



Le modèle civiliste de justice alternative

Morgane Reverchon-Billot

► To cite this version:

Morgane Reverchon-Billot. Le modèle civiliste de justice alternative. Les modes alternatifs de règlement des litiges en droit administratif, 2018. hal-02098398

HAL Id: hal-02098398

<https://hal.science/hal-02098398>

Submitted on 12 Apr 2019

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

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

Le modèle civiliste de justice alternative¹

M. REVERCHON-BILLOT

Maître de conférences à la Faculté de droit de Poitiers

Equipe de recherche en droit privé (EA 1230)

Existence d'un modèle de référence – Le modèle est « un ensemble juridique simplifié et différencié », qui permet de réfléchir, classer, comparer, « pour percevoir facilement les ressemblances et les différences »². Pour des auteurs, les rédacteurs du Nouveau Code de procédure civile « donnent à voir dans cet opus un véritable modèle du procès civil. Celui-ci correspond à l'hypothèse où des parties, ayant des prétentions opposées, attendent d'un juge qu'il dise le droit pour y mettre un terme, définitivement, au terme d'une procédure ritualisée »³. Trouve-t-on, à côté du modèle de référence ainsi définit, un autre modèle ? À reprendre la définition donnée du modèle du procès civil, cet « autre » existe dès lors qu'il est possible de modéliser des règles permettant de résoudre le litige en dehors du juge, de ne pas dire le droit et de ne pas suivre la procédure ritualisée.

Existence d'une altérité – L'altérité est le caractère de ce qui est autre ; or de nombreuses règles se distinguent du modèle de référence. Il est d'abord évident que le juge n'a pas le monopole de la résolution des litiges. Un livre du Code de procédure civile, consacré à la résolution amiable des différends, réglemente la médiation et la conciliation conventionnelles, ainsi que la procédure participative.

D'autres dispositions permettent ensuite au juge de résoudre le litige sans dire le droit ; l'un des principes directeurs du procès civil lui donne comme mission de concilier les parties (CPC, art. 21). Il peut toutefois déléguer cette tâche à un conciliateur de justice (CPC, art. 129-2) ou préférer désigner un médiateur de justice (131-1 et s.). Le Code de procédure civile permet également aux parties d'émanciper le juge du droit ; elles peuvent conférer au juge étatique ou à l'arbitre⁴ la mission de statuer comme amiable compositeur (CPC, art. 12 et 1478).

Un troisième type d'altérité peut enfin être recensé lorsque les parties sont autorisées à aménager les règles de procédure. Cette possibilité leur est notamment offerte lorsqu'elles ont recours à une convention de procédure participative : elles pourront alors choisir – à rebours du schéma de référence - de privatiser la mise en état de leur litige (C. civ., art. 2062). C'est également l'une des caractéristiques de l'arbitrage ; il « peut être façonné par les parties pour coller au plus près des caractéristiques de leur litige »⁵.

De l'altérité à l'alternative – Le terme « alternative » est unanimement employé par la doctrine et le législateur pour désigner les règles qui diffèrent de celles du modèle de référence⁶.

¹ Poitiers, le 11 mai 2017.

² S. SOLEIL, « Comment les pionniers du droit comparé ont-ils fabriqué les premiers modèles juridiques ? », in B. FAUVARQUE-CAUSSON (ss. Dir.), *Le droit comparé au XXI^e siècle : enjeux et défis*, éd. SLC, 2015, p. 178.

³ S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile, Droit interne et européen du procès civil*, 33^e éd., Dalloz 2016, n° 119.

⁴ Traiter l'arbitrage comme un mode alternatif est source de controverse ; « De mode alternatif, il est devenu un mode classique sous l'effet conjugué et paradoxal de son succès et de ses tendances trop fréquentes à la judiciarisation et à l'institutionnalisation qui le dénaturent » (CH. JARROSSON, « Les modes alternatifs de règlement de conflits. Présentation générale », *RID comp.* 1997, Vol. 49, n° 2, p. 325, n° 11).

⁵ L. CADIET et TH. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, Connaissance du droit, 2^e éd., Dalloz 2017, p. 45.

⁶ L. CADIET et TH. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, op. cit. ; Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle : « Titre II : Favoriser les modes alternatifs de règlement des différends » ; J.-B. RACINE (coord.), *Pluralisme des modes alternatifs de résolution des conflits*,

Il n'est toutefois pas sûr, en dépit de cet usage, qu'il corresponde à l'idée que l'on veut exprimer. Constitue une alternative ce « qui vient tour à tour, qui se répète à intervalles plus ou moins réguliers »⁷. À suivre cette définition, traiter de la justice alternative impose d'étudier les interactions qui existent entre le règlement amiable et le règlement judiciaire des différends ; cela revient, par exemple, à analyser le fait que les parties peuvent saisir le juge, puis tenter une conciliation, pour finalement revenir devant le juge afin qu'il tranche le litige en cas d'échec de la mesure, ou homologue au contraire la convention lorsqu'elle a été un succès. Dans une telle hypothèse, la justice amiable et la justice contentieuse viennent tour à tour.

L'autre définition donnée de l'alternative semble correspondre davantage à l'idée que l'on veut exprimer ; l'alternative est une « option entre deux choses, entre deux propositions »⁸. Mais la correspondance n'est qu'apparente. Le dictionnaire Littré précise qu'« on choisit dans une alternative ; mais on ne se décide pas pour une alternative, puisque l'alternative elle-même est l'option entre deux issues, deux moyens »⁹. Or, ce que l'on veut ici désigner, c'est le choix d'une autre justice ; le vocable « alternative » *stricto sensu* n'est pas adapté.

En réalité, l'expression est utilisée – à mauvais escient – pour désigner l'altérité, l'autre justice. Cela résulte d'une traduction littérale de ce qui existe ailleurs¹⁰ ; le droit de *Common Law* emploie l'expression d'*alternative dispute resolution*. Convenons toutefois de passer outre l'utilisation approximative du terme et accordons-nous pour dire que la justice alternative est celle qui se trouve à côté du modèle de référence. Mais existe-t-elle véritablement ?

Intégration de l'alternative dans le modèle de référence – Plusieurs règles tendent à montrer que la justice alternative est de plus en plus intégrée au modèle de référence. L'article 4 de la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle¹¹ impose par exemple aux parties de tenter de se concilier avant même de pouvoir saisir le juge d'instance par déclaration au greffe. L'article 2062 du Code civil, en permettant une privatisation de la mise en état, fait également entrer l'alternative dans le modèle de référence. Dans ce cas, cette phase est externalisée et le juge n'aura plus qu'à dire le droit. En outre, l'une des missions du juge est de concilier les parties (CPC, art. 21). L'alternative existe-t-elle toujours ou ne fait-elle pas intégralement partie du modèle de référence ? En admettant la coexistence de deux types de justices, il convient de se demander si l'on n'assiste pas à une interversion des modèles. Autrement dit, la justice alternative n'est-elle pas en passe de supplanter le modèle de référence ? Dans ces conditions, le modèle du procès civil contentieux, présenté comme étant le modèle de référence, n'a-t-il pas pour vocation à devenir le modèle alternatif ? La justice alternative se transformerait alors en modèle de référence.

Identification de l'alternative et de la référence – En réalité, les modèles ne sont pas inversés. Deux arguments peuvent être formulés en ce sens ; le premier est historique, le second quantitatif.

Il convient d'abord de rappeler que la nouveauté en la matière n'est qu'apparente. En effet, la conciliation préalable obligatoire devant un bureau de paix avant toute saisine d'un tribunal était « une idée-force de la Révolution judiciaire de 1790 »¹². Elle fut supprimée par la

pluralisme du droit, L'Hermès 2002 ; N. FRICERO et alii, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Dalloz, 2^e éd., 2016.

⁷ CNRTL, V^o Alternative.

⁸ Littré, V^o Alternative. <http://www.littre.org/definition/alternative>.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ CH. JARROSSON, *art. préc.*, n^o 10.

¹¹ LOI n^o 2016-1547 du 18 novembre 2016.

¹² J. POUMAREDE, « La conciliation, la mal-aimée des juges », *Cah. Justice* 2013, p. 127.

loi du 9 février 1949¹³. On peut également relever que le premier titre de la loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire, avant même le titre II posant les principes généraux du fonctionnement de la justice, était consacré à l'arbitrage. Selon le premier article de la loi, « l'arbitrage étant le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre les citoyens, les législatures ne pourront faire aucune disposition qui tendrait à diminuer, soit la faveur, soit l'efficacité des compromis ». Un autre exemple est relatif à la mise en état. « Sous le régime du Code de 1806, le soin de diligenter l'instruction, de l'orienter, de la diriger était abandonné aux plaideurs et à leurs avoués. Aujourd'hui, suite aux réformes successives, [...] la responsabilité du bon déroulement de l'instruction est confié, toutes les fois que la nature et la complexité de l'affaire le justifie, à un magistrat, le juge de la mise en état »¹⁴.

Pour autant, en dépit de l'existence de ces règles, le procès civil contentieux était perçu comme le modèle de référence. On peut lire par exemple que « les auxiliaires de justice, avocats et avoués, détestaient la conciliation qu'ils voyaient comme un détournement d'éventuels plaideurs et les magistrats eux-mêmes ne s'y intéressaient pas. [Pour eux], l'office du magistrat était d'exercer l'art de juger : une fonction régaliennne, un *imperium*. La recherche laborieuse d'une transaction n'était pas à la hauteur de leur dignité »¹⁵.

L'analyse peut ensuite s'appuyer sur un argument quantitatif : en prenant le critère du nombre, le modèle contentieux reste largement le modèle de référence. Il en va ainsi concernant le nombre de litiges résolus par chacun de ces types de justice. Les « Chiffres clés de la Justice 2016 »¹⁶ indiquent qu'en 2015, les conciliateurs de justice ont été saisis de 122 539 litiges et qu'ils sont parvenus à concilier les parties 72 035 fois. Ces chiffres sont sans commune mesure avec ceux concernant le nombre de décisions de justice rendues par les juridictions en matière civile et commerciale ; il s'élève à 2 674 879 décisions. Le constat est identique au regard du nombre de textes consacrés à chacun des modes de résolution ; nombreux sont ceux relatifs au procès civil contentieux par rapport aux dispositions traitant de la justice amiable.

Modélisation de la justice alternative – La justice alternative ne doit pas se construire en opposition mais en articulation avec les modes juridictionnels de règlement des conflits ; « le parti (le pari ?) du droit français est d'articuler modes judiciaires et modes extrajudiciaires, modes anciens et modes nouveaux de règlement des conflits dans le cadre d'un système global, mais pluriel, de justice : à chaque type de conflit, son mode de solution approprié, les uns n'excluant pas les autres et, pour un même conflit, susceptible d'évoluer dans le sens d'un apaisement ou, au contraire, d'une aggravation, il doit être possible d'aller de l'un à l'autre et *vice versa*, ce que la loi doit assurer de manière flexible »¹⁷. Une modélisation satisfaisante de la justice alternative doit donc impérativement faire apparaître ces liens. Modéliser la justice alternative impose de l'appréhender comme un « ensemble juridique simplifié et différencié »¹⁸. Certains présentent l'arbitrage comme procédant à une privatisation du modèle de référence¹⁹ et analysent les modes alternatifs de règlement des différends comme une reconfiguration du modèle²⁰. Proposons, aux côtés et en complément du modèle de référence, un modèle civiliste de justice alternative.

¹³ Loi n°49-178 du 9 février 1949 supprimant la tentative de conciliation dans les affaires du ressort des tribunaux de première instance.

¹⁴ S. GUINCHARD et alii, *op. cit.*, n° 1658.

¹⁵ J. POUMAREDE, *art. préc.*, p. 127.

¹⁶ http://www.justice.gouv.fr/art_pix/stat_CC%202016.pdf

¹⁷ L. CADIET et TH. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, *op. cit.*, p. 7.

¹⁸ S. SOLEIL, *art. préc.*, p. 178.

¹⁹ S. GUINCHARD et alii, *op. cit.*, n° 2231 et s.

²⁰ S. GUINCHARD et alii, *op. cit.*, n° 2418 et s.

Il existe de nombreux modes alternatifs de résolution des différends²¹ : conciliation, médiation, arbitrage, procédure participative, droit collaboratif... Ils composent le modèle. Leur étude va permettre de tracer les contours du modèle civiliste de justice alternative, d'en apercevoir la figure (I). Viendra ensuite le temps d'observer le modèle en mouvement, d'analyser la manière dont il est mis en œuvre et les résultats auxquels il peut aboutir. Il s'agira alors d'examiner le recours au modèle (II).

I. La figure du modèle

Il eut été tentant de distinguer selon qu'il s'agit d'une alternative au contentieux – justice amiable – ou d'une alternative au juge étatique – arbitrage -. Ce choix aurait toutefois eu pour conséquence d'isoler l'arbitrage des autres alternatives, empêchant ainsi la modélisation. Il est préférable de partir du constat que certaines alternatives sont bien ancrées dans le droit positif - arbitrage, conciliation et médiation -, tandis que d'autres sont récentes et voient le jour sous l'impulsion du droit anglo-saxon - à l'instar du droit collaboratif et de la procédure participative -. Tracer les contours du modèle impose d'examiner d'abord la figure traditionnelle (A), pour analyser ensuite celle qui est modernisée (B).

A. La figure traditionnelle

Alternatives hors procès – La conciliation et la médiation conventionnelle sont des alternatives qui existent en dehors de tout procès. Elles sont définies à l'article 1530 du Code de procédure civile comme, « tout processus structuré, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord, en dehors de toute procédure judiciaire en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers choisi par elles qui accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence ». L'existence d'une définition commune rend la distinction des deux mécanismes délicate. Elle ne doit toutefois pas tromper. Il s'agit de deux modes de règlement différents, menés par des acteurs distincts : « le conciliateur élabore une décision et recueille l'assentiment des plaideurs ; le médiateur aide les parties à élaborer elles-mêmes un accord »²².

Les deux mécanismes ne sont pas utilisés pour le même type de litiges ; l'importance de l'affaire, sa complexité, la nature des relations entre les parties oriente davantage vers l'un ou l'autre²³. Les litiges de consommation, ceux concernant la rupture abusive de contrats, les loyers d'habitation, les conflits de voisinage ou de mitoyenneté sont le plus souvent résolus par la conciliation. La médiation est davantage « utilisée dans les litiges complexes, bancaires, commerciaux, civils, sociaux, dans les domaines de la copropriété, de l'immobilier, des baux commerciaux, des relations contractuelles intra-entreprises mais aussi inter-entreprises, ou entre associés, en matière de successions, de santé, avec de façon générale des enjeux financiers conséquents, aux aspects psychologiques lourds »²⁴. La médiation peut également être préconisée lorsqu'il existe un aléa judiciaire ou que « l'application stricte du droit risque de porter atteinte à l'équité ou de conduire à un déséquilibre entre les parties »²⁵.

²¹ CH. JARROSSON, *art. préc.*, n° 10 et s.

²² J.-L. VIVIER, « La réforme de la conciliation et l'introduction de la médiation » *LPA* 25 nov. 1996, p.12.

²³ M. BOITTELLE-COUSSAU, « Comment choisir entre la médiation et la conciliation ? », *Gaz. Pal.* 12 et 13 juin 2015, n° 163 à 164.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Ibid.*

Conciliation et conciliateur de justice - La conciliation conventionnelle est diligentée par les conciliateurs de justice. Ceux-ci ont été institués par le décret n° 78-381 du 20 mars 1978 relatif aux conciliateurs de justice (CPC, art. 1536). L'article premier du décret prévoit qu'ils « ont pour mission de rechercher le règlement amiable d'un différend dans les conditions et selon les modalités prévues au code de procédure civile ».

L'article 2 du décret n° 78-381 du 20 mars 1978 relatif aux conciliateurs de justice pose plusieurs conditions tenant à la personne du conciliateur de justice. Il doit « jouir de ses droits civils et politiques ». Afin de garantir leur indépendance, le texte ajoute qu'il ne doit « être investi d'aucun mandat électif dans le ressort de la cour d'appel dans lequel il exerce ses fonctions ». Il ne doit pas non plus exercer d'activité judiciaire ou participer au fonctionnement du service de la justice²⁶. Le conciliateur doit en outre justifier d'une « expérience en matière juridique d'au moins trois ans » : le législateur souhaite réserver ce statut aux personnes « que leur compétence et leur activité qualifient particulièrement pour l'exercice de ces fonctions ». Cela peut toutefois s'avérer compliqué puisqu'elle est exercée à titre bénévole²⁷. Les conséquences d'une fonction prenante et non rémunérée sont que 94% des conciliateurs de justice sont des retraités et que leur moyenne d'âge en 2015 était de 68,5 ans²⁸.

Plusieurs dispositions sont enfin dédiées aux moyens à disposition du conciliateur pour mener à bien sa mission. Il peut d'abord inviter les intéressés à « se rendre devant lui » (CPC, art. 1537)²⁹ pour les entendre. Le Code l'autorise ensuite, lorsque les circonstances le justifient, à se rendre sur les lieux et à entendre toutes personnes dont l'audition lui paraît utile (CPC, art. 1538). Il peut enfin, lorsque l'affaire est complexe par exemple, s'adjoindre le concours d'un autre conciliateur de justice du ressort de la Cour d'appel (CPC, art. 1539).

Médiation et médiateur - La médiation conventionnelle est menée par un médiateur. Celui-ci peut être une personne physique ou morale. S'il est une personne morale, celle-ci désigne, avec l'accord des parties, la personne physique chargée d'accomplir la mission de médiation (CPC, art. 1532). Le médiateur ou la personne physique désignée par lui ne doit « pas avoir fait l'objet d'une condamnation, d'une incapacité ou d'une déchéance mentionnées sur le bulletin n° 3 du casier judiciaire » (CPC, art. 1533, 1°). Il doit également « posséder, par l'exercice présent ou passé d'une activité, la qualification requise eu égard à la nature du différend ou justifier, selon le cas, d'une formation ou d'une expérience adaptée à la pratique de la médiation » (CPC, art. 1533, 2°). En somme, n'importe quelle personne peut être choisie comme médiateur ; qu'elle ait ou non des compétences juridiques.

Alternatives dans le procès - Il arrive parfois que la conciliation et la médiation soient mises en œuvre alors même qu'un juge a déjà été saisi ; elles sont dites judiciaires. Il se peut que les parties, en cours d'instance, choisissent d'elles même de se concilier ou acceptent la proposition faite par le juge de recourir à ce mode de règlement amiable (CPC, art. 128). Concernant la médiation judiciaire, les parties ne peuvent l'actionner de leur propre chef ; ce processus doit être proposé par le juge, qui recueillera l'accord des parties (CPC, art. 131-1)³⁰.

²⁶ Mais les fonctions ne sont pas incompatibles avec celles de suppléant de juge d'instance.

²⁷ Il bénéficie seulement d'une indemnité forfaitaire destinée à couvrir les dépenses exposées dans l'exercice de ses fonctions.

²⁸ L. BRUNIN et P. PIROT, « L'activité des conciliateurs de justice en 2015 », *Infostat justice*, février 2017, n° 148, p. 1 (http://www.justice.gouv.fr/art_pix/stat_Infostat_148.pdf).

²⁹ Les intéressés peuvent se faire accompagner d'une personne majeure de leur choix, qui justifie de son identité (CPC, art. 1537).

³⁰ Il ne saurait néanmoins y avoir recours dans tous les domaines ; l'article 22-1 de la loi du 8 février 1995 lui interdit en effet de désigner un médiateur pour procéder aux tentatives préalables de conciliation prescrites par la loi en matière de divorce et de séparation de corps.

L'article 127 du Code de procédure civile précise que le juge peut proposer aux parties d'avoir recours à l'un ou l'autre de ces modes lorsqu'elles ne justifient pas, dans l'acte introductif d'instance, des « diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable de leur litige ». L'objectif est clair : le législateur souhaite encourager le recours au modèle alternatif.

Place centrale du juge dans la conciliation - Concernant la conciliation judiciaire, il faut bien garder à l'esprit qu'il « entre dans la mission du juge de concilier les parties » (CPC, art. 21). Elle est donc en principe menée par le juge. Le Code lui offre toutefois la possibilité de déléguer sa mission à un conciliateur de justice (CPC, art. 129-2). L'article 129 du Code de procédure civile précise que la « conciliation est tentée, sauf disposition particulière, au lieu et au moment que le juge estime favorable et selon les modalités qu'il fixe ».

Rôle majeur du médiateur dans la médiation - La médiation a en revanche pour objectif de « 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 » (CPC, art. 131-1). Elle est donc nécessairement menée par un tiers : le médiateur de justice. Celui-ci peut être une personne physique ou morale (CPC, art. 131-4) et doit satisfaire à un certain nombre de conditions énumérées à l'article 131-5 du Code de procédure civile³¹. La durée initiale de la médiation ne peut excéder trois mois, mais elle peut être renouvelée une fois pour une même durée à la demande du médiateur (CPC, 131-3). Le médiateur est rémunéré ; le montant de la rémunération est fixé par la juge à la fin de la mission (CPC, art. 131-13). Le code précise encore que le médiateur ne dispose d'aucun pouvoir d'instruction ; il a seulement la possibilité, avec l'accord des parties et pour les besoins de la médiation, d'entendre les tiers qui y consentent (CPC, art. 131-8).

Afin de promouvoir la médiation, l'article 8 de la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle³² prévoit qu'il « est établi, pour l'information des juges, une liste des médiateurs dressée par chaque cour d'appel »³³. Un rapport de l'Inspection générale des services judiciaires sur le développement des modes amiables de résolution des différends³⁴ avait préconisé une telle mesure pour remédier à l'insuccès de la médiation judiciaire. Jusqu'à présent, les juges éprouvaient des difficultés à choisir et désigner le médiateur lui paraissant avoir le meilleur profil dans chaque affaire³⁵. Il n'est toutefois pas certain que l'élaboration de listes suffise à permettre un développement de la médiation tant il existe d'autres obstacles³⁶.

³¹ Article 131-5 CPC : La personne physique qui assure l'exécution de la mesure de médiation doit satisfaire aux conditions suivantes :

1° 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 ;

2° N'avoir pas 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 ;

3° Posséder, par l'exercice présent ou passé d'une activité, la qualification requise eu égard à la nature du litige ;

4° Justifier, selon le cas, d'une formation ou d'une expérience adaptée à la pratique de la médiation ;

5° Présenter les garanties d'indépendance nécessaires à l'exercice de la médiation.

³² Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016.

³³ Modification de l'article 22-1 A de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative par l'article 8 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

³⁴ http://www.justice.gouv.fr/publication/2015_THEM_Rapport_definitif_reglement_conflits.pdf, p. 35.

³⁵ P. BERTRAND, « La liste des médiateurs dans chaque cour d'appel : nouvelle exigence de la loi J21 », *Gaz. Pal.* 2017, n° 7, p. 17.

³⁶ *Ibid.*

Alternative au juge étatique - Les parties peuvent aussi décider de soumettre leur litige à un juge privé : un arbitre³⁷. Elles écartent alors la compétence du juge étatique par une convention d'arbitrage. Celle-ci peut intervenir avant la naissance du litige – clause compromissoire –, ou après - compromis -. Les parties sont autorisées à conclure une telle convention dès lors qu'elles ont la libre disposition de leurs droits (C. civ., art. 2059). En revanche, le litige ne peut être arbitré lorsqu'il porte sur des « questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public » (C. civ., art. 2060 al. 1)³⁸. En somme, l'ordre public est l'indicateur d'arbitrabilité du litige. L'une des difficultés réside dans le fait que la notion se laisse difficilement appréhender ; certains écrivent même qu'elle « varie avec la longueur des pieds des magistrats »³⁹. Autrement dit, c'est un « concept flou et variable selon les époques et d'autres facteurs »⁴⁰. La jurisprudence a toutefois précisé, en matière d'arbitrage, qu'il ne suffit pas que le litige touche à des questions d'ordre public pour que la nullité du compromis soit prononcée ; il faut impérativement que l'ordre public ait été violé⁴¹.

Caractéristiques de l'arbitre - L'arbitre est un juge privé, choisi par les parties en raison de sa réputation ou de ses compétences techniques. À la différence du juge étatique, les parties sont tenues de rémunérer l'arbitre. Celui-ci doit non seulement être une personne physique jouissant du plein exercice de ses droits (CPC, art. 1450), mais également présenter les garanties d'indépendance et d'impartialité⁴². Le tribunal arbitral est composé d'un ou de plusieurs arbitres en nombre impair (CPC, art. 1451). Il est intéressant de remarquer que le juge étatique peut être amené à intervenir comme juge d'appui lorsque les parties ne parviennent pas à s'accorder sur le choix de l'arbitre (CPC, art. 1452).

Aménagement des règles de procédure - En ayant recours à cette alternative, les parties peuvent conférer à l'arbitre la mission de statuer en amiable compositeur (CPC, art. 1478). Cela signifie que les arbitres peuvent écarter la loi pour statuer uniquement en équité⁴³, en recherchant l'« appréciation juste, le respect absolu de ce qui est dû à chacun »⁴⁴. Le choix de cette voie a également pour avantage la liberté procédurale. Les parties peuvent prévoir, dans leur convention, un certain nombre de règles de procédure qui s'imposeront à l'arbitre. En l'absence de stipulations, celui-ci est libre de poser celles de son choix⁴⁵.

La liberté n'est toutefois pas absolue : il est interdit de déroger à certains principes directeurs inscrits dans le Code de procédure civile⁴⁶, aux droits garantis par la Convention

³⁷ Deux types d'arbitrages coexistent : l'arbitrage interne et l'arbitrage international. Le second est qualifié ainsi dès lors qu'il « met en cause les intérêts du commerce international » (CPC, art. 1504). L'étude ayant pour but de modéliser la justice alternative, nous limiterons les propos à l'arbitrage interne.

³⁸ Il faut toutefois noter que « des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisés par décret à compromettre » (CPC, art. 2060 al. 2).

³⁹ PH. MALAURIE, « Note sous Cass. soc., 18 mars 1955 », *D.* 1956, p. 517.

⁴⁰ S. GUINCHARD, *op. cit.*, n° 2344.

⁴¹ CA, Paris, 15 juin 1956, *JCP* 1956. II. 9419, note H. MOTULSKY ; *Rev. arb.* 1956. 97 ; CA, Paris, 22 mai 1990, *Rev. arb.* 1991. 129.

⁴² D. MOURALIS, « Les exigences d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre », *LPA* 13 février 2013, n° 32, p. 18.

⁴³ J. PAILLUSSEAU, « Arbitrage : le choix entre le droit et l'équité », *JCP G* 2006, n° 5, doctr. 108.

⁴⁴ CNRTL, V° Équité.

⁴⁵ P. MAYER, « Le pouvoir des arbitres de régler la procédure », *Rev. arb.* 1980, p. 583, n° 16.

⁴⁶ G. BOLARD, « Les principes directeurs du procès arbitral », *Rev. arb.* 2004, n°3, p. 511.

européenne des droits de l'Homme⁴⁷, à l'exigence de célérité, de loyauté et de confidentialité (CPC, art. 1464 al. 3), ainsi qu'au devoir de concentration des moyens et demandes⁴⁸.

B. La figure modernisée

Droit collaboratif et procédure participative – Deux alternatives innovantes ont trouvé place en droit français ; l'une résulte de l'importation d'une pratique anglo-saxonne – le droit collaboratif -, l'autre en est une adaptation textuellement consacrée par le droit français – la convention de procédure participative -. La figure modernisée du modèle se compose donc d'une alternative importée par la pratique, et d'une alternative adaptée par le législateur

Alternative importée par la pratique – Le droit collaboratif est d'inspiration québécoise et anglo-saxonne. Il repose sur « l'engagement contractuel des parties et de leurs avocats conseils de rechercher de manière négociée et de bonne foi, lors de réunions à quatre, dites rencontres de règlement, une solution globale à leur différend reposant sur la satisfaction des intérêts mutuels de chacune des parties »⁴⁹. En adhérant à ce processus de résolution du litige, les parties s'interdisent « de recourir au juge, sauf pour faire homologuer leur accord. En cas d'échec, si les parties entendent soumettre leur litige au juge, elles devront changer d'avocat »⁵⁰. Le droit collaboratif repose donc sur la confiance. Nombreux sont les avocats ayant suivi une formation au droit collaboratif ; ils peuvent dès lors offrir aux parties de résoudre leur litige grâce à ce processus alternatif⁵¹.

Principes fondateurs droit collaboratif – Cette alternative est guidée par cinq principes fondateurs⁵². Le premier d'entre eux est l'absence de recours au juge pendant le processus : l'objectif est d'éviter aux parties la menace de la saisine du juge. Le deuxième principe est le travail en équipe. Il permet de donner une place prépondérante aux parties, sans toutefois exclure les « tiers sachants » du processus. Vient ensuite le principe de la transparence : l'alternative doit permettre de « générer un accord sur une même connaissance et compréhension de la réalité objective »⁵³. Le quatrième principe est celui de la confidentialité renforcée. Il est la garantie d'une libre expression des parties. Enfin, le dernier des principes fondateurs est le retrait des deux avocats en cas d'échec du processus ou de non-respect des engagements. Il est la clef de voûte de l'édifice collaboratif ; « les parties s'ouvriront de manière entière et en confiance, dès lors qu'elles ont l'assurance que l'avocat de l'autre ne sera pas celui qui pourrait remettre sa robe et tirer argument des échanges devant les tribunaux »⁵⁴.

Processus de la résolution du litige - Malgré l'absence de texte, le droit collaboratif est un processus très structuré, reposant sur une succession de rencontres réunissant les parties et

⁴⁷ Cf. cependant : sur la renonciation à se prévaloir de l'indépendance de l'arbitre, Paris, 18 novembre 2004, *Rev. arb.* 2006, p. 192, note L. PERREAU-SAUSSINE.

⁴⁸ Cass. 1^{re} civ., 12 avril 2012, n° 11-14.123, *Procédures*, juin 2012, n° 180, obs. L. WEILLER. Cf. E. LOQUIN, « De l'obligation de concentrer les moyens à celle de concentrer les demandes dans l'arbitrage », *Rev. arbitrage* 2010, n° 2, p. 201 et s.)

⁴⁹ C. BUTRUILLÉ-CARDEW, « Livre 4. Droit collaboratif », in N. FRICERO et alii, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Dalloz, 2^e éd., 2016, p. 379.

⁵⁰ L. JUNOD-FANGET, « Coût du droit collaboratif et de la procédure participative », *AJ Fam.* 2016.134.

⁵¹ <http://avocat-leroux.com/droit-collaboratif/>, <http://www.avocats-poitiers.com/droit-collaboratif.html>, <http://droit-collaboratif.org/trouver-un-praticien>.

⁵² <http://droit-collaboratif.org/processuscollaboratif/comment-cela-fonctionne>.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ *Ibid.*

leurs avocats⁵⁵. Cinq étapes se succèdent. Les parties commencent par faire un état des lieux du litige. Elles doivent se mettre en condition de travailler rationnellement. Pour cela, les avocats praticiens collaboratifs useront d'outils de communication, issus notamment de la PNL (programmation neuro linguistique), de la CNV (communication non-violente) et de l'écoute active⁵⁶. La deuxième étape est consacrée à la recherche et à l'expression des « intérêts, préoccupations, besoins, valeurs (ou moteurs silencieux) des parties. Cette étape permet de passer des positions antagonistes des clients aux besoins qui les animent ». Dans un troisième temps, les avocats vont présenter un état des lieux objectif, d'un point de vue juridique et financier. Vient ensuite l'étape consacrée à la créativité. L'objectif est d'ouvrir le champ des possibles et de dépasser les seules solutions juridiques – dans le respect de l'ordre public -. Enfin, le processus prend fin avec la cinquième étape consacrée aux offres. Accompagnées de leurs avocats, les parties rédigent trois offres. Celles-ci sont présentées lors de la dernière réunion. Si l'une des offres est commune aux deux parties, elle constitue la solution du litige. À défaut, il est procédé à un panachage des trois offres.

Alternative adaptée par le législateur – La convention de procédure participative est une innovation de la loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010 relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires. Régie par les articles 2062 à 2068 du Code civil et 1542 à 1562 du Code de procédure civile, elle peut être conclue dans tous les domaines dans lesquels les parties ont la libre disposition de leurs droits (CPC, art. 2064).

Lors de sa création, elle était définie comme la « convention 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 » (C. civ., art. 2062 anc.). La loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle a modifié cette définition ; aujourd'hui, elle est la « 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 ».

On remarque deux évolutions. D'abord le nouveau texte autorise désormais la conclusion d'une convention de procédure participative alors même qu'un juge ou un arbitre a d'ores et déjà été saisi. Cela était initialement interdit. Elle étend ensuite son champ d'intervention en autorisant les conventions participatives de mise en état du litige ; cela revient à privatiser cette phase. La mise en état correspond à « une suite d'actes qui tend à la détermination de l'objet du litige sur lequel le juge devra statuer et à celle des faits allégués à leur soutien »⁵⁷. D'une certaine manière, le procès civil pourra être fragmenté puisque les parties sont désormais autorisées – voire encouragées ! - à se mettre d'accord pour se charger elles-mêmes de l'une de ses étapes. Pourtant, l'article 3 du Code de procédure civile dispose qu'en principe, « le juge veille au bon déroulement de l'instance ; il a le pouvoir d'impartir les délais et d'ordonner les mesures nécessaires ». Le législateur a pour ambition d'inscrire cette procédure dans la lignée du droit collaboratif, mais des différences majeures et fondamentales l'en distinguent.

L'émancipation du droit collaboratif - Malgré l'existence de points communs, la procédure participative s'émancipe du droit collaboratif. Celui-ci interdit notamment aux avocats ayant assisté les parties pendant la phase de négociation de les représenter lors de la phase contentieuse en cas d'échec du règlement amiable. L'objectif est de s'assurer qu'ils s'engageront véritablement et sincèrement dans la négociation ; étant exclus de la phase

⁵⁵ Données issues de : <http://www.droit-collaboratif.org/processuscollaboratif/comment-cela-fonctionne>.

⁵⁶ <http://www.droit-collaboratif.org/processuscollaboratif/comment-cela-fonctionne>.

⁵⁷ G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, 3^e éd., PUF 1996, n° 137, p. 585.

contentieuse, ils n'auront aucun intérêt à l'échec⁵⁸. Tel n'est pas le cas de la convention de procédure participative.

Une autre différence de taille réside dans le sort réservé aux pièces, témoignages ou expertises recueillis lors des négociations. Dans le système collaboratif, « aucun des documents échangés dans le cadre du processus et couverts par la confidentialité ne pourra être produit dans le cadre d'un contentieux judiciaire »⁵⁹. Rien de tel dans la procédure participative ; bien au contraire. Dès lors qu'elle peut avoir pour finalité la mise en état du litige, il est évident que les éléments recueillis dans ce cadre ont vocation à être utilisés dans la phase contentieuse. L'article 1554 du Code de procédure civile indique d'ailleurs expressément que si les parties ont recours à un technicien, son rapport peut être produit en justice.

Enfin, comme le droit collaboratif, la procédure participative interdit la saisine du juge tant que la procédure est en cours ; néanmoins, à la différence du droit collaboratif qui ne se conçoit qu'en l'absence totale du juge, la procédure participative peut être mise en œuvre alors même qu'un juge a précédemment été saisi.

L'avenir nous dira si l'émancipation favorise le recours à ce mode alternatif ou si, au contraire, les parties préfèrent s'inscrire dans un processus de droit collaboratif.

II. Le recours au modèle

Après avoir identifié le type de justice alternative susceptible d'être mise en œuvre, il convient d'examiner la manière dont l'alternative est enclenchée (A), avant de s'attacher à son dénouement (B).

A. L'enclenchement de l'alternative

L'alternative anticipée - Les parties à un contrat peuvent avoir anticipé un litige futur en insérant une clause relative à son règlement : elles peuvent prévoir le recours à un procédé amiable - par une clause de règlement amiable - ou la compétence d'un arbitre – par une clause compromissoire -. Si les parties saisissent un juge étatique en contrevenant à une clause de règlement amiable, elles se heurtent à une fin de non-recevoir⁶⁰ - réserve faite des hypothèses dans lesquelles il s'agit de statuer sur la validité de la clause -⁶¹. En revanche, la méconnaissance de la compétence arbitrale est sanctionnée par une exception de procédure⁶².

L'alternative choisie – Dans d'autres cas, le mode de résolution du litige n'a pas été prévu en amont par les parties : le choix de l'alternative ne pourra se faire qu'après la naissance du différend. Les parties peuvent décider de recourir au modèle alternatif avant toute saisine du

⁵⁸ S. GUINCHARD, *op. cit.*, n° 2479.

⁵⁹ B. DESARNAUTS, « L'avocat et le droit collaboratif », *JCP G* 2014, n° 36, doct. 914.

⁶⁰ Cass. mixte, 14 février 2003, n° 00-19.423, *Bull. mixte*, n° 1, .

⁶¹ « Cependant, le droit de l'arbitrage s'éloigne du droit commun dès lors que la nullité de la convention d'arbitrage, ne peut pas faire l'objet d'une action principale devant la juridiction étatique compétente. Le juge étatique ne peut procéder à cette vérification que s'il est saisi d'une demande concernant le fond du litige [...]. C'est seulement une fois la sentence rendue, que le juge étatique retrouve sa compétence pour vérifier "si le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent" (CPC, art. 1492, 1°), ce qui l'autorise à juger de la nullité de la convention d'arbitrage. L'ancien article 1484 du Code de procédure civile énonçait que le recours en annulation était ouvert "si l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage ou une convention nulle ou expirée" (CPC, art. 1484, 1°), *JCl. Procédure civile*, Fasc. n° 1022 : Arbitrage, 2016, n° 2.

⁶² Cass. 2^e civ., 22 novembre 2001, *Bull. civ. II*, n° 168 ; D. 2002. IR 42 ; *Procédures* 2002, n° 1, note R. PERROT ; *Dr. et proc.* 2002. 108, note M. DOUCHY ; *JCP E* 2002. 1467, note G. CHABOT ; *JCP G*. 2002. II. 10174, note C. BOILLOT ; Cass. 1^{re} civ., 14 avril 2010, n°09-12.477, *Bull. civ. I*, n° 96, *Dalloz Actu.* 6 mai 2010, note X. DELPECH.

juge. Elles ont le choix de recourir à la procédure participative, à la médiation ou à la conciliation conventionnelles, ou encore de rédiger un compromis d'arbitrage.

Il arrive aussi que des parties, ayant initialement privilégié la voie contentieuse en s'adressant au juge, souhaitent finalement résoudre leur litige de manière alternative. Le droit français leur permet de revenir sur leur décision : elles peuvent se concilier d'elles-mêmes (CPC, art. 128) ou se tourner vers la procédure participative⁶³. Elles sont également autorisées à conclure un compromis d'arbitrage, quel que soit le stade auquel est parvenu le procès, jusqu'à ce qu'une décision passée en force de chose jugée intervienne⁶⁴. Le compromis s'analyse comme un désistement d'instance et oblige le juge à se dessaisir.

Il est également envisageable que l'alternative soit proposée par le juge saisi du litige. Il en est ainsi de la médiation judiciaire ; les parties sont dans l'incapacité de l'actionner elles-mêmes mais elles devront donner leur accord à sa mise en œuvre (CPC, art. 127 et 131-1). Le juge peut également leur proposer une conciliation judiciaire (CPC, art. 127 et 128). En revanche, aucun texte ne prévoit qu'il puisse leur suggérer d'avoir recours à une convention de procédure participe, et encore moins à l'arbitrage !

L'alternative encouragée - 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 a inséré, aux articles 56 et 58 du Code de procédure civile, l'obligation de mentionner, dans l'acte introductif d'instance, « les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige ». Le demandeur pourra s'exonérer de l'obligation s'il existe « un motif légitime tenant à l'urgence ou à la matière considérée, en particulier lorsqu'elle intéresse l'ordre public ».

La sanction du manquement a été prévue par le même décret et se trouve désormais à l'article 127 du Code de procédure civile. En l'absence de mention, « le juge peut proposer aux parties une mesure de conciliation ou de médiation » ; il s'agit à l'évidence d'une pseudo-sanction puisque le juge est toujours libre de proposer une conciliation ou une médiation judiciaire. L'article 127 du Code de procédure civile a toutefois une raison d'être ; s'il n'existait pas, les actes introductifs d'instance dénués de la mention relative au règlement amiable pourraient être annulés sur le fondement de l'article 114 du Code de procédure civile en cas de grief⁶⁵.

L'alternative imposée – Plusieurs dispositions de la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle⁶⁶ conçoivent l'amiable comme un préalable à la saisine du juge ; d'une alternative simplement encouragée elle devient une alternative imposée. Les premiers textes sont localisés dans le titre II ayant pour objectif de « favoriser les modes alternatifs de règlement des différends ». L'article 4 de la loi prévoit que la saisine du tribunal d'instance par déclaration au greffe doit être précédée d'une tentative de conciliation menée par un conciliateur de justice. L'obligation ne concerne donc pas tous les litiges ; seuls ceux de faible importance sont visés puisque ce type d'acte introduit les demandes d'un montant inférieur à 4000 euros (CPC, art. 843). Le demandeur pourra toutefois passer outre l'obligation dans trois cas : si l'une des parties au moins sollicite l'homologation d'un accord, si les parties justifient d'autres diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable de leur litige, ou encore si l'absence de recours à la conciliation est justifiée par un motif légitime. Contrairement à la mention exigée

⁶³ Initialement, le législateur avait fermé la porte de la procédure participative après la saisine du juge, mais la loi J21 a modifié la règle (*Cf. supra*).

⁶⁴ E. LOQUIN, *JCl. Procédure civile*, Fasc. préc., n° 75.

⁶⁵ Il est intéressant de constater que l'article 1360 du Code de procédure civile, relatif à l'assignation en partage d'une succession, prévoit que cette mention est prescrite à peine d'irrecevabilité

⁶⁶ Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016.

par les articles 56 et 58 du Code de procédure civile, la sanction est ici radicale : la demande est irrecevable. Le législateur donne au juge les moyens de faire respecter la règle puisqu'il peut la relever d'office.

L'article 7 de la loi de modernisation impose quant à lui, à titre expérimental⁶⁷, la médiation préalable obligatoire en matière familiale. La règle n'est pas nouvelle ; 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 juridictionnelles avait déjà mis en place une telle expérimentation. La saisine du juge aux affaires familiale doit être précédée d'une tentative de médiation familiale ; à défaut, la demande est irrecevable. Le juge peut relever d'office la sanction. Il est possible d'y déroger si la demande « émane conjointement des deux parents afin de solliciter l'homologation d'une convention », s'il existe un motif légitime, ou encore si des violences ont été commises par l'un des parents sur l'autre parent ou sur l'enfant.

Dans d'autres hypothèses, l'alternative est carrément intégrée au modèle de référence. Certaines juridictions sont en effet saisies à fin de conciliation et, à défaut, de jugement ; c'est le cas du tribunal d'instance (CPC, art. 845), du tribunal paritaire des baux ruraux (CPC, art. 887), ou encore du conseil de prud'hommes (CT, art. L.1411-1)⁶⁸. Dans ce cas, est-ce toujours une alternative ?

B. Le dénouement de l'alternative

L'échec de l'alternative – Le recours au modèle alternatif peut échouer, et dans ce cas le modèle de référence pourra reprendre son cours. Un tel dénouement est envisagé pour la procédure participative : l'arrivée du terme de la convention, sa résiliation anticipée, l'établissement d'un acte constatant la persistance de tout ou partie du différend éteignent la procédure (CPC, art. 1555). Le juge pourra alors être saisi de l'affaire - ou celle-ci être rétablie à la demande d'une des parties -, pour statuer sur la partie du litige persistant ou sur l'entier litige (CPC, art. 1556). Les parties n'ont alors pas à se soumettre à la tentative préalable de conciliation ou de médiation⁶⁹ (C. civ., art. 2066). En matière de médiation ou de conciliation judiciaire, le juge peut mettre fin à la mesure à tout moment, à la demande de l'une des parties ou du médiateur ou du conciliateur selon les cas. Il a également la possibilité d'y mettre fin d'office lorsque le bon déroulement de la mesure est compromis (CPC, art. 129-5 et 131-10).

Le succès de l'alternative - Il se peut aussi – et heureusement ! - que la justice alternative atteigne le but recherché : la résolution du litige. L'article 1555 du Code de procédure civile envisage par exemple que la procédure participative débouche sur la conclusion d'un accord mettant fin en totalité au différend. L'issue positive peut donc prendre la forme d'un accord de conciliation en cas d'alternative au règlement contentieux. Mais lorsqu'il s'agit d'une alternative au juge étatique, le dénouement positif est caractérisé par la sentence arbitrale⁷⁰.

Accord de conciliation – Lorsque les parties s'entendent, le recours au modèle alternatif peut produire l'effet recherché et aboutir à un accord de volonté mettant fin au différend. En principe, celui-ci peut prendre la forme qu'elles souhaitent ; un tel accord « existe par lui-même

⁶⁷ Loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle, art. 7 : « A titre expérimental et jusqu'au 31 décembre de la troisième année suivant celle de la promulgation de la présente loi, dans les tribunaux de grande instance désignés par un arrêté du garde des sceaux, ministre de la justice, les dispositions suivantes sont applicables [...] »

⁶⁸ Il s'agit à l'inverse d'une simple éventualité devant le tribunal de commerce.

⁶⁹ Exception faite de la matière prud'homale.

⁷⁰ Notons qu'il est tout à fait possible, alors même que les parties se sont tournées vers l'arbitrage, qu'elles parviennent à se concilier. Elles aboutiront alors à un accord de conciliation.

et produit des effets juridiques dès l'échange des consentements des parties, sans avoir besoin d'être constaté dans un écrit »⁷¹.

Certains textes apportent toutefois des précisions concernant la forme de l'accord. En matière de conciliation judiciaire, l'article 130 du Code de procédure civile dispose 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 ». Le législateur n'a rien prévu de tel pour la médiation judiciaire ; il se contente de viser, à l'article 131-12 du Code de procédure civile, le constat d'accord établi par le médiateur de justice. Il semblerait donc que l'écrit soit à nouveau exigé. Celui issu de la procédure participative doit non seulement être constaté dans un écrit établi par les parties, assistées de leurs avocats, mais également énoncer de manière détaillée les éléments qui en ont permis la conclusion (CPC, art. 1555). À l'inverse, lorsque l'accord résulte d'une conciliation conventionnelle, la forme écrite s'impose uniquement quand « la conciliation a pour effet la renonciation à un droit » (CPC, art. 1540). L'accord prend alors la forme d'un constat d'accord signé par les parties et le conciliateur de justice (CPC, art. 1540).

L'écrit est également conseillé, de manière plus générale, lorsque l'accord auquel les parties aboutissent est qualifié de transaction. C'est le « contrat par lequel les parties, par des concessions réciproques, terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître » (C. civ., art. 2044). Le Code précise que ce contrat « doit être rédigé par écrit ». Il s'agit néanmoins d'une règle probatoire et non d'une condition de validité du contrat (M. Reverchon-Billot, Répertoire de procédure civile Dalloz, V° Transaction, n°). Ce sont alors davantage les spécificités de l'accord, que le mode alternatif ayant permis d'y parvenir, qui justifient l'écrit.

Sentence arbitrale – Lorsque les parties ont fait le choix de l'arbitrage, la procédure prend fin avec le prononcé d'une sentence arbitrale. Elle peut se définir comme « la décision du tribunal arbitral qui statue sur la compétence ou sur les moyens de procédure mettant fin à l'instance (ou de nature à y mettre fin) ou sur tout ou partie du fond »⁷². Diverses obligations sont prescrites à peine de nullité de la décision (CPC, art. 1479 et s.). Le contenu de la sentence est quant à lui précisé aux articles 1481 et 1482 du Code de procédure civile ; l'absence de certaines mentions est sanctionnée par la nullité (CPC, art. 1483). Le juge étatique est toutefois compétent pour contrôler la sentence et statuer en cas d'appel.

Dès qu'elle est rendue, la sentence a autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche (CPC, art. 1484). Sur ce point, elle produit donc les mêmes effets qu'une décision de justice. Comme pour l'accord de conciliation, il est toutefois nécessaire d'accomplir une formalité supplémentaire pour que la sentence soit susceptible d'exécution forcée : l'*exequatur*.

L'intervention du juge étatique – Parmi la liste des actes constituant des titres exécutoires, trois d'entre eux sont issus de la justice alternative : les accords auxquels les juridictions ont conféré force exécutoire - autrement dit, les jugements d'homologation -, les sentences arbitrales déclarées exécutoires par une décision non susceptible d'un recours suspensif d'exécution et les extraits de procès-verbaux de conciliation signés par le juge et les parties (CPCE, art. L. 111-3).

Constatation et homologation de l'accord par le juge - Il est d'abord possible que le juge constate la conciliation. En matière de conciliation judiciaire, l'article 129-1 du Code de

⁷¹ M. DOUCHY-LOUDOT et J. JOLY-HURARD, *Répertoire de procédure civile Dalloz*, V° Médiation et conciliation, 2016, n° 138.

⁷² S. GUINCHARD, *op. cit.*, n° 2394. Les juges ont aussi parfois pu juger que « la décision définitive relative à des mesures provisoires assorties d'astreinte ordonnées jusqu'à la fin de l'instance constituait une sentence ».

procédure civile dispose que les parties peuvent demander au juge de constater l'accord à tout moment. Dans une telle hypothèse, les extraits du procès-verbal délivré - signé par les parties et le juge⁷³ - vaudront titre exécutoire (CPC, art. 130). Les parties seront donc en mesure de forcer l'autre à l'exécution de l'accord.

Le juge peut également intervenir en homologuant l'accord. On trouve des dispositions en ce sens pour chaque mode alternatif de règlement des litiges. Concernant la conciliation conventionnelle, l'article 1541 du Code de procédure civile dispose que « [l]a demande tendant à l'homologation de l'accord issu de la conciliation est présentée au juge par requête de l'ensemble des parties à la conciliation ou de l'une d'elles, avec l'accord exprès des autres »⁷⁴.

L'idée est similaire en matière de médiation conventionnelle puisque l'article 1534 du Code de procédure civile prévoit que « [l]a demande tendant à l'homologation de l'accord issu de la médiation est présentée au juge par requête de l'ensemble des parties à la médiation ou de l'une d'elles, avec l'accord exprès des autres ». Attention toutefois, lorsque la médiation conventionnelle intervient alors même qu'une instance est en cours, l'article 131-12 alinéa 3 du Code de procédure civile impose l'application des règles relatives à la médiation judiciaire. En la matière, l'alinéa 1^{er} du texte prévoit qu'« à tout moment, les parties, ou la plus diligente d'entre elles, peuvent soumettre à l'homologation du juge le constat d'accord établi par le médiateur de justice ». Le régime est identique à ce qui est prévu pour la conciliation judiciaire (CPC, art. 131). L'homologation est également envisagée pour la procédure participative ; l'article 1556 du Code de procédure civile dispose qu'à l'issue de celle-ci, le juge peut être saisi de l'affaire – ou celle-ci être rétablie à la demande de l'une des parties - pour homologuer l'accord. Si l'accord n'est que partiel, il pourra l'homologuer et statuer sur la partie du litige persistant. Des règles spécifiques existent toutefois lorsque la procédure porte sur une « demande en divorce ou en séparation de corps » (CPC, art. 1556). Des dispositions régissent aussi la transaction lorsqu'elle ne résulte pas d'un processus règlementé de résolution des litiges – médiation, conciliation, procédure participative - ; l'article 1567 du Code de procédure civile prévoit dans ce cas que le juge chargé de l'homologation est saisi par la partie la plus diligente ou par l'ensemble des parties à la transaction.

Concernant l'homologation, l'article 1565 du Code de procédure civile précise que « [l]e juge à qui est soumis l'accord ne peut en modifier les termes ». Pour le dire autrement, le juge confronté à une demande d'homologation ne peut adopter que deux comportements : homologuer l'accord ou refuser de l'homologuer. Il ne saurait le modifier avant de l'homologuer. L'intervention du juge – par la constatation ou l'homologation de l'accord des parties – aura pour effet de générer un contrat judiciaire⁷⁵.

Ordonnance d'*exequatur* – De la même manière que pour les modes de règlement amiables, l'intervention du juge étatique est indispensable au plein effet de la sentence arbitrale ; elle prend la forme d'une ordonnance d'*exequatur*. Celle-ci permettra à la décision de l'arbitre d'avoir force exécutoire. Seules les sentences revêtues de la force de chose jugée peuvent en bénéficier⁷⁶. Le juge saisi pourra refuser l'*exequatur* si la sentence est manifestement contraire à l'ordre public ; dans un tel cas, le refus doit être motivé (CPC, art.

⁷³ Cf. *supra*.

⁷⁴ La formulation a été modifiée par l'article 25 du décret n° 2017-892 du 6 mai 2017 portant diverses mesures de modernisation et de simplification de la procédure civile. Initialement, le texte indiquait que « [l]a demande tendant à l'homologation du constat d'accord est présentée au juge par requête d'une des parties à moins que l'une d'elles s'oppose à l'homologation dans l'acte constatant son accord ». Dorénavant, la formulation insiste davantage sur la nécessité d'un accord – ce qui est plus en adéquation avec la philosophie du modèle alternatif – que sur la possibilité d'exprimer un désaccord.

⁷⁵ J. JOLY-HURARD, *Conciliation et médiation judiciaire*, thèse, PUF 2003, n° 614 ; G. DEHARO, *Répertoire de procédure civile Dalloz*, V° Contrat judiciaire, 2012, act. 2016.

⁷⁶ Cass. 1^{re} civ., 5 mars 2014, n° 12-29.112, *JCP G* 2014, doct. 857, n° 6, obs. J. ORTSCHIEDT.

1488). Comme en matière d'homologation, le juge ne peut ajouter à la décision qu'il rend exécutoire ; il n'a d'autre choix que d'accorder l'*exequatur* ou la refuser⁷⁷.

En conclusion, malgré la diversité des mécanismes alternatifs de résolution des différends, un modèle se dégage. Néanmoins, les parties ne sont pas toujours libres d'y recourir ; l'alternative peut en effet leur être imposée. Cet élément interpelle : le modèle alternatif ne risque alors-t-il pas de devenir le modèle de référence de demain ? À l'issue de cette étude, une réponse négative s'impose. Elle montre que le plein effet des processus de résolution alternative des différends est soumis à l'intervention du juge étatique ; une action de sa part est indispensable pour que les parties soient dotées d'un titre exécutoire.

Le juge étatique demeure l'*omega* de la justice civiliste ; le fait qu'il n'en soit pas toujours l'*alpha* ne saurait, selon nous, entraîner une inversion des modèles.

⁷⁷ Cass. 1^{re}, 9 juin 1982, *Bull. civ.* I, n° 186 ; Cass. 1^{re} civ., 14 décembre 1983, *D.* 1984. IR 183.