

Panorama des modes alternatifs de règlement des conflits en droit français[#]

Loïc CADIET*

1. Cette communication, qui a pour objet de présenter l'état de la question des modes alternatifs de règlement des conflits en France, ce que l'on appelle les ADR (*Alternative Dispute Resolution*) dans la langue anglo-américaine, n'a aucune prétention à l'exhaustivité ; il s'agit simplement de donner quelques indications sur les évolutions en cours. Ainsi limité, l'argument général de mon propos est double : d'une part, que les modes alternatifs de règlement des conflits ne sont pas un phénomène aussi récent qu'on veut bien le dire mais qu'ils me semblent marqués, du point de vue français, du double sceau de la tradition et de la modernité, ce qui n'est pas contradictoire ; d'autre part, qu'ils ne se développent pas en opposition avec les modes de solution juridictionnelle mais s'inscrivent au contraire, avec ces derniers, dans un même système de justice plurielle. J'essaierai de le montrer à partir de deux questions que j'aborderai successivement : que faut-il entendre par MARC (I) et où en sont les MARC aujourd'hui (II) ?

I. – Que faut-il entendre par modes alternatifs de règlement des conflits ?

2. L'expression « Modes alternatifs de règlement des conflits » est récente (A), mais la réalité contemporaine qu'elle désigne a de très vieilles racines (B).

A. – La nouveauté de l'expression

3. L'expression « *Modes alternatifs de règlement des conflits* », désignée par l'acronyme MARC, est apparue au milieu des années 1990 comme un équivalent français à la notion américaine d'*Alternative Dispute Resolution* (ADR)¹⁾. Cette expression a fini, progressivement, par s'imposer dans le discours des juristes, de préférence à des expressions concurrentes comme « *Solutions de rechange au règlement des litiges* » (SORREL), retenue par les juristes

* Membre de l'Institut Universitaire de France
Professeur à l'École de droit de la Sorbonne - Université Paris 1
Directeur du Centre de Recherche sur la Justice et le Procès
Secrétaire général exécutif de l'Association Internationale de Droit Judiciaire

This paper was supported by a grant-in-aid from the Zengin Foundation for Studies on Economics and Finance.

1) Voir L. Cadet, « Compte rendu de l'ouvrage de C. Samson et J. McBride (sous la direction de), *Solutions de rechange au règlement des conflits - Alternative Dispute Resolution* », Sainte-Foy, Les Presses de l'université Laval, Québec, 1993, in *Revue internationale de droit comparé* 1994, n° 4, pp. 1213-1217.

québécois, « *Résolution amiable des conflits* » (des différends ou des litiges), également adoptée par le législateur français (RAC)²⁾ ou encore « *Modes alternatifs de règlement des litiges* » (MARL), parfois utilisés en doctrine³⁾. Toutes ces expressions pourraient être considérées comme équivalentes, par convention de langage.

Mais cette équivalence doit être nuancée, à deux égards.

D'abord, il n'est pas indifférent d'utiliser la notion de conflit ou celle de litige. Sans entrer dans une discussion trop théorique, disons simplement que les notions de conflit et de litige ne sont pas équivalentes : la notion de conflit a vocation à englober la notion de litige en ce sens que le litige est un conflit juridiquement relevant, c'est-à-dire un conflit susceptible de faire l'objet d'une solution juridique, par application des règles de droit. Autrement dit, d'une part, tout conflit n'est donc pas un litige : les querelles d'amoureux sont un conflit, pas un litige ; d'autre part, un litige peut être réglé sans que le conflit qui a donné naissance à ce litige ne le soit : ainsi, un conflit social dans une entreprise à propos des conditions de travail peut donner lieu à une occupation de l'usine qui, si l'employeur saisit le juge, pourra déboucher sur une décision d'expulsion : le litige né de l'occupation de l'usine sera terminé par la décision d'expulsion, mais le conflit opposant l'employeur à ses salariés ne sera pas réglé pour autant.

Surtout, les MARC sont moins une catégorie juridique qu'un état d'esprit. Ils désignent, de manière générale, l'ensemble des procédés conduisant à une solution amiable des conflits. Les modes alternatifs sont des modes amiables, par opposition aux modes juridictionnels, traditionnellement conçus comme des modes autoritaires : le juge « tranche » le litige, ainsi que l'édicte l'article 12 du Code de procédure civile.

4. Partant de là, le périmètre des MARC est plus ou moins largement défini.

Dans la conception la plus libérale, la catégorie des MARC embrasse les formes extrêmement variées de l'arbitrage⁴⁾, de la médiation et de la conciliation, de l' *ombudsman*, de l'auto-régulation des professions, voire de l'intervention d'autorités administratives ou non, comme les autorités de régulation du marché⁵⁾. Les modes alternatifs atteignent même à la

2) Loi n° 98-1163, 18 décembre 1998 relative à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits.

3) Voir par exemple P. Chevalier, Y. Desdevises, Ph. Milburn (sous la direction de), *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice*, Avant-propos de P. Catala et G. Flécheux, Paris, La documentation française, 2003.

4) Voir par exemple G. Alpa, « La circulation des modèles de résolution extrajudiciaire des conflits », *Revue internationale de droit comparé* 1993, pp. 755 sq, où l'auteur traite essentiellement de l'arbitrage.

5) Voir C. Samson et J. McBride (sous la direction de), *Solutions de rechange au règlement des conflits - Alternative Dispute Resolution* », précité.

quintessence lorsque les contractants vont jusqu'à prévenir ou anticiper les litiges éventuels grâce à des clauses appropriées d'adaptation du contrat ou de solution des différends⁶⁾.

Dans un sens beaucoup plus restrictif, une loi fédérale adoptée aux Etats-Unis en 1998, dite *Alternative Dispute Resolution Act of 1998* (P.L. 105-315 du 30 oct. 1998, codifié au USC tit. 28, §§ 651-658), limite les modes alternatifs aux méthodes qui impliquent une tierce partie neutre choisie pour aider à résoudre les points en conflit, ce qui comprend l'arbitrage⁷⁾.

Pour certains auteurs, *la conception française serait encore différente*, dans la mesure où elle ne retiendrait pas l'arbitrage au nombre des modes alternatifs de règlement des conflits, car l'arbitrage est un mode de solution *juridictionnelle* du litige, et où elle les limiterait aux procédures impliquant une tierce personne⁸⁾, ce qui exclurait les procédures de négociation. Je ne pense pas que ce soit vraiment le cas.

D'abord, historiquement, l'arbitrage est apparu comme une alternative à la justice étatique et s'il est vrai que l'arbitre est un juge et la sentence arbitrale un jugement (art. 1476 CPC, devenu Art. 1484 CPC après le décret du 13 janvier 2011), il n'en reste pas moins que l'arbitrage trouve sa source dans une convention des parties et que la procédure d'arbitrage est imprégnée de contractualisme⁹⁾. La contractualité de l'arbitrage est même d'autant plus forte que l'arbitre aura mission de trancher le litige, non pas en droit, par application des règles juridiques, mais en équité, comme amiable compositeur¹⁰⁾. Au demeurant, comme nous allons le voir, les modes alternatifs de règlement des conflits ne s'arrêtent pas aux portes du palais de justice ; ils se développent dans les prétoires et il n'y a pas lieu, par conséquent, d'exclure l'arbitrage du domaine des modes alternatifs lorsque ces modes ont droit de cité devant le juge lui-même.

Pour autant, je ne pense pas qu'il faut limiter les modes alternatifs de règlement des

6) Voir L. Cadiet, « Liberté des conventions et clauses relatives au règlement des litiges », *Petites affiches* 5 mai 2000, pp. 30 sq ; Les conventions relatives au procès en droit français - Sur la contractualisation du règlement des litiges, in *Accordi di parte e processo*, in *Quaderni della Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milan, Giuffrè ed., 2008, pp. 7-35.

7) Voir P. E. Herzog, « Tendances actuelles concernant les méthodes alternatives de résolution des controverses (ADR) aux Etats-Unis » *Revue générale des procédures* 1999, pp. 774 sq et V° « Alternative Dispute Resolution » in L. Cadiet (sous la direction de), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004.

8) Voir C. Jarrosson, « Les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale », *Revue internationale de droit comparé* 1997, pp. 311-435, spéc. pp. 325-345, n° 11 et n° 15.

9) Voir L. Cadiet, La renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procédure d'arbitrage, *Revue de l'arbitrage* 1996, pp. 3 sq.

10) Voir Article 1478 CPC, devenu Art. 1478 CPC après le décret du 13 janvier 2011 : « *L'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit, à moins que, dans la convention d'arbitrage, les parties ne lui aient conféré mission de statuer comme amiable compositeur* ».

conflits aux seules procédures faisant intervenir une tierce personne dans la solution du conflit. Il est en effet de tradition, en droit français, que les parties peuvent aussi se concilier d'elles-mêmes¹¹⁾. Or, la conciliation est au cœur de la conception française des modes alternatifs de règlement des conflits ; la médiation, qui est une conciliation par un tiers, n'en est qu'un avatar. Comme l'a jugé la Cour de cassation française : « *La médiation, dont l'objet est de procéder à la confrontation des prétentions respectives des parties en vue de parvenir à un accord proposé par le médiateur, est une modalité d'application de l'article 21 CPC tendant au règlement amiable des litiges et, par voie de conséquence, exclusive de tout pouvoir juridictionnel* »¹²⁾. Les règlements amiables des conflits reposent même avant tout sur une relation d'amitié, au sens aristotélicien du terme, c'est-à-dire sur un rapport de « toi à moi », sans médiation d'un tiers¹³⁾. Tout ce qui est de l'ordre de la négociation relève donc aussi des modes alternatifs de règlement des conflits.

Le plus sage est alors de considérer, souplement, qu'il n'y a pas de catégorie officielle des modes alternatifs, et encore moins de vérité révélée sur ce point. Les modes alternatifs de règlement des conflits peuvent être externes ou internes à l'institution judiciaire, ce qui correspond du reste à leur évolution historique.

B. – L'ancienneté de la réalité

5. Contrairement à une idée reçue, les MARC ne sont ni une transposition, ni une imitation des *Alternative Dispute Resolution*. Il ne s'agit pas d'une institution qui serait importée des Etats-Unis d'Amérique. Ce serait avoir une vue relative myope de l'histoire et oublier que les Etats-Unis d'Amérique ont principalement été créés à partir de l'Europe. Or la vieille Europe a ses propres trésors.

Sans remonter aux origines contractuelles du procès romain, symbolisé par la *litis contestatio*, le développement contemporain des modes alternatifs de règlement des conflits est une sorte de retour aux sources. Dans la mesure où les modes alternatifs de règlement des conflits reposent principalement sur l'accord des parties, c'est-à-dire un fondement conventionnel, ils renouent, d'une certaine manière, avec une histoire bientôt vieille de mille ans¹⁴⁾. A l'aube médiévale du deuxième millénaire, aux débuts de la monarchie capétienne, le

11) Voir par exemple Article 127 Code de procédure civile : « *Les parties peuvent se concilier d'elles-mêmes ou à l'initiative du juge, tout au long de l'instance* ».

12) Cour de cassation, 2^{ème} chambre civile, 16 juin 1993, *La Semaine Juridique (JCP)* 1993, I, 3723, n° 3, observations de L. Cadiet.

13) Voir L. Cadiet, « Une justice contractuelle, l'autre », in *Mélanges Jacques Ghestin*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2001, pp. 177 sq

14) Voir S. Dauchy, « La médiation : bref survol historique », in C.H. van Rhee, D. Heirbaut et M. Storme (ed.), *Le bicentenaire du Code de procédure civile (1806)*, Kluwer, 2008, pp. 77-88. - C. ↗

droit de la résolution des conflits était en effet un droit d'imprégnation contractuelle, droit fait de composition, d'arbitrage, de transaction.

Le *Grand Robert de la langue française*, qui est un dictionnaire historique du français, révèle du reste que le premier sens attesté du mot « Procès », en 1174, est celui de « *titre juridique, contrat* » ; la trace de ce sens primitif se retrouve d'ailleurs encore dans la langue d'aujourd'hui avec l'expression « *procès-verbal d'accord* » qui désigne l'acte recueillant un accord.

La juridictionnalisation du règlement des différends, qui va progressivement dissocier le procès du contrat, n'apparaît vraiment qu'aux XIII^{ème} et XIV^{ème} siècles, à la suite des trois longs règnes de Philippe-Auguste, Saint Louis et Philippe le Bel. Ce phénomène participe de l'essor de la monarchie capétienne et de la consolidation du pouvoir royal : la justice est en effet un des instruments de conquête de l'Etat monarchique contre les pouvoirs féodaux de la noblesse et de l'Eglise¹⁵⁾. Au demeurant, c'est aussi à cette époque que les professions de notaire (devenu l'homme du contrat) et de greffier (devenu l'homme du procès) se séparent durablement pour devenir ce qu'elles sont à l'heure actuelle¹⁶⁾. Par la suite, modes juridictionnels et modes amiables de solution des conflits ont évolué distinctement, les premiers prenant le pas sur les seconds qui conservèrent leur utilité dans les contentieux de proximité, spécialement dans les relations de voisinage.

Les modes amiables de règlement des conflits sont cependant revenus sur le devant de l'actualité à la fin du XVIII^{ème} siècle, avec la Révolution française, essentiellement pour des raisons idéologiques : la justice officielle incarnait trop l'Ancien régime royal tandis que l'arbitrage, la conciliation, la transaction apparaissaient au contraire comme les instruments d'une justice simple, directe, en accord avec les idéaux de la nouvelle citoyenneté républicaine, qui était inspirée par la doctrine du contrat social de Rousseau. Les débats politiques de l'époque en témoignent, comme cet extrait d'un discours du député Louis Prugnon à la tribune de l'Assemblée nationale, le 7 juillet 1790 : « *Rendre la justice n'est que la seconde dette de la société. Empêcher les procès c'est la première. Il faut que la société dise aux parties : pour arriver au temple de la justice passez par celui de*

↘ Jallamion, « Tradition et modernité de l'arbitrage et de la médiation au regard de l'histoire » : *Gazette du Palais* 16-17 janv. 2009, 3. - Voir aussi, en dehors des juristes, C. Gauvard *et alii*, *Le règlement des conflits au Moyen-Âge*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001.

15) Au XVII^{ème} siècle, Domat en traite, non pas dans son *Traité des lois civiles*, mais dans son *Traité du droit public*. Sur le caractère politique de la procédure civile sous l'ancien régime, V., en dernier lieu, J. Krynen, *L'Etat de justice, France, XIII^{ème}-XX^{ème} siècle*, tome 1 : L'idéologie de la magistrature ancienne, Editions Gallimard, NRF, 2009.

16) Voir J. Hilaire, *Histoire des institutions judiciaires*, Paris, Les cours de droit, 1990-1991, pp. 113-119.

la concorde. J'espère qu'en passant vous transigerez »¹⁷⁾. Saint-Just allait même jusqu'à imaginer que la loi puisse imposer une déclaration officielle d'amitié (« *renouvelée, tous les ans, pendant le mois de ventôse* ») et prévoir que « *les amis ne peuvent plaider entre eux* »¹⁸⁾.

Sans doute, toutes les institutions du droit révolutionnaire n'ont pas survécu à la remise en ordre napoléonienne de la société française, comme l'arbitrage obligatoire dans les affaires familiales, de 1790 à l'An IV¹⁹⁾. Mais le Code de procédure civile de 1806 a conservé de la période révolutionnaire la volonté de faire une place importante aux bons sentiments et aux procédures conciliatoires dans la solution des litiges civils. Ce souci était manifeste dans la présentation au Corps législatif que Treilhard avait faite de l'*Exposé des motifs des Livres Ier et IIème de la première Partie du Projet de Code de Procédure civile*, vantant, à propos des juges de paix, les vertus de cette « *institution morale et bienfaisante* », regardant le juge de paix comme « *un père plutôt qu'un juge* », qui « *doit placer sa véritable gloire moins à prononcer entre ses enfants qu'à les concilier* » (p. 13), allant même jusqu'à y voir « *un ange pacificateur* » qui « *s'efforce de calmer les passions, d'assouplir les haines* » (p. 20)²⁰⁾.

Il n'est pas étonnant, dans ces conditions, que le Code de procédure civile de 1806 (article 48 à 58) a continué d'organiser un préliminaire obligatoire de conciliation pour les demandes principales et introductives d'instance dans la plupart des contentieux de première instance, à la condition que les parties aient la libre disposition de leurs droits et qu'il n'y ait point urgence à résoudre le litige. C'est ce qu'on a appelé la « *grande conciliation* » qui est restée en vigueur jusqu'en 1949. La conciliation était plus fréquente dans les campagnes que dans les villes. Selon une statistique de 1834, les affaires étaient conciliées dans 65 % des cas, ce qui semble beaucoup. En tout cas, ce chiffre n'a fait par la suite que décliner : 36 % des affaires en 1879 et 9 % en 1942, ce qui a conduit à la supprimer en 1949 comme procédure préalable et obligatoire. Le préliminaire de conciliation n'a subsisté plus qu'à l'état de simple faculté offerte aux plaideurs devant les seules justices de paix (devenues, en 1958, les tribunaux d'instance), ce qu'on appelait la « *petite conciliation* »²¹⁾.

17) L. Prugnon, *Archives parlementaires*, tome XVI, p. 739.

18) L.-A. Saint-Just, « 6ème fragment sur les institutions républicaines » in *L'esprit de la révolution*, collection 10/18, § 2 *Des affections*.

19) 1795-1796. Voir J.-P. Royer, *Histoire de la justice*, Paris, Presses Universitaires de France, 3^{ème} édition, 2001, spécialement pp. 272-321.

20) Voir T. Clay, « Le modèle pour éviter le procès », in T. Revet (sous la direction de), *Code civil et Modèles – Des modèles du Code au Code comme modèle*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2004, pp. 51 sq.

21) Loi du 9 février 1949, *Dalloz* 1949, Législation, pp. 269 sq. Sur cette évolution, voir P. Couvrat et G. Giudicelli-Delage, « Conciliation et médiation », *Jurisclasseur de procédure civile*, Fascicule 160, spécialement n° 31 sq.

6. Pourtant, quand, à partir de 1958, la réforme de la procédure civile a été mise en chantier, les rédacteurs de nouveau Code de procédure, qui a vu le jour en 1975, ont creusé encore plus profondément le sillon originaire de la justice amiable.

C'était de leur part un choix politique autant que philosophique, présenté comme la « *part du rêve* », du « *rêve de justice* », d'une justice humanisée, « *aux antipodes d'une justice technocratique ou engoncée* », selon les mots d'un des pères du nouveau Code, le doyen Gérard Cornu²²⁾. Ce choix s'est traduit notamment par la consécration de la conciliation parmi les principes directeurs du procès (art. 21 du Code de procédure civile), par la création de la requête conjointe parmi les modes d'introduction de l'instance (art. 57 et 58) et par la reconnaissance au profit du juge du pouvoir de statuer en amiable composition à la demande des parties (art. 12, al. 4). Au milieu des années 1970, ce choix était largement prophétique, mais le développement des modes alternatifs de règlement des conflits, depuis une vingtaine d'années permet de se demander si le rêve législatif n'est pas en train de devenir réalité positive. Avec la composition pénale²³⁾ et la médiation pénale²⁴⁾, la procédure pénale elle-même, qui est pourtant présentée, traditionnellement, comme une procédure nécessairement juridictionnelle, qui plus est de type inquisitoire, n'a pas échappé aux séductions de cette « justice alternative », de cette justice douce qui, comme la médecine du même nom, ne manque pas d'attraits. L'évolution n'est pas terminée car des réflexions sont en cours aussi bien sur le terrain du contentieux administratif, à la suite d'un récent rapport du Conseil d'Etat, appelé rapport Schrameck²⁵⁾, qu'en matière civile, à la suite des rapports Guinchard, qui proposait une consécration de la procédure de négociation préalable par l'intermédiaire des avocats²⁶⁾, et Magendie III, qui préconise une réforme incitative des dispositifs de médiation judiciaire²⁷⁾.

Comment expliquer cette évolution ?

Il faut sans doute y voir l'effet conjugué de deux facteurs, conjoncturel pour l'un, structurel pour l'autre.

Une première raison de l'essor actuel des MARC tient sans doute à ce que l'on nomme

22) G. Cornu, « L'élaboration du code de procédure civile » in B. Beignier (sous la direction de), *La codification*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 71 *sq.*, spécialement p. 80.

23) Art. 41-2 du Code de procédure pénale.

24) Art. 41-1 du Code de procédure pénale.

25) Conseil d'Etat, *Les recours administratifs préalables obligatoires*, Paris, La documentation française, 2008 : voir *Gazette du Palais* 19-20 sept. 2008, pp. 26-28.

26) *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, Paris, La documentation française, 2008. Le projet est devenu loi: voir les articles 2062 à 2068 du Code civil à la suite de la loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010.

27) *Célérité et qualité de la justice. La médiation : une autre voie*, Paris, Cour d'appel, 2008.

commodément la « *crise de la justice* », caractérisée par l'explosion du contentieux judiciaire et l'encombrement des rôles des juridictions qui en est la conséquence²⁸⁾. Le phénomène n'est pas propre à la France²⁹⁾. En tout cas, les solutions alternatives sont autant de circuits de dérivation dont on devine la séduction qu'elles peuvent exercer sur les justiciables, singulièrement les entreprises³⁰⁾, et dont on soupçonne aussi qu'elles répondent également aux attentes de l'Etat qui y voit un moyen d'alléger le budget de la justice. Cette première raison est clairement pragmatique, voire utilitariste, sinon opportuniste. Il est tout à fait notable que le gouvernement lui-même ait apporté sa contribution à la conclusion d'une Charte de la médiation interentreprises conclue en 2005 entre plus de cinquante grandes entreprises et fédérations professionnelles françaises sous l'égide du Centre de médiation et d'arbitrage de Paris³¹⁾ et qu'il n'hésite pas à procéder à la nomination de médiateurs ad hoc lorsque se présente une grave difficulté économique ou sociale. C'est ainsi que les dernières crises financières ont entraîné la nomination d'un médiateur du crédit et d'un médiateur pour les emprunts à risque des collectivités locales³²⁾.

Mais, dans l'affirmation du phénomène, il y a sans doute plus, une deuxième raison plus profonde, qui touche à l'évolution des modes de régulation sociale, c'est-à-dire à la structure même de la société française. Qu'on le regrette ou non, l'Etat n'est plus ce qu'il était et, par conséquent, la loi non plus qui a cessé d'être le centre de l'univers juridique. Ce déclin du légicentrisme est de nature à favoriser la contractualisation des rapports sociaux, en général, et la contractualisation du règlement des litiges, en particulier³³⁾. Il offre aux acteurs de la vie économique et sociale de nouveaux espaces de liberté qu'investissent conventions et contrats de toutes sortes. Pour qualifier ce passage d'un ordre juridique imposé à un ordre juridique négocié, on parle de contractualisme ou de société contractuelle³⁴⁾. Cette rapide rétrospective historique, bien que sommaire, permet d'éclairer la situation actuelle des modes

28) Pour quelques données statistiques et sur ce qu'il faut entendre par « crise de la justice », voir L. Cadiet, « Civil Justice Reform : Access, Cost and Delay. The French Perspective », in A.A.S. Zuckerman (ed.), *Civil Justice in Crisis – Comparative Perspectives of Civil Procedure*, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 290 sq, spécialement pp. 304-308.

29) Voir les différentes contributions nationales réunies par Adrian A.S. Zuckerman, *Civil Justice in Crisis – Comparative Perspectives of Civil Procedure*, préc. – Voir aussi N. Trocker and V. Varano, Concluding remarks, in N. Trocker and V. Varano (ed.), *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2005, pp. 242 sq, spécialement VIII, pp. 259-261.

30) J.-F. Guillemin, « Les nouvelles attentes des entreprises en matière de règlement des conflits », *Revue de l'arbitrage* 1996, pp. 583 sq. – Adde A. Bernard, « L'optimisation du contentieux par les entreprises », *Dalloz* 2009, 1701.

31) <http://www.mediationetarbitrage.com/interne.php?page=64&niveau=1>

32) Voir J.-Ph. Tricoit à la *Revue de l'arbitrage*, 2010, n° 7, pp. 158-159.

33) L. Cadiet, « Les jeux du contrat et du procès », *Mélanges Gérard Farjat*, Paris, Editions Frison-Roche, 1999, pp. 23 sq.

34) A. Pirovano (sous la direction de), *Changement social et droit négocié. De la résolution des conflits à la conciliation des intérêts*, Paris, Economica, 1988.

alternatifs de règlement des conflits en France qui peuvent donc être judiciaires aussi bien qu'extrajudiciaires, ce qui me conduit à la deuxième partie de ma communication.

II. – Comment se présentent aujourd'hui les modes alternatifs de règlement des conflits ?

7. Si la recherche d'une solution amiable plutôt que judiciaire des conflits n'est donc pas nouvelle, le phénomène, toutefois, s'est considérablement amplifié ces dernières années, en même temps qu'il s'est diversifié. Contrairement à une autre idée souvent reçue, les MARC ne sont pas seulement une alternative à la solution *judiciaire* du litige. S'ils ont certes été conçus comme une alternative à la solution du litige par les juridictions, les MARC ont fini par se développer devant le juge lui-même en se présentant comme une manière amiable de résoudre le litige. Il existe ainsi des MARC extrajudiciaires (A) et des MARC judiciaires (B).

A. – Les modes extrajudiciaires de règlement amiable

8. La caractéristique principale de ces modes alternatifs extrajudiciaires est qu'ils se déroulent en dehors de l'institution judiciaire. Cependant, contrairement à ce que l'on pourrait croire de prime abord, les MARC ne se sont pas développés *en opposition* à la justice étatique mais, au contraire, en harmonie avec celle-ci qui a toujours témoigné bienveillance à leur égard : il existe, en France, une forte *favor arbitrandum* aussi bien qu'une *favor accordandum*³⁵⁾. Cette faveur se révèle, notamment, à travers le sort bienveillant réservé par la jurisprudence, y compris au plus haut niveau de la Cour de cassation, à ce qu'on appelle les clauses de différend, au premier rang desquelles se trouvent les clauses compromissoires et les clauses de médiation, dès lors du moins qu'elles ne présentent pas un caractère abusif quand elles sont insérées dans des contrats conclus entre professionnels et consommateurs³⁶⁾. C'est ainsi, par exemple, qu'un important arrêt rendu par une chambre mixte de la Cour de cassation le 14 février 2003 a clairement jugé qu'une clause de médiation préalable à toute saisine du juge impose aux parties de tenter cette conciliation à peine d'irrecevabilité de l'action en justice qui serait exercée au mépris de cette clause³⁷⁾. Cette jurisprudence ne s'est pas démentie depuis lors. Elle correspond d'ailleurs à la position adoptée par la Cour

35) Que vient encore d'exprimer l'introduction en droit français de la convention de procédure participative par la loi n°2010-1609 du 22 décembre 2010 : voir art. 2062 à 2068, l'article 2062 définissant cette convention comme celle « par laquelle les parties à un différend qui n'a pas encore donné lieu à la saisine d'un juge ou d'un arbitre s'engagent à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend ».

36) Voir article R. 132-2, 10° du Code de la consommation qui présume qu'elles sont abusives quand elles obligent le consommateur à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des conflits et, là-dessus, J.-Ph. Tricoit à la *Revue de l'arbitrage* 2010, n° 6, pp. 157-158.

37) Cour de cassation, chambre mixte, 14 février 2003, *Bulletin des arrêts civils de la Cour de cassation, chambre mixte*, n° 1 ; *Revue des Contrats* 2003, 182, observations Cadiet, et 189, obs. Lagarde.

de justice de l'Union européenne en ce qui concerne le droit de l'Union européenne³⁸). Si l'on veut mettre un peu d'ordre parmi ces modes alternatifs extrajudiciaires, qui sont d'une grande diversité, il est possible de les regrouper autour des deux figures de la conciliation (1°) et de la médiation (2°), étant précisé, d'une part, que ces deux figures qui, en dépit de leurs noms différents, répondent à aux mêmes principes, ont vocation à déboucher, le plus souvent, sur une transaction entre les parties, dont je ne parlerai pas ici³⁹, et d'autre part que la législation de l'Union européenne devrait être à l'origine, dans les mois à venir, d'une nouvelle évolution du droit français de la médiation extrajudiciaire et, plus généralement d'ailleurs, des modes de règlement amiable des conflits⁴⁰.

1°) La conciliation extrajudiciaire

9. En France, la conciliation extrajudiciaire est, en tant que telle, un mode de règlement des différends organisé par la loi. C'est un décret n° 78-381 du 20 mars 1978 qui précise le régime de ces conciliations extrajudiciaires et fixe le statut des conciliateurs de justice. Ce texte peut être considéré comme le point de départ du renouveau des modes alternatifs de règlement des conflits.

La conciliation extrajudiciaire ainsi organisée par ce décret du 20 mars 1978 est bien adaptée aux petits litiges civils, comme ceux du contentieux de la consommation, du voisinage ou des rapports locatifs. Au 1^{er} janvier 2010, les conciliateurs de justice étaient au nombre de 1 777, exerçant bénévolement leurs fonctions, sous réserve de leur défraiement pour certaines dépenses exposées en raison de leurs fonctions. En 2008, les conciliateurs de justice ont été saisis de 112 828 affaires, qu'il convient de rapporter aux 493 939 affaires portées devant les 475 tribunaux d'instance, et le taux de conciliation a été de 59,6 %⁴¹, ce qui est loin d'être négligeable et mérite donc d'être pris au sérieux.

Le conciliateur de justice est nommé pour une période d'un an, à l'issue de laquelle il peut être reconduit dans ses fonctions pour une période renouvelable de deux ans. Il doit avoir une expérience juridique d'au moins trois ans. Il exerce ses fonctions auprès d'un tribunal d'instance.

38) Cour de justice de l'Union européenne, 18 mars 2010, aff. C-317/08, C318/08, C-319/08 et C-320/08 : *Procédures* 2010, n° 179, obs. Nourissat ; *Semaine juridique (JCP)* 2010, n° 19-20, 546, n° 5, obs. Clay, à propos d'une réglementation mettant en place une procédure obligatoire de conciliation extrajudiciaire préalablement à la saisine d'un juge, dès lors que sont respectés les principes d'équivalence et d'effectivité et qu'est assuré le principe de protection juridictionnelle effective.

39) Voir L. Cadet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, Litec, 6^{ème} éd. 2009, n° 549-552.

40) En raison de la directive 2008/52/CE du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale. Voir le projet de loi n° 718 enregistré au Sénat le 22 septembre 2010, dont l'article 9 est relatif à la transposition de la directive 2008/52 en matière de médiation.

41) Source : <http://www.justice.gouv.fr/chiffres/Chiffrescles2009.pdf>

La fonction du conciliateur de justice est « *de faciliter, en dehors de toute procédure judiciaire, le règlement amiable des différends portant sur des droits dont les intéressés ont la libre disposition* » (D. 20 mars 1978, art. 1^{er}). Le conciliateur de justice est saisi par les parties. Cette saisine n'est soumise à aucune forme. Il peut entendre les parties, qui peuvent se faire accompagner par la personne de leur choix. Il peut également entendre toutes personnes dont l'audition paraît utile, sous réserve de l'acceptation de celles-ci. Il est tenu au secret en toute hypothèse. Cette confidentialité est une des conditions du succès de la conciliation car elle est de nature à susciter la confiance des parties. En cas de conciliation, même partielle, il peut être établi un constat d'accord signé par les parties et le conciliateur de justice. La rédaction d'un constat est obligatoire lorsque la conciliation a pour effet la renonciation à un droit. A moins qu'une partie ne s'y oppose dans l'acte constatant son accord, le juge d'instance peut donner force exécutoire à l'acte exprimant cet accord, ce qui est une forme d'exequatur de la conciliation extrajudiciaire.

De cette figure historique de la conciliation extrajudiciaire, il faut ensuite distinguer les hypothèses de médiation extrajudiciaire, beaucoup plus souple, répondant à d'autres besoins, dans des contentieux plus complexes ou d'une autre nature.

2°) La médiation extrajudiciaire

10. Si le modèle de la conciliation n'emprunte pas une infinie variété de formes différentes, il n'en va pas de même pour la médiation extrajudiciaire, qui se développe de plus en plus selon des formes très variées. Une tentative de mise en ordre conduit à distinguer les modes extrajudiciaires nés de la pratique (a) et les modes extrajudiciaires institués par la loi (b).

a) *Les modes extrajudiciaires nés de la pratique*

11. Une *première forme* de médiation extrajudiciaire organisée par la pratique est constituée par la médiation spontanée, parfois appelée *médiation conventionnelle*. Par sa nature même, cette forme de médiation est très peu visible puisqu'elle est purement privée et se déroule sans contrainte ni forme imposée. Quel que soit le conflit, les parties peuvent s'entendre pour qu'un tiers les rapproche et leur permette de parvenir à un accord. Comme je l'ai évoqué plus haut, cette médiation conventionnelle peut être envisagée comme une éventualité dès la conclusion d'un contrat. Les parties insèrent alors dans ce contrat une clause de différend, clause de conciliation ou de médiation, qui en pose le principe et en organise les modalités. Cette forme épurée de la médiation n'a que la force obligatoire que les parties voudront bien lui donner (art. 1134 C. civ.), à moins qu'elle aboutisse à une transaction si les parties ont la libre disposition de leurs droits (art. 2044 C. civ.). Dans ce cas, la loi offre aux parties, depuis peu de temps, la possibilité de renforcer l'autorité de leur accord en lui conférant force exécutoire moyennant saisine du juge à cet effet sur le fondement d'un article récemment introduit dans le code de procédure civile, l'article 1441-4 : « *Le président du tribunal de*

grande instance, saisi sur requête par une partie à la transaction, confère force exécutoire à l'acte qui lui est présenté »⁴²⁾. Les parties pourraient également, si elles le souhaitent, recourir à un notaire pour faire constater leur accord : il s'agirait alors d'un contrat notarié ayant la valeur d'un acte authentique. Un pas supplémentaire dans la contrainte est franchi avec la médiation *institutionnelle*.

12. Ce *deuxième* type de médiation extrajudiciaire, organisée par la pratique plus souvent, est fréquemment proposé par des centres d'arbitrage qui ont élargi leur champ d'activité à la médiation. En France, les organismes les plus connus sont le Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris⁴³⁾ et la Chambre de commerce internationale⁴⁴⁾.

Mais ce type de médiation n'est pas uniquement proposé par des institutions d'arbitrage. On le trouve également organisé dans certains secteurs d'activité soucieux d'éviter le recours aux tribunaux pour régler les conflits pouvant survenir avec leurs contractants. La médiation est alors proposée par une entreprise ou une organisation professionnelle. C'est ainsi que la RATP (Régie autonome des transports parisiens) et la SNCF (Société nationale des chemins de fer) ont créé leur propre médiateur et que, en 1993, le Comité de Liaison de l'Assurance, qui rassemble l'ensemble des entreprises d'assurances françaises, qu'elles appartiennent au secteur capitaliste ou au secteur mutualiste, a mis en place un dispositif de *Médiateur des assurances*, qui repose sur des chartes de médiation proposées aux compagnies d'assurance.

Cette médiation extrajudiciaire peut également être illustrée avec le développement sur l'internet des procédures de médiation *on line*⁴⁵⁾. La pratique est foisonnante. L'intérêt de la médiation extrajudiciaire n'a pas échappé au législateur, qui l'a à son tour organisée dans de nombreux domaines différents : elle est alors instituée.

b) Les modes extrajudiciaires institués par la loi

13. Ces hypothèses de médiation interviennent en dehors de toute instance, ce qui ne signifie pas, cependant, qu'elles se développent en opposition, voire dans l'indifférence à l'égard de l'institution judiciaire. Au contraire, dans un certain nombre de cas, la tendance du droit français est plutôt à l'articulation des modes amiables et des modes juridictionnels de solution

42) Rédaction par le Décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998.

43) Voir <http://www.mediationetarbitrage.com>. En 2008, 300 différends ont été traités par le CMAP au moyen d'une médiation, pour une durée moyenne de deux mois, avec un taux de succès de 70 %.

44) Voir <http://www.iccwbo.org/court/adr/>

45) Avec, notamment, les procédures alternatives de règlement des litiges proposées par l'Association française pour le nommage Internet en coopération (AFNIC) : <http://www.afnic.fr/doc/ref/juridique/parl/> Un accord a également été conclu entre la Cour d'appel de Paris et le Forum des droits sur l'internet le 7 avril 2009 afin de favoriser le règlement en ligne des litiges de l'internet avant l'instance ou en cours d'instance : voir J.-Ph. Tricoit à la *Revue de l'arbitrage* 29010, n° 14, p. 162.

des litiges. Ces conciliations extrajudiciaires touchent des secteurs d'activité très divers, aussi bien en matière publique qu'en matière privée.

14. Les hypothèses de conciliation extrajudiciaire *en matière publique* ne seront signalées que pour mémoire.

La plus ancienne et la plus célèbre, inspirée du modèle scandinave de l'ombudsman, est celle du *Médiateur de la République*, qui connaît des différends opposant les citoyens aux administrations de l'Etat (Loi n° 73-6 du 3 janvier 1973) et qui sera très prochainement remplacé par le *Défenseur des droits* (Constitution, art. 71-1). De ce modèle, se sont détachés un certain nombre de médiateurs spécialisés comme, par exemple, le *Médiateur de l'Éducation nationale* (Décret n° 98-1082 du 1^{er} décembre 1998) ou le *Médiateur du ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie* (Décret n° 2002-612 du 26 avril 2002) ou le *Défenseur des enfants* (Loi n° 2000-196 du 6 mars 2000), dont l'existence est aujourd'hui remise en cause avec l'institution du *Défenseur des droits*, précité, appelé à remplacer le Médiateur de la République. Ces médiations sont parfois assurées par des autorités publiques indépendantes, comme en matière postale, avec l'*Autorité de régulation des communications électroniques et des postes* (Articles L. 5-7 et R. 1-2-9 et 1-2-10 du Code des postes et des télécommunications électroniques), ou par des commissions de type administratif comme en matière d'accidents médicaux, d'affections iatrogènes ou d'infections nosocomiales, avec les *Commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales*, qui peuvent aussi concerner le secteur privé (Articles L. 1142-4 *sq.*, articles R. et D. 1142-1 *sq.*, du Code de la Santé Publique) ou en matière de marchés publics, avec les *Comités consultatifs de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés publics* (art. 127 du Code des Marchés Publics).

15. *En matière privée*, la médiation extrajudiciaire a été instituée par la loi en vue du règlement de certaines catégories de litiges individuels et de contentieux collectifs.

Dans les litiges d'ordre individuel, la médiation extrajudiciaire prend aujourd'hui de nombreuses formes.

Une procédure de médiation est parfois organisée par la loi pour régler des *litiges purement professionnels*. C'est ainsi qu'une loi de 1982 a instauré le *Médiateur du cinéma*, compétent pour les litiges entre producteurs et distributeurs de films⁴⁶⁾ et que, en 1997, a été institué un médiateur *en matière de radiodiffusion, de télédiffusion par satellite et de transmission par câble d'une œuvre* de l'esprit (Article L. 132-20-2 et L. 217-3 du Code de

46) Article L. 213-1 du Code du cinéma (modifié par Ordonnance n° 2009-1358, 5 novembre 2009).

la propriété intellectuelle).

Le plus souvent, la procédure de médiation est prévue par la loi dans des *contentieux déséquilibrés, mettant en cause une partie présumée faible*. Tel est le cas en matière de consommation, avec les *Commissions de règlement des litiges de la consommation* (Arrêté du 20 décembre 1994 et Circulaire du 28 août 1994), en matière de location, avec les *Commissions départementales de conciliation pour le loyer des baux d'habitation* (Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989, article 20, complétée par Décret n° 2001-653, 19 juillet 2001), mais aussi en matière bancaire⁴⁷⁾ et, en droit du travail, en matière de harcèlement moral⁴⁸⁾. Cela dit, en droit du travail, comme en droit économique, ce sont surtout des procédures de conciliation collectives qui sont organisées par la loi.

Dans les contentieux d'ordre collectif, les hypothèses de conciliation ne seront que mentionnées.

En droit du travail, elles sont organisées pour le règlement des conflits collectifs du travail entre employeurs et salariés. Précédant les dispositions sur l'arbitrage, le Code du travail organise aux articles L. et R. 2523-1 *sq* une procédure de médiation *en matière de conflits collectifs* de travail. Celle-ci est engagée soit par le président de la commission de conciliation après l'échec d'une procédure de conciliation directe entre les parties prenantes, soit par le ministre chargé du travail, sur demande des parties ou de sa propre initiative. Cette sorte de médiation reste relativement inféodée à la puissance publique.

En dehors du droit du travail, la conciliation collective s'observe surtout en matière de défaillance économique, entre le débiteur et ses créanciers, qu'il s'agisse des procédures de règlement amiable prévues pour les entreprises artisanales et commerciales (Articles L. 611-3 à L. 611-15 du Code de commerce, complétés des articles. R. 611-18 à R. 611-50 C. com.),

47) Articles L. 315-1 du Code monétaire et financier, aux termes duquel tout établissement de crédit ou de paiement désigne un ou plusieurs médiateurs chargés de recommander des solutions aux litiges avec des personnes physiques n'agissant pas pour des besoins professionnels. Ce dispositif s'applique aux litiges relatifs aux opérations de banque, aux services de paiement, aux services d'investissement, aux instruments financiers et aux produits d'épargne. Le médiateur est tenu de statuer dans un délai de deux mois à compter de sa saisine, qui suspend la prescription conformément aux conditions de l'article 2238 du code civil. Cette procédure de médiation est gratuite. Chaque médiateur bancaire doit rédiger un compte rendu annuel d'activité qui est transmis au gouverneur de la Banque de France. A d'ailleurs été institué un Comité de la médiation bancaire chargé d'examiner les rapports des médiateurs et d'établir chaque année un bilan de la médiation bancaire qu'il transmet au Conseil national du crédit et du titre (art. R. 615-9 à R. 615-12).

48) L'article L. 1152-6 C. trav. pose des règles souples pour ce type de médiation, qui peut être engagée tant par la personne qui se prétend victime que par celle qui est mise en cause, lesquelles choisissent ensemble et librement le médiateur. Celui-ci tente de rapprocher les parties, leur soumet des propositions consignées par écrit, et leur indique les éventuelles sanctions encourues, ainsi que les garanties procédurales prévues en faveur de la victime.

ainsi que pour les exploitations agricoles (Articles L. 351-1 à L. 351-7 et R. 351-1 à R. 351-7 et R. 355-2 du Code rural), ou bien de la procédure de traitement du surendettement des ménages (Articles L. 330-1 *sq* et R. 331-1 *sq* du Code de la consommation). Ces procédures sont confiées, tantôt, à un conciliateur *ad hoc* (comme pour les exploitations agricoles et les entreprises commerciales ou artisanales), tantôt à une commission permanente (comme pour les ménages surendettés). Une procédure comparable a également été prévue en matière de copropriété immobilière (Loi n° 65-557 du 10 juill. 1967, articles 29-1 à 29-6). Ces procédures amiables sont fortement articulées aux procédures juridictionnelles dont elles sont, en quelque sorte, un préalable, ce qui souligne que la cloison n'est pas étanche entre les modes extrajudiciaires et les modes judiciaires de règlement amiable.

B. – Les modes judiciaires de règlement amiable

16. Le traitement de la litigiosité par le juge n'est pas d'une pièce. Le juge ne fait pas que juger et le droit au juge n'est pas nécessairement le droit à un jugement⁴⁹. Outre les très nombreuses hypothèses dans lesquelles il reçoit mission de statuer en équité ou en amiable compositeur (ex. art. 1135 C. civ. ; art. 12, al. 4 CPC), le juge doit aussi favoriser la conciliation des parties. Cette conciliation obéit à une forme traditionnelle qui est la conciliation judiciaire directe (1°). Mais, au milieu des années 1990, une forme nouvelle de conciliation est apparue avec la conciliation judiciaire déléguée (2°).

1°) *La conciliation judiciaire directe*

17. Je ne ferai que mentionner cette conciliation judiciaire directe, qui ne date pas d'aujourd'hui. Le Code de procédure civile de 1806 la connaissait déjà et les rédacteurs du nouveau Code de procédure civile français ont recueilli cet héritage en élevant même la conciliation au rang des principes directeurs du procès. L'article 21 du Code de procédure civile dispose en effet : « *Il entre dans la mission du juge de concilier les parties* ». Ce principe général est ensuite décliné dans le code qui, d'une part, contient des règles générales, communes à toutes les juridictions⁵⁰, et qui, d'autre part, en règle les manifestations particulières, variant d'une juridiction à l'autre.

18. a) Les *règles communes* à toutes les juridictions s'appliquent à toute matière sauf disposition contraire. Elles sont édictées par les articles 127 à 131 du Code de procédure

49) Comparer avec N. Trocker and V. Varano, Concluding remarks, in N. Trocker and V. Varano (ed.), *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, précité, spécialement p. 259, qui avancent l'idée que, dans les pays de tradition civiliste, “*those procedural systems traditionally place on the decision by the judge as the normal way of disposing of the controversies. The right to sue is seen as the right to a judge and a decision by the judge*”.

50) Art. 127-131 CPC (mod. D. n° 2010-1165, 1^{er} oct. 2010).

civile. Il résulte de ce dispositif que les parties peuvent se concilier d'elles-mêmes ou à l'initiative du juge, même le juge des référés, tout au long de l'instance (article 127), y compris pendant l'instruction de l'affaire.

La conciliation est tentée, sauf disposition particulière, au lieu et au moment que le juge estime favorables (article 128). Mais si les parties se concilient spontanément en cours d'instance, elles peuvent toujours demander au juge de constater leur conciliation (article 129). Il convient de signaler que, en pratique, c'est souvent devant le juge des référés ou en cours d'expertise que les chances de parvenir à une conciliation des parties sont les plus fortes (dans les 2/3 des affaires environ devant le Tribunal de commerce de Paris). La raison en est sans doute que les parties apprécient mieux, dans ces deux circonstances, les qualités et les défauts de leur position par rapport au litige et à la manière dont le juge pourrait le régler. Il convient de préciser que le juge ne peut pas donner à l'expert mission de concilier les parties (article 240). Cependant, si les parties viennent à se concilier au cours de l'expertise, l'expert peut du moins constater que sa mission est devenue sans objet. Dans ce cas, il en fait rapport au juge et, de leur côté, les parties peuvent demander au juge de donner force exécutoire à l'acte exprimant leur accord (article 281).

19. b) Quant aux *règles spéciales*, elles varient selon les juridictions. La réglementation peut être souple et sommaire, le code se contentant par exemple de prévoir, comme devant le tribunal de grande instance (art. 768 CPC) et le tribunal de commerce (art. 863 CPC), que le juge peut constater la conciliation des parties et, le cas échéant, homologuer l'accord des parties à leur demande (devant le juge de la mise en état du tribunal de grande instance : art. 768, al. 2 CPC). Mais dans d'autres hypothèses, le code organise précisément une procédure préalable de conciliation qui est alors conçue comme un préliminaire à la solution juridictionnelle du litige par le juge. Parfois, ce préliminaire est simplement *proposé*, comme devant le tribunal d'instance et la juridiction de proximité pour les petits litiges civils (art. 830-836, 845 CPC) ou devant le tribunal paritaire des baux ruraux (art. 887-888 CPC) ; parfois, il est plus radicalement *imposé*, comme devant le conseil de prud'hommes qui juge le contentieux du travail (art. R. 1454-7 à R. 1454-18 C. trav.). La tentative de conciliation est également obligatoire en matière de divorce et de séparation de corps (art. 252 à 253 C. civ.).

La tendance du droit français est donc, incontestablement, à favoriser la conciliation des parties. D'ailleurs, une disposition légale, de création assez récente, prévoit que si le juge n'a pas recueilli l'accord des parties pour procéder aux tentatives préliminaires de conciliation prescrites par la loi (en dehors des cas où ces préliminaires sont obligatoires), il peut leur enjoindre de rencontrer une personne qu'il désigne à cet effet afin de les informer sur l'objet et le déroulement de la mesure de conciliation ; cette personne peut être le

conciliateur de justice⁵¹⁾. La finalité de cette disposition n'est bien sûr pas d'imposer aux parties une conciliation dont elles ne veulent pas et qui n'aurait dès lors aucune utilité ; il s'agit, pédagogiquement, de les informer afin de leur faire prendre conscience des avantages potentiels d'une mesure de conciliation.

En outre, depuis 1995, une nouvelle technique est venue enrichir la contractualisation du procès sur le terrain de la conciliation en justice : il s'agit de la conciliation judiciaire déléguée.

2°) *La conciliation judiciaire déléguée*

20. Les raisons du développement de cette deuxième sorte de conciliation judiciaire sont diverses, combinant le souci d'alléger la tâche du juge, en le recentrant sur sa mission essentielle qui est de dire le droit, et le souci de favoriser le succès de la solution amiable dans le respect du droit à un juge impartial, ce qui conduit à séparer les fonctions de conciliateur et de juge. Cette conciliation judiciaire déléguée peut prendre deux formes selon qu'elle est envisagée au début (a) ou au cours (b) de l'instance.

a) **La conciliation préalable**

21. Originellement envisageable devant le tribunal d'instance et la juridiction de proximité, cette conciliation judiciaire déléguée au seuil de l'instance a été rendue possible devant les autres juridictions de première instance par un décret du 1^{er} octobre 2010. Dans cette hypothèse, la juridiction a la possibilité de ne pas procéder elle-même à la tentative préalable de conciliation, mais d'en confier le soin à un conciliateur de justice⁵²⁾.

La solution est notable car elle étend significativement le champ de la compétence des conciliateurs de justice qui, à l'origine, n'avaient été institués que pour faciliter la conciliation *extrajudiciaire* et qui peuvent donc maintenant se voir confier une mission de conciliation *judiciaire*. C'est d'ailleurs pour cette raison qu'on les appelle maintenant *conciliateurs de justice*.

La conciliation judiciaire déléguée peut aussi avoir lieu en cours d'instance ; elle est alors incidente.

b) **La conciliation incidente, dite « médiation judiciaire »**

22. A cette conciliation judiciaire déléguée en cours d'instance correspond l'hypothèse de la médiation judiciaire à proprement parler.

51) Article 21, alinéa 6, de la Loi n° 95-125 du 8 février 1995, ajouté par la Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002, article 8.

52) Loi n° 95-125 du 8 février 1995, puis, désormais, art. 129-1 à 129-5 CPC.

L'idée de la médiation judiciaire est apparue dans la pratique des tribunaux, plus spécialement dans la pratique du tribunal de grande instance et de la cour d'appel de Paris à partir des années 1960-1970. Elle a d'abord été mise en œuvre par le juge des référés à l'occasion des conflits sociaux dont il était saisi. La Cour de cassation avait fini par en consacrer la possibilité sur le fondement de la règle générale de l'article 21 du Code de procédure civile⁵³⁾. Après plusieurs tentatives de faire passer cette pratique dans la loi, le pas décisif a été accompli par la loi précitée du 8 février 1995, avant qu'un décret du 22 juillet 1996 l'insère dans les dispositions générales du Code de procédure civile (article 131-1 à 131-15 CPC).

La médiation judiciaire, qui peut porter sur tout ou partie du litige, est largement ouverte. Tout juge peut en effet désigner une tierce personne « *afin d'entendre les parties et de confronter leurs points de vue pour leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose* » (article 131-1). À défaut de distinction, le juge doit s'entendre du juge civil en général, au sens de l'article 749 du Code de procédure civile, c'est-à-dire de toute juridiction de l'ordre judiciaire statuant en matière civile, commerciale, sociale, rurale ou prud'homale, en première instance ou en appel, y compris le juge des référés, mais, par définition, à l'exclusion de la Cour de cassation qui n'est pas juge du fond mais juge du droit. L'accès à la médiation judiciaire est cependant limité quant aux conditions de sa mise en œuvre, le juge ne pouvant recourir à la médiation qu'après avoir obtenu l'accord des parties que doit du reste mentionner la décision ordonnant la médiation (article 131-1 et 131-6).

En cas d'échec de la médiation, les fonctions du médiateur cessent et l'instance poursuit son cours ordinaire comme si rien ne s'était passé. En cas d'accord, même partiel, les parties peuvent soumettre celui-ci à l'homologation du juge qui lui donne force exécutoire⁵⁴⁾. Le juge n'est pas tenu d'homologuer l'accord qui lui est soumis s'il estime que les droits de chacune d'elles ne sont pas suffisamment préservés. De prime abord, cette disposition semble n'être qu'une application particulière de la règle plus générale de l'article 384 du Code de procédure civile aux termes duquel, quelle que soit la manière dont la conciliation judiciaire des parties a été obtenue, le rôle du juge se limite à constater l'accord intervenu et à donner force exécutoire à l'acte le constatant. De même, il aurait été logique d'analyser l'accord conclu en une transaction prenant la forme d'un contrat judiciaire. Pourtant, l'article 131-12, alinéa 2 du Code de procédure civile indique que l'homologation réalisée « relève de la matière gracieuse », ce qui conduit, en l'absence de dispositions particulières, à soumettre l'accord des parties au régime des jugements gracieux, y compris pour les voies de recours dont ils peuvent être l'objet, comme c'est le cas pour la conciliation judiciaire déléguée à un

53) Voir *supra* Cass. 2^e civ., 16 juin 1993 préc.

54) Loi du 8 février 1995, article 25 et article 131-12 CPC.

conciliateur de justice, mentionnée plus haut⁵⁵). La qualification est surprenante et il n'est pas certain que le Ministère de la Justice en ait bien mesuré toutes les implications, notamment du point de vue des voies de recours. Elle n'en est pas moins tout à fait significative, encore une fois, de la tendance du droit français à articuler les modes alternatifs de règlement des conflits à la procédure judiciaire.

Cette médiation est en principe applicable en toute matière, mais la loi a prévu un dispositif particulier en matière familiale, allant dans le sens conseillé par le Conseil de l'Europe⁵⁶). La pratique judiciaire était déjà en ce sens mais selon des formes et avec un enthousiasme variables selon les juridictions. Cette possibilité a d'abord été prévue en matière d'autorité parentale, spécialement en cas de désaccord des parents sur le mode de résidence de l'enfant (article 373-2-10 du Code civil). Puis la possibilité en a été étendue aux procédures de divorce (article 255 du Code civil). A défaut d'accord des époux, le juge peut leur enjoindre de rencontrer un médiateur familial qui les informe sur l'objet et le déroulement de cette mesure (article 1071 CPC). L'encadrement de la médiation familiale par la loi ne s'arrête pas à cette disposition. Un *Comité national consultatif de la médiation familiale* a été institué à l'effet de normaliser et de moraliser les pratiques en la matière (Arrêté du 8 octobre 2001)⁵⁷) et un diplôme d'Etat de médiateur familial a également été créé afin de garantir la compétence des médiateurs familiaux⁵⁸).



23. En conclusion, les modes alternatifs de règlement des conflits doivent sans aucun doute être favorisés. Ils sont devenus un élément à part entière du système de régulation juridique et il faut en consolider, à la fois, la diversité et la sécurité.

La *diversité*, en effet, car les modes de règlement amiable peuvent être judiciaires ou extrajudiciaires ; ils peuvent faire intervenir un tiers ou non ; ils peuvent être préalables à l'instance ou se produire en cours d'instance ; ils peuvent déboucher sur un contrat ou sur un jugement. Ce que donne à voir l'évolution contemporaine des modes de règlement des conflits, c'est le refus du tout judiciaire aussi bien que du tout contractuel et il faut absolument poursuivre dans cette direction. Si tous les conflits ne se prêtent pas à une solution extrajudiciaire, à l'inverse, tous les conflits ne se prêtent pas non plus à une solution juridictionnelle : de même que toutes les maladies ne justifient pas d'aller d'emblée voir le

55) Art. 131 CPC et voir *supra* n° 22.

56) Recommandation n° R (98) 1 du 21 janvier 1998 sur la médiation familiale, Éditions du Conseil de l'Europe, 1999.

57) Pour une vue de la pratique, consulter : www.apmf.fr et www.mediation-familiale.org

58) Décret n° 2003-1166 du 2 décembre 2003 portant création du diplôme d'Etat de médiateur familial, complété par un Arrêté du 12 février 2004 relatif au diplôme d'Etat de médiateur familial.

service spécialisé de l'hôpital public, tous les conflits ne justifient pas d'emblée d'aller voir un tribunal. Ce souci d'articuler procédures judiciaires et modes alternatifs n'est pas propre à la France ; il apparaît clairement comme un des objectifs du droit de l'Union européenne⁵⁹⁾.

Mais, part entière du système de régulation juridique, les différents dispositifs de conciliation doivent être pensés juridiquement si l'on veut leur appliquer un régime technique approprié qui permette leur développement sans que leur efficacité ne se fasse au détriment des droits fondamentaux des parties. La *sécurité* doit accompagner la diversité. Les modes alternatifs de règlement des conflits ont besoin de garanties d'ordre *processuel* ou procédural, sortes de principes directeurs du règlement amiable comme il existe des principes directeurs du procès contentieux. Certains de ces principes directeurs de la conciliation sont inspirés des éléments du droit au procès équitable : ainsi, *l'exigence de loyauté* faite aux parties, parfois qualifiée par référence, ce qui est discuté, au principe de la contradiction ; ainsi encore *l'exigence d'impartialité*, requise du tiers conciliateur comme elle l'est du juge, cette qualité tenant non pas à la qualité de juge, mais à la qualité de tiers ; ainsi en outre, *les exigences de neutralité du tiers conciliateur et d'égalité des armes entre les parties* qui en sont le corollaire. Mais, les principes directeurs du règlement amiable ne se réduisent pas aux seules garanties inspirées du procès équitable. La *nature contractuelle* des MARC secrète d'autres garanties, spécifiques, qui, pour l'essentiel, sont au nombre de deux. La *confidentialité*, bien sûr : rien ne doit filtrer de la procédure de conciliation, c'est une garantie de la sincérité des parties et un facteur de leur confiance envers le tiers. Mais aussi, on le dit moins alors qu'il s'agit pourtant de la première des garanties, le *consentement* des parties. Dans sa mise en oeuvre comme dans son déroulement et son issue, il n'y a pas de mode alternatif qui vaille sans un consentement libre et éclairé des parties. Si un justiciable peut être jugé sans son accord, ni même sa présence, une partie à un conflit ne peut être conciliée contre son gré, ni même en son absence.

24. En définitive, à l'époque où la conciliation se développe aussi bien sur le terrain judiciaire que sur le terrain extrajudiciaire, la frontière paraît assez mince entre la solution juridictionnelle et la solution conventionnelle des litiges. Entre ces deux modes de solution, les nuances s'observent davantage que les contrastes. Appelons cela, si l'on veut, *le modèle de la justice plurielle*⁶⁰⁾. Les modes alternatifs de règlement des conflits relèvent aujourd'hui,

59) Voir article 1^{er} 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 : « *La présente directive a pour objet de faciliter l'accès à des procédures alternatives de résolution des litiges et de favoriser le règlement amiable des litiges en encourageant le recours à la médiation et en garantissant une articulation satisfaisante entre la médiation et les procédures judiciaires* ».

60) L. Cadiet, « Procès équitable et modes alternatifs de règlement des conflits », in M. Delmas-Marty, H. Muir-Watt et H. Ruiz-Fabri (sous la direction de), *Variations autour d'un droit commun – Premières rencontres de l'UMR de droit comparé de Paris*, Paris, Société de législation comparée, 2002, pp. 89 sq

en France, d'un choix de politique publique visant à diversifier les réponses susceptibles d'être proposées aux justiciables par l'Etat pour le règlement de leurs différends, sorte d'offre de pluralisme judiciaire dont le mot d'ordre pourrait être : « *à chaque type de conflit son mode de solution* ». Favoriser leur développement, ce n'est pas faire l'économie de l'Etat, comme la crainte en est parfois exprimée ; c'est simplement contribuer à retisser du lien social et, lorsque ces modes se développent en liaison avec l'institution judiciaire, c'est promouvoir une justice plus participative, c'est-à-dire plus citoyenne. A l'opposé d'un discours associant les modes alternatifs de règlement des conflits à une entreprise de déjudiciarisation, il est sans doute préférable de défendre l'idée que les modes de solution amiable doivent être articulés aux modes judiciaires de règlement des différends. Les modes alternatifs de règlement des conflits sont aussi un des outils du management judiciaire. 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 résolution des conflits doivent donc être équivalentes. *Au droit à un procès équitable doit ainsi répondre le droit à une conciliation ou à une médiation équitable*⁶¹⁾.

61) L. Cadiet, « Procès équitable et modes alternatifs de règlement des conflits », in M. Delmas-Marty, H. Muir-Watt et H. Ruiz-Fabri (sous la direction de), *Variations autour d'un droit commun – Premières rencontres de l'UMR de droit comparé de Paris*, Paris, Société de législation comparée, 2002, pp. 89 sq.

