalité des armes et les règlements amiables.....	432
Paragraphe 1 : Le principe d'égalité des armes et son équivalent dans les règlements amiables	433
A) Le principe processuel fondamental de l'égalité des armes et l'amiable.....	433
1. L'accommodation du principe de l'égalité des armes au sein des règlements amiables.....	434
2. Le rôle du principe de l'égalité des armes pour corriger les déséquilibres et garantir l'horizontalité des pouvoirs entre les parties.....	440
B) Les rapports de force entre les parties au processus amiable et le principe de l'égalité des armes	442
Paragraphe 2 : Les remèdes pour garantir le principe de l'égalité des armes au sein des règlements amiables	449
A) L'égalité dans la connaissance du processus amiable.....	449
B) L'égalité par l'assistance d'un professionnel du droit.....	454
Section 2 : Le principe du contradictoire et les règlements amiables	462
Paragraphe 1 : Le principe du contradictoire, distinct de la contradiction.....	463
A) Contradictoire et contradiction : le principe et sa mise en œuvre	464
B) L'appréhension du contradictoire et de la contradiction au sein des règlements amiables : une perception ambivalente.....	472
Paragraphe 2 : Le principe du contradictoire, pour la recherche d'une solution juste	476
A) Le contradictoire, essence des règlements amiables	476
1. Pour la reconnaissance de l'application du principe du contradictoire au sein des règlements amiables : arguments définitionnels	477
2. Pour la reconnaissance du principe du contradictoire au sein des règlements amiables : arguments techniques	479
3. Analyse des risques du rejet du principe du contradictoire dans les règlements amiables.....	484
B) Adaptation du principe du contradictoire aux règlements amiables	485
Section 3 : Le principe de coopération loyale	491
Paragraphe 1 : L'admission du principe de coopération loyale et la fidélisation des parties	492
A) Un principe issu de la construction européenne.....	492
1. Émergence du principe de coopération loyale.....	492
2. Contenu du principe de coopération loyale	495

3. Enjeux du principe de coopération loyale	498
B) Un principe inhérent à la réussite du processus amiable	501
1. Le principe de coopération loyale, fondement essentiel des règlements amiables	502
2. Le principe de coopération loyale, fondement identitaire des règlements amiables	510
Paragraphe 2 : L'objectif solidariste du principe de coopération loyale	513
A) Influences du solidarisme contractuel	513
B) Le solidarisme procédural au cœur des règlements amiables	519
Conclusion du Chapitre 2	526
Conclusion du Titre 1	527
Titre 2 : Les garanties tenant à la qualité du tiers-intervenant.....	529
Chapitre 1 : L'exigence d'un tiers indépendant	533
Section 1 : Le principe d'indépendance dans les règlements amiables.....	533
Paragraphe 1 : Le droit à un tiers indépendant	534
A) Un tiers autonome dans ses liens processuels	535
1. Le tiers vis-à-vis de l'extérieur.....	536
2. Le tiers vis-à-vis de l'intérieur du système de justice	538
B) Le contrôle de l'exigence de l'indépendance du tiers au sens de l'article 6 § 1 de la Convention européenne	540
1. Premier critère : le mode de désignation	540
2. Deuxième critère : la durée du mandat.....	545
3. Troisième critère : l'existence d'une protection contre les pressions extérieures	548
4. Quatrième critère : l'apparence d'indépendance	554
Paragraphe 2 : La consécration du droit à un tiers indépendant dans le cadre de la justice amiable	555
A) Une reconnaissance progressive du principe d'indépendance du tiers au règlement amiable	555
B) Une consécration définitive au regard de l'inscription de l'exigence d'indépendance du tiers dans la loi n° 95-125 du 8 février 1995	559
Section 2 : La nécessaire précision du statut du tiers en réponse aux doutes relatifs à son indépendance	563
Paragraphe 1 : Les cas douteux d'indépendance du tiers	563
A) Les suspicions en matière pénale	563
B) Les suspicions en matière de consommation.....	568
Paragraphe 2 : Des remèdes pour garantir l'indépendance du tiers	574
A) L'établissement de listes de médiateurs	575

B) Le développement de la formation des médiateurs, gage d'indépendance du tiers	580
Conclusion du Chapitre 1	588
Chapitre 2 : L'exigence d'un tiers impartial	591
Section 1 : Le principe d'impartialité dans les règlements amiables	592
Paragraphe 1 : Le droit à un tiers impartial	593
A) Le principe fondamental de l'impartialité du tiers	593
1. L'impartialité, garantie du procès équitable applicable dans l'ensemble des règlements des différends	593
2. Distinction entre l'impartialité et la neutralité du tiers	598
B) Opportunité et enjeux de la reconnaissance de l'impartialité du tiers au règlement amiable	601
1. L'impartialité, un devoir assumé par le tiers	602
2. L'impartialité, fondement de légitimité de la justice amiable	604
Paragraphe 2 : Les approches objective et subjective de l'impartialité du tiers dans les règlements amiables	606
A) L'approche objective	606
B) L'approche subjective	615
Section 2 : L'adaptation nécessaire du principe d'impartialité au rôle du tiers dans les règlements amiables	622
Paragraphe 1 : Impartialité du juge et « multi-partialité » du tiers au règlement amiable	623
Paragraphe 2 : L'opportunité de la récusation du tiers partial	628
A) La sanction de l'absence d'impartialité : la récusation	628
B) La récusation dans les règlements amiables	642
Conclusion du Chapitre 2	649
Conclusion du Titre 2	651
Conclusion de la deuxième partie	653
Conclusion générale	655
Annexe 1 : Propositions de textes	661
Annexe 2	663
Annexe 3	664
Annexe 4	665
Annexe 5	666
Annexe 6	667
Annexe 7	668
Bibliographie	669

Index alphabétique.....	721
Table des matières.....	731

Titre : Les règlements amiables des différends à l'épreuve des principes directeurs du procès. Étude de droit processuel.

Les règlements amiables des différends, dont les contours restent encore flous, s'illustrent lorsqu'un différend est résolu de manière pacifiée, autrement que par un règlement juridictionnel dans lequel le juge tranche un litige.

Ces modes amiables sont aujourd'hui, et depuis quelques décennies déjà, au-devant de la scène juridique. Bien plus qu'un effet de mode, ils apparaissent comme nécessaires au bon fonctionnement de la justice. En effet, au regard d'une demande en justice exponentielle, il est apparu comme un besoin essentiel d'éviter, ou du moins, d'adapter le contentieux. Les dernières réformes s'inscrivent dans ce mouvement consistant à encourager les justiciables à recourir davantage à ces processus qui assurent, par le dialogue, l'écoute et le partage, la mise en place d'une société plus humanisée, plus coopérative et moins individualiste.

Les règlements amiables permettent aux parties de trouver une solution hors de l'univers strict du droit. Nonobstant la souplesse inhérente à ces processus, la contemplation attentive de l'évolution de la justice amiable montre très clairement que les règlements amiables ne se réalisent pas en l'absence de toute forme. Les parties ne peuvent, en effet, conclure un accord non conforme à l'ordre public, ou auquel elles n'adhèrent pas. Il est alors essentiel d'opérer une conciliation entre la liberté des parties (autonomie) et le respect de leurs droits (protection). Eu égard à la consécration d'une offre de justice diversifiée, il apparaît une justice plurielle soumise à un certain nombre de garanties, exprimées sous la forme de principes fondamentaux du droit processuel.

L'évolution de la théorie générale du procès vers la reconnaissance d'une théorie générale du droit processuel dans son ensemble offrira la perspective d'une véritable complémentarité entre la justice étatique et la justice amiable.

Title: Alternative dispute resolution instrument to test the fundamental principles of court proceedings.

Alternative dispute resolution, the outlines of which are still unclear, are illustrated when a dispute is resolved in a peaceful manner, by other means than by a jurisdictional settlement where the judge decides a dispute.

These alternative methods have been at the forefront of the legal scene for several decades already. Much more than a passing trend, they appear to be necessary for a proper functioning justice system. Indeed, in view of an exponential demand for justice, they appeared as an essential step in the avoidance, or at least, the adaptation of litigation. The latest reforms are part of this movement to encourage litigants to make greater use of these processes which, through discourse, listening and sharing, ensure the development of a more humanized, more cooperative, and less individualistic society.

Alternative dispute resolution allows parties to find a solution outside the strict world of the law. Notwithstanding the inherent flexibility of these processes, careful consideration of the evolution of alternative dispute resolution shows very clearly that alternative settlements are not achieved in the absence of any structure. The parties may not, in fact, come to an agreement which does not conform to public order or to which they do not adhere. It is therefore essential to reconcile the freedom of the parties (autonomy) with respect for their rights (protection). In view of the consecration of a diversified offer of justice, a plural justice appears subject to a certain number of guarantees, expressed in the form of fundamental principles of procedural law.

The evolution of the general theory of trial towards the recognition of a general theory of procedural law as a whole will offer the prospect of a true complementarity between state justice and amicable justice.