HAL
open science

La justice participative : naissance d'un vrai concept

Morgane Reverchon-Billot

▶ **To cite this version:**

Morgane Reverchon-Billot. La justice participative : naissance d'un vrai concept. RTDCiv. Revue trimestrielle de droit civil, 2021, 02, pp.297-314. hal-02986771

HAL Id: hal-02986771

https://hal.science/hal-02986771v1

Submitted on 3 Nov 2020

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.

LA JUSTICE PARTICIPATIVE : NAISSANCE D'UN VRAI CONCEPT[1]

RTD civ. 2020, *à paraître*

Morgane REVERCHON-BILLOT
Maître de conférences, Université de Poitiers
Equipe de recherche en droit privé (EA 1230)

Le développement et la promotion des modes amiables de règlement des différends s'accélèrent. Il devient crucial, dans ce contexte, de conceptualiser une autre justice qui soit complémentaire de celle du juge et à la fois protectrice des justiciables : la justice participative. Celle-ci repose sur la co-construction d'une solution par les parties et implique la réunion de deux critères que sont leur mise en relation et leur consentement. L'objectif du travail de conceptualisation est, en outre, de garantir une justice de qualité architecturée autour de principes directeurs originaux, applicables tant aux acteurs qu'au processus de résolution du conflit.

Ah miser et demens ! Virginti litigat annis
Quisquam, cui vinci, gargiliane, licet ?

Ah ! Malheureux, ah. Fou que tu es,
plaide-t-on pendant vingt ans, quand on a,
Gargilianus, le choix de perdre sa cause ?[2]

1. La justice participative : élément d'un tout[3] - L'existence d'une autre justice, qui reposerait sur la collaboration des parties dans la construction d'une solution à leur conflit, suscite de plus en plus la curiosité et l'intérêt[4]. La manifestation la plus prégnante d'une telle justice réside dans le développement des modes amiables de règlement des différends[5], qui prennent la forme de la conciliation ou la médiation (judiciaires ou extrajudiciaires), du droit collaboratif ou de la procédure participative[6]. En dépit de son déploiement, parfois forcé, le recours à l'amiable est trop souvent présenté comme une alternative à la justice des tribunaux[7]. Le concept de justice participative permet d'aller au-delà de cette vision réductrice, en montrant que cette manière de résoudre les différends est l'« élément nécessaire devant être intégré à [la justice des juges] pour former un tout complet, de manière que rien d'essentiel ou d'utile ne lui manque »[8]. Ainsi la justice participative et la justice des juges sont-elles les éléments d'un tout complet qu'est la justice

[1] L'intitulé s'inspire de l'article du Professeur Philippe REMY publié à la Revue trimestrielle de droit civil en 1997 (p. 323) : « La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept ».

[2] M. B., *Toutes les épigrammes de Martial, en latin et en français, distribuées dans un nouvel ordre*, Tome II, Paris 1843, p. 59.

[3] C. GAUDIN, « Le tout dans la partie », *Les cahiers de médiologie*, 2000/1, n° 9, p. 179 : la partie est ici conçue comme l'élément d'un tout – la justice plurielle - ; le tout peut également résider en chacune d'elles prises à part, la partie apparaît alors comme l'une des expressions du tout (*Cf. infra* n° 2).

[4] L. CADIET, « Une justice contractuelle, l'autre », in Mél. J. GHESTIN, Paris, LGDJ, 2001, p. 177 ; L. CASAUX-LABRUNÉE, « La confiance dans le règlement amiable des différends », *Droit social*, 2019. 617 ; S. AMRANI-MEKKI, « Chantier de l'amiable : concevoir avant de construire », *JCP G* 2018, suppl. n°13, p. 63 ; N. FRICERO, « Qui a peur de la justice participative ? Pour une justice, autrement », *Mél. S. GUINCHARD*, Dalloz, 2010, p. 145 ; F. G'SELL, « Vers la justice participative ? Pour une négociation à l'ombre du droit », *D.* 2010. 2450.

[5] Sur les différentes expressions utilisées V° L. CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, 3e éd., Dalloz 2019, p. 17 et s.

[6] N. FRICERO et *alii*, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Dalloz 2017/2018 ; S. AMRANI-MEKKI et *alii*, *Guide des modes amiables de résolution des différends 2020/2021*, LexisNexis 2020.

[7] « Une raison vient peut- être de cet adjectif, souvent utilisé, qui suggère trop vite à qui l'entend, quelle que soit la sémantique, une opposition avec la figure classique du procès dans laquelle le juge tranche le litige. D'où les procès d'intention contre ces modes amiables, parfois suspectés de vouloir proposer une justice alternative à bas coût encouragée à seule fin de désengorger les tribunaux », L. CASAUX-LABRUNÉE, « La liberté de se réconcilier », in *Mél. J.-P. LABORDE*, Dalloz, 2015, p. 601.

[8] CNRTL, V° Complément.

plurielle[9]. Élaborée par Loïc Cadiet, la justice plurielle est celle qui offre, « 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 en recourant, notamment, à la technique des passerelles dans une gestion fine de l'orientation des affaires »[10]. Cornu et Foyer avaient déjà perçu cette réalité : « [l]e mouvement en faveur d'une justice alternative (conciliation, médiation) montre bien que l'Etat n'est pas perçu comme la source unique ni toujours préférable de justice »[11]. Avant d'ajouter que cette justice[12] a « toujours besoin de la force publique, apanage de l'Etat, [pour] aboutir à un règlement exécutoire et [elle devient] même, en un sens judiciaire, dans les cas, où un juge de l'Etat procède à la désignation des conciliations ou médiateurs ». La précision est d'importance : elle montre bien que justices du juge et participative sont les éléments d'un tout.

2. La justice participative : une des expressions du tout – « Il existe des parties qui ne font pas que constituer le tout mais qui le *re-présentent*, donc leur sont homologues »[13] ; la justice participative, au même titre que celle des juges, est l'expression d'un tout qu'est la justice. Pour le dire autrement, la justice réside aussi bien dans la justice des tribunaux que dans la justice participative. Certains doutent de l'affirmation. Pour un auteur, les réformes visant à encourager une justice hors tribunaux ne renforcent « ni la « justice de près » ni la « justice de loin » si chères à Paul Ricœur »[14] ; ils craignent qu'une privatisation de la justice aboutisse à une privation des justiciables[15]. Les craintes doivent être entendues et exploitées pour une meilleure conceptualisation. Elles s'expliquent sans doute par notre culture et notre héritage : comme l'écrit Morel, « [d]ans les civilisations modernes, c'est à l'Etat qu'incombe la mission de trancher les litiges mettant en jeu des intérêts privés, de protéger les droits des particuliers lorsqu'ils sont méconnus ou contestés »[16]. La justice hors le juge reste perçue comme étant celle des « sociétés primitives »[17].

L'analyse étymologique du substantif « justice » révèle pourtant que le juge n'est pas indispensable pour faire œuvre de justice. Le terme est issu du latin *justitia*[18] ou *justitiarius*[19] et renvoie à « la vertu morale par laquelle on rend à chacun ce qui lui appartient »[20] : le juge peut rendre la justice, mais il existe d'autres « façons de faire "œuvre de justice" »[21]. Pour Soraya Amrani-Mekki, « [l]a justice amiable conduit ainsi à penser une justice « hors la loi » qui demeurerait justice même sans juge et sans droit »[22] ; pour Loïc Cadiet, « la justice hors le juge ne cesse pas d'être une justice. Elle participe du système de justice ; elle contribue même à en définir le nouveau modèle »[23]. Cette

---

[9] Concept créé par Loïc Cadiet. V° notamment de l'auteur : « Les tendances contemporaines de la procédure civile française », *in Mél. G. WIEDERKEHR*, Dalloz, 2009, p. 65 ; « La justice face aux défis du nombre et de la complexité », *Cah. just.* 2010, p. 13 ; « Des modes alternatifs de règlement des conflits en général et de la médiation en particulier », in *La médiation*, Société de législation comparée, Dalloz, 2009, p. 25 ; « Pour une "Théorie générale du procès" », *RLR (Ritsumeikan Law Review)*, n° 28, 2011, p. 127 ; « Construire ensemble une médiation utile », *Gaz. Pal.*, 17 juillet 2015, p. 10 ; « L'accès à la justice. Réflexions sur la justice à l'épreuve des mutations contemporaines de l'accès à la justice », *D.*, 2017, p. 522.

[10] L. CADIET, « L'accès à la justice[…] », art. préc.

[11] G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, 3e éd., Puf 1996, p. 90.

[12] Qualifiée de « substituts imparfaits » par les auteurs.

[13] C. GAUDIN, « Le tout dans la partie », art. préc.

[14] M. MEKKI, « Le "citoyen au cœur du service public de la justice" : info ou intox ? », *Gaz. Pal.* 6 déc. 2016, p. 3.

[15] *Ibid.*

[16] R. MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, 2e éd., Librairie du recueil Sirey 1949, n° 1.

[17] *Ibid.*

[18] B. DE ROQUEFORT, *Dictionnaire étymologique de la langue françoise*, Vol. 1, 1829, V° Justice.

[19] A. SCHELER, *Dictionnaire d'étymologie française d'après les résultats de la science moderne*, 1862, V° justice.

[20] T. HOBBES, *Léviathan*, trad. F. TRICAUD et M. PÉCHARMAN, Paris, Sirey, 1971, pp. 121 : « Justitia est Voluntas constans suum cuique tribuendi ».

[21] L. CASAUX-LABRUNÉE, « La liberté de se réconcilier », art. préc.

[22] S. AMRANI-MEKKI, « Chantier de l'amiable : concevoir avant de construire », *art. préc.*.

[23] L. CADIET, « L'accès à la justice […] », art. préc. V° également du même auteur : « Une justice contractuelle, l'autre », art. préc. V° également : J. JOLY-HURARD, *Conciliation et médiation judiciaires*, thèse, PUAM 2003, n° 6.

vision s'est largement répandue au Canada. Dès 2004, la commission du droit affichait l'ambition de transformer les rapports humains par la justice participative[24]. De nombreux travaux doctrinaux ont ensuite été consacrés au sujet[25], permettant de définir la justice comme « l'ensemble des mécanismes de régulation sociale inspirés de la vertu morale, par laquelle on rend à chacun ce qui lui appartient, et qui tente de pacifier les relations entre les différents acteurs de la société »[26].

3. Les racines de la justice participative[27] – La justice participative est la conceptualisation d'un phénomène qui remonte au droit romain. D'antan, le procès était conçu de manière largement contractuelle ; à l'époque des *legis actiones* notamment, la *litis contestatio* désignait l'accord des plaideurs sur la personne du *judex* et les termes de la formule[28]. « À l'aube médiévale du deuxième millénaire, le droit de la résolution des conflits était [encore] un droit d'imprégnation contractuelle, droit fait de composition, d'arbitrage, de transaction, dans toute l'Europe[29] »[30]. La juridictionnalisation du règlement des différends dissociant le procès du contrat est apparue au XIIIe et XIVe siècle[31], moment où la culture du règlement amiable s'efface progressivement au profit du juge, pour réapparaître sous l'impulsion de l'idéologie révolutionnaire du XVIIIe siècle. Pigeau[32], « l'enfant prodige de la procédure »[33], débutait son ouvrage par un premier livre dédié aux « moyens de prévenir les procès »[34]. Le discours fait à la tribune de l'Assemblée nationale par Prugnon témoigne de la pensée de l'époque : « [r]endre 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 la concorde. J'espère qu'en passant vous transigerez »[35]. Le Code de procédure civile de 1806 conserva de la période révolutionnaire la volonté de faire une place importante aux bons sentiments, à l'arbitrage volontaire et aux procédures conciliatoires dans la solution des litiges civils[36]. Ces idées perdurèrent avec la réforme du Nouveau Code de procédure civile de 1975. La preuve la plus manifeste est l'article 21 du Code de procédure civile : « Il entre dans la mission du juge de concilier les parties »[37]. On peut également citer la requête conjointe qui permet aux parties de s'entendre pour saisir le juge[38], ou encore la possibilité offerte par l'article 12 de lui demander de statuer comme amiable compositeur.

---

[24] Commission du droit du Canada, *La transformation des rapports humains par la justice participative*, Ottawa, Ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux, 2003.

[25] J.-F. ROBERGE, *La justice participative. Changer le milieu juridique par une culture intégrative de règlement des différends*, Cowansville, Yvon Blais, 2011 ; L. MARQUIS, « Dynamisme, justice participative et droit québécois », *Revue de prévention et de règlement des différends*, 2007, v. 5, n° 2 ; M. THÉRIAULT, « Le défi du passage vers la nouvelle culture juridique de la justice participative », *La revue du barreau du Québec*, 2015, Tome 74, p. 1.

[26] S. A.-L. HOUNTOHOTEGBÈ, *Repenser la procédure civile. Les enjeux théoriques de l'accès à la justice et l'hypothèse de la régulation sociale par l'intégration des modes extrajudiciaires de prévention et de règlement des différends (PRD)*, thèse dactyl. 2017, Université de Sherbrooke, p. 58.

[27] L. CADIET et T. CLAY, « Les modes alternatifs de règlement des conflits », *op. cit.*, p. 37.

[28] J. TARDIF, *Étude sur la "litis contestatio" en droit romain et les effets de la demande en justice en droit français*, Thèse, Paris Lahur, 1881, n° 24.

[29] D. ROEBUCK, *Mediation and Arbitration in the Middle Age. England 1154 to 1558*, Oxford, Holobooks, The arbitration press, 2013.

[30] L. CADIET et T. CLAY, « Les modes alternatifs de règlement des conflits », *op. cit.*, p 37.

[31] *Ibid.*

[32] Sur l'influence et le talent de PIGEAU : I. STOREZ-BRANCOURT, De la "pratique" à la chaire universitaire. Enseignement de la procédure civile au tournant des XVIIIe et XIXe siècles, *Revue d'Histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 2002, n°22, p. 51.

[33] S. SOLIMANO, « Alle origini del Code de procédure civile del 1806: il progetto Pigeau. Prime note », *Studi di Storia del diritto*, II, Milan, 1999, p. 742. L'expression est en français dans le texte italien.

[34] N.-E. PIGEAU, *La procédure civile du Châtelet de Paris et de toutes les juridictions ordinaires du royaume*, T. 1, 2e éd., 1787

[35] Archives parlementaires, tome XVI, p. 739.

[36] S. DAUCHY, « La conception du procès civil dans le Code de procédure de 1806 », in *1806 - 1976 - 2006. De la commémoration d'un code à l'autre : 200 ans de procédure civile en France*, Cour de cassation, Paris, 2006, p. 78.

[37] M. REVERCHON-BILLOT, « L'article 21 du Code de procédure civile et la procédure civile », *Revue de droit d'Assas*, 2020, *à paraître*.

[38] M. REVERCHON-BILLOT, « Sauvons la requête conjointe ! », *JCP G* 2019, n° 17, doctr. 469.

4. Le terreau de la justice participative – Les crises que traversent la démocratie représentative et la justice des juges constituent le terreau - « sol fertile formé par la décomposition de substances »[39] - de la justice participative ; elles favorisent son épanouissement. La démocratie représentative, d'abord, rencontre « une crise de légitimité et une crise d'efficience »[40]. Certains tentent, en réaction, de trouver un substitut dans la démocratie participative. Celle-ci s'exprime par « la participation des destinataires de la norme à son élaboration »[41]. D'autres revendiquent une démocratie plus directe, par l'instauration d'un référendum d'initiative citoyenne (RIC). L'instrument a pour objectif de faciliter la consultation du peuple sans associer le Parlement en amont[42]. La volonté d'une démocratie participative témoigne d'une modification culturelle et idéologique profonde, d'un besoin des justiciables de s'impliquer dans les processus et décisions qui les concernent ; ce constat témoigne d'un changement propice au développement de la justice participative.

La justice des juges, ensuite, connaît une « crise de croissance, de confiance et de conscience »[43]. Certains la disent même en faillite[44]. Face à « la pénurie des moyens humains et matériels à laquelle s'ajoutent la lenteur des procédures, les dysfonctionnements internes, l'imprévisibilité des décisions, le manque d'harmonisation, la mise à distance du juge judiciaire au profit d'un renforcement des pouvoirs de l'exécutif... », « comment sauver le soldat justice ? »[45]. L'une des réponses du législateur consiste à « [f]avoriser les modes alternatifs de règlement des différends »[46], voire à « [d]évelopper la culture du règlement alternatif des différends »[47]. Partant de ce constat, la conceptualisation de la justice participative par l'élaboration de critères précis d'identification et la consécration de principes directeurs, devient urgente et nécessaire ; elle est gage de qualité de la justice. Le seul fait que la justice participative se développe en réaction à un déclin de la justice des juges ne saurait servir à la dénigrer et à occulter ses qualités profondes. La recomposition suit la décomposition.

5. Un concept à créer en France – L'expression de « justice participative » a déjà été employée par certains auteurs pour traiter, en réalité, de la seule procédure participative ; ils ne sont pas allés jusqu'à la théoriser[48]. Cette étape est pourtant nécessaire. Dans un contexte de déjudiciarisation et de déjuridictionnalisation du règlement des différends, il est impératif d'aller au-delà des spécificités de chaque mode amiable, de s'extirper de l'approche notionnelle[49], pour les penser de manière globale. Le raisonnement s'inscrit dans la pensée de Hegel, laquelle incite à

---

[39] CNRTL, V° Terreau.

[40] B. MATHIEU, « La crise de la démocratie représentative : constat et éléments d'explication », *Constitutions*, 2015. 317. V° *contra* : F. LAFAILLE, « La démocratie participative, niaiserie contemporaine », *D*. 2017. 57.

[41] B. MATHIEU, La crise de la démocratie représentative […] », art. préc. Pour des illustrations : C. PROUST, *Guide pratique pour oser s'impliquer dans la vie politique locale, la démocratie vous appartient*, rue de l'échiquier, 2e éd., 2019 ; *La rentrée des initiatives citoyennes*, 21 et 22 septembre 2019, Poitiers (https://poitierscollectif.fr/la-rentree-des-initiatives-citoyennes/).

[42] R. MAGNI-BERTON et C. EGGER, *RIC : Le référendum d'initiative citoyenne expliqué à tous : Au cœur de la démocratie directe*, FYP éditions, coll. « Présence/Questions de société », 2019 ; L. BLONDIAUX et *alii*, *Le référendum d'initiative citoyenne délibératif*, Terra Nova, 2019 ; A. LEVADE et A.-M. LE POURHIET, « Le référendum d'initiative citoyenne (RIC) », *Constitutions* 2018, p. 493 ; O. DUHAMEL, « Le référendum d'initiative citoyenne, soit poison, soit illusion », *JCP G* 2018, n° 1-2, p. 3.

[43] L. CADIET, « Civil Justice Reform: Access, Cost, and Delay. The French Perspective », in *Civil Justice in Crisis*, Oxford University Press, 1999, p. 307. Pour une étude plus globale : F. TERRÉ, « La justice en temps de crise », *Pouvoirs* 1979, n° 10, p. 35.

[44] O. DUFOUR, *Justice, une faillite française ?*, LGDJ, 2018.

[45] B. LOUVEL, « Comment sauver le soldat Justice ? », interview par L. NEUER, *Le Point*, 6 avr. 2016.

[46] Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle.

[47] Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

[48] Des auteurs l'ont toutefois employée pour étudier l'introduction de la procédure participative en droit français : N. FRICERO, « Qui a peur de la justice participative ? Pour une justice, autrement », art. préc. ; F. G'SELL, « Vers la justice participative ? […] », art. préc. À l'exception de L. CASAUX-LABRUNÉE qui l'emploie de manière plus globale mais sans aller jusqu'à la conceptualisation (« La confiance dans le règlement amiable des différends », art. préc.).

[49] M. DOUCHY-OUDOT et J. JOLY-HURARD, *Répertoire de procédure civile Dalloz*, V° Médiation et conciliation, rép. préc., n° 2 : « Modes alternatifs de règlement des conflits. Notion ».

dépasser l'« instrument d'analyse qu'est la notion juridique, et à nous interroger sur ce que pourrait nous apporter, comme moyen d'une connaissance plus approfondie des institutions, la recherche de leurs concepts »[50]. Partons à la recherche du concept de justice participative ; il est la clé d'une justice de qualité, complémentaire de celle du juge et présentant des garanties pour les justiciables. Cela implique de poser les critères d'identification de la justice participative (I), avant d'élaborer les principes directeurs de la justice participative, gages d'une « bonne justice » (II).

I. Les critères de la justice participative

La justice participative, parce qu'elle repose sur une collaboration des parties dans la résolution de leurs différends, implique deux critères cumulatifs : la mise en relation des parties (A) et leur consentement (B).

A. La mise en relation des parties

6. Objet de la mise en relation – Dans un système de justice participative, les parties collaborent à la recherche d'une solution au conflit qui les oppose et doivent par conséquent être mises en relation. L'objet de la mise en relation n'est pas de trouver directement une solution, mais d'œuvrer de concert à sa co-construction. Cela implique que les parties soient présentes en personne[51], sans pouvoir mandater un tiers qui les représenterait et agirait à leur place[52] ; à défaut, le procédé correspondrait à une simple négociation et non à une véritable justice participative. L'objet tel que délimité exclut également la pratique consistant, pour un tiers, à proposer directement une solution à laquelle les parties peuvent adhérer. Certains conciliateurs de justice fonctionnent parfois de la sorte. L'hypothèse, bien qu'elle soit proche, est à distinguer de celle dans laquelle le tiers formalise et exprime ce sur quoi les parties pourraient être d'accord à l'issue de leurs échanges[53].

7. Forme de la mise en relation - La mise en relation prend en principe la forme d'une mise en présence physique des parties. L'impossibilité de satisfaire à cette exigence fait-elle obstacle à la justice participative ? Nous ne le pensons pas ; le critère doit être suffisamment souple pour offrir au plus grand nombre la possibilité d'œuvrer à la résolution du différend. Le critère devrait pouvoir être rempli dans le cas d'une mise en relation par visioconférence[54]. Le système permet aux parties d'être virtuellement en présence l'une de l'autre puisqu'elles peuvent toutes se voir sur un même écran. Le tiers facilitateur doit sans doute, confronté à ce type de mise en relation, adapter ses méthodes. L'analyse de la communication non-verbale par exemple, reposant sur la gestuelle et la posture des parties, sera nécessairement limitée puisque la visibilité des parties est réduite. Plus surprenant encore, des médiateurs témoignent de médiations se déroulant uniquement par des rencontres unilatérales lorsque les parties refusent d'être physiquement dans la même pièce. Cette pratique ne les empêche pas de trouver un accord ; elle peut même leur permettre de se rencontrer physiquement à l'issue du processus. Il est donc envisageable que le tiers fasse le lien entre les deux parties et permette leur mise en relation sans qu'elles soient réellement ou virtuellement réunies. En revanche, celles-ci ne sauraient être représentées par leur avocat : cela contreviendrait au principe de présence[55].

8. Ton de la mise en relation – La mise en relation peut constituer un exutoire pour les parties, qui vont pouvoir exprimer - parfois vivement – leurs griefs. Outre la possibilité de dire ce

---

[50] F.-P. BÉNOIT, « Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique. Les leçons de la philosophie du droit de Hegel », in J.-M. GALABERT et M.-R. TERCINET (dir.), *Mél. G. PEISER*, P.U.G., Hors collection, 1995, p. 27.

[51] Le doyen CORNU posait déjà un tel principe en 1997 : « Les modes alternatifs de règlement des conflits – Rapport de synthèse », *RIDC*, 2-1997, p. 315.

[52] À l'exception évidemment des incapables.

[53] N. FRICERO et *alii*, *Le guide des modes amiables […]*, *op. cit.*, n° 131.45.

[54] Sur le principe de présence, *cf infra* n° 22.

[55] *Cf. infra,* n° 22.

qu'elles veulent, l'échange donne aussi aux parties l'occasion de s'assurer que l'autre entend leurs prétentions. Elles vont pouvoir le questionner, lui demander des explications et des précisions. Le ton de l'échange peut également être apaisé, permettre aux parties de s'excuser et d'exprimer des regrets. L'une peut reconnaître que ses actes ont blessé l'autre, qu'elle comprend qu'elle lui a causé du tort, mais que tel n'était pas son intention. Le tiers peut aider au processus. La définition du terme « médiateur » est ici éclairante : il est celui qui « sert d'intermédiaire, de lien entre deux ou plusieurs entités »[56]. Les parties peuvent communiquer indirectement, en passant par le médiateur ; il fait le lien entre elles. Il peut aussi laisser éclater certains antagonismes pour crever l'abcès[57]. Bien que la liberté soit grande, elle ne saurait évidemment permettre des comportements injurieux ou irrespectueux. En pareille hypothèse, les parties doivent être alertées, par leurs conseils s'ils sont présents ou par le tiers intervenant, que leur comportement n'est pas acceptable.

9. Mise en relation facilitée par un tiers neutre – L'intervention d'un tiers impartial et indépendant[58] peut faciliter la mise en relation des parties, car il fait le lien entre elles, les aide à se parler, reformule ce qu'elles disent de manière positive pour que l'autre écoute et comprenne. Le tiers peut être un conciliateur de justice, un médiateur ou même le juge lorsqu'il exerce sa mission de conciliation des parties[59]. Il est possible que la fonction soit incarnée par un non-professionnel : un proche, un ami commun ou un membre de la famille… Quelle que soit la configuration, le critère principal est celui de la légitimité du tiers aux yeux des parties. Il est indispensable qu'elles le reconnaissent comme tiers indépendant et impartial, capable de les aider à trouver une solution au conflit qui les oppose[60]. La mise en relation implique-t-elle nécessairement l'intervention d'un tiers ? S'agit-il toujours de justice participative en son absence ? Une réponse négative exclurait du champ d'étude tous les processus ne reposant pas sur l'intervention d'un tiers[61]. La définition retenue de la justice permet au contraire de considérer que le critère de la mise en relation est rempli même en l'absence de tiers[62] : elle est « l'ensemble des mécanismes de régulation sociale inspirés de la vertu morale, par laquelle **on** rend à chacun ce qui lui appartient ». L'utilisation du pronom « on » exprime « l'idée d'animé humain » et fonctionne « toujours comme sujet ». Il peut « désigner un tiers, une autorité investie de ce pouvoir ou toute personne qui possède cette vertu et la met en œuvre »[63]. Les parties elles-mêmes, accompagnées ou pas, peuvent constituer le « on » et s'entendre pour rendre à chacune ce qui lui appartient. Elles ne sauraient en revanche s'en remettre totalement à un algorithme, celui-ci étant dépourvu d'humanité. Le raisonnement se retrouve dans la loi de programmation de la justice 2018-2022. Le texte prévoit que les services de médiation ou de conciliation en ligne « ne peuvent avoir pour seul fondement un traitement algorithmique ou automatisé de données à caractère personnel »[64]. À défaut, il ne saurait y avoir de justice.

10. Mise en relation facilitée par un tiers accompagnateur - Il arrive que les parties aient besoin d'être épaulées dans leur démarche et souhaitent être accompagnées par un tiers. Il pourra les conseiller dans la co-construction de la solution. Le tiers en question peut-être un avocat. Ce sera nécessairement le cas lorsque les parties se tournent vers le droit collaboratif qui nécessite que chaque partie soit accompagnée de son avocat lors des rencontres de règlement, ou vers la procédure participative qui est conduite par les avocats. Les statistiques montrent tout l'intérêt de leur présence au cours de la médiation : « à la cour d'appel de Grenoble, les médiateurs qui faisaient

---

[56] CNRTL, V° Médiateur.

[57] Sur les techniques de médiation, V° S. BENSIMON, M. BOURY D'ANTIN et G. PLUYETTE, *Art et technique de la médiation*, Lexis, 2e éd., 2018.

[58] *Cf. infra,* n° 24.

[59] CPC, art. 21.

[60] Sur les principes d'indépendance, d'impartialité et de compétence du tiers, *cf. infra*, n°24.

[61] Dans une telle configuration, la procédure participative et le droit collaboratif ne seraient pas qualifiés de justice participative. C. BUTRUILLE-CARDEW écrit pourtant, au sujet du premier, qu'il est une « justice participative qui permet aux parties concernées de trouver une solution à leurs différends » (in N. FRICERO et *alii*, *Le guide des modes amiables* […], *op. cit.*, n° 412.11).

[62] V° également : L. CADIET, « Une justice contractuelle, l'autre », *art. préc.*, 177.

[63] S. A.-L. HOUNTOHOTEGBÈ, *Repenser la procédure civile*, thèse. préc., p. 53.

[64] Art. 4 de la Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

participer les avocats à la médiation avaient 70 % d'accords. Ceux qui les excluaient n'en obtenaient que 30 % »[65].

Il est tout à fait envisageable que les parties soient accompagnées par un non-professionnel : un proche, un ami, un membre de la famille ou toute personne qu'elles reconnaissent comme compétente… La question de l'égalité des armes pourra néanmoins se poser lorsque l'une des parties est assistée d'un avocat et que l'autre se présente seule ou avec un non-professionnel[66].

B. Le consentement des parties

11. Consentement au processus - Il ne saurait y avoir de justice participative sans consentement des parties. Le processus, reposant sur leur implication, ne saurait exister sans que les parties aient la volonté[67] de coopérer pour résoudre leur différend, de co-construire la solution. Le consentement des parties est indispensable non seulement au début du processus, mais également tout au long de sa mise en œuvre[68]. Il peut être exprimé oralement (c'est souvent le cas en matière de conciliation) ou par écrit, comme par exemple dans l'accord de médiation ou dans la convention de procédure participative. Les parties à un contrat peuvent également anticiper la survenance d'un litige futur en y insérant une clause de règlement amiable des différends[69]. Le caractère facultatif de l'action, en ce qu'elle engendre la liberté de ne pas agir en justice, autorise de telles stipulations. En l'occurrence, « [i]l est de l'intérêt des parties d'être le plus précis possible, pour que leur volonté de passer préalablement par une médiation ou une conciliation n'ait pas à être interprétée et soit effective »[70]. Si l'une des parties saisit le juge en contrevenant aux prévisions contractuelles[71], elle risque de se heurter à une fin de non-recevoir[72]. La jurisprudence considère que les parties ne peuvent renoncer, par avance, à la procédure de médiation prévue par la clause[73]. La solution est *a priori* transposable aux autres processus participatifs.

12. *Quid* de la justice participative imposée ? - Des dispositions spéciales peuvent imposer aux parties une tentative de résolution amiable avant que leur litige soit tranché par le juge ; c'est le cas par exemple de la phase de conciliation obligatoire devant le conseil de prud'hommes, le tribunal paritaire des baux ruraux ou encore le tribunal judiciaire dans le cadre de la procédure orale[74]. Il est en outre de plus en plus fréquent que la saisine même du juge soit subordonnée à la mise en œuvre d'un processus amiable. La dernière évolution sur le sujet est entrée en vigueur au 1er janvier 2020. L'article 750-1 du Code de procédure civile, créé par le décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019 réformant la procédure civile[75], impose aux parties une « tentative » de conciliation, de médiation ou de procédure participative lorsque la demande « tend au paiement d'une somme n'excédant pas 5000 euros ou lorsqu'elle est relative à l'une des actions mentionnées aux articles R.

---

[65] *La médiation*, BICC, hors-série nº 4, 2006, éd. Journaux officiels, p. 8 s.

[66] *Cf. infra*, n° 20.

[67] M.-A. FRISON ROCHE, « Remarques sur la distinction entre la volonté et le consentement en droit des contrats », *RTD civ.*, 1995, p. 573.

[68] M. DOUCHY-OUDOT et J. JOLY-HURARD, *Répertoire de procédure civile Dalloz*, V° Médiation et conciliation, 2013, act. juill. 2019, n° 134.

[69] Sur le sujet V° notamment : N. CAYROL, *Les actes ayant pour objet l'action en justice*, préf. F. GRUA, thèse, economica, 2001, n° 293 et s. ; N. GRAS, *Essai sur les clauses contractuelles*, préf. M. MEKKI, thèse, Centre Michel de l'Hospital, 2018, n° 378 et s. ; L. CADIET, « L'effet processuel des clauses de médiation », *RDC* déc. 2003, n°1 p.182.

[70] H. KENFACK, « La reconnaissance des véritables clauses de médiation ou de conciliation obligatoire hors de toute instance », *D.* 2015, p. 384.

[71] P. GRIGNON, « L'obligation de ne pas agir en justice », in *Mél. C. MOULY*, Litec, 1998, t. 2, p. 115-130

[72] G. BLOCK, « La sanction attachée au non-respect d'une clause de conciliation ou de médiation obligatoire », in *Mél. MARTIN*, Bruylant/LGDJ, 2004, p. 71.

[73] Civ. 1re, 8 avr. 2009, n° 08-10.866, Bull. civ. I, n° 78, *RTD civ.* 2009, p. 774, obs. PH. THÉRY ; *D.* 2010, p. 169, chron. N. FRICERO.

[74] CPC, art. 820.

[75] En application de l'article 3 de la Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

211-3-4 et R. 211-3-8 du code de l'organisation judiciaire ». Est-ce à dire que ces processus, lorsqu'ils sont imposés, ne sont plus des mécanismes de la justice participative ? La réponse est assurément négative. En réalité, dans toutes ces hypothèses, il ne s'agit pas d'imposer aux parties de régler leur litige par un mode amiable, mais simplement de tenter de le résoudre ainsi. Cela signifie concrètement que les parties sont obligées de rencontrer un conciliateur ou un médiateur qui leur expliquera en quoi consiste la conciliation ou la médiation et leur proposera d'y avoir recours. C'est à ce moment-là que les parties pourront soit consentir au processus, soit préférer confier au juge le soin de trancher leur litige. Sur le principe, la réforme est à saluer[76] ; l'amiable obligatoire n'est pas en contradiction avec l'exigence de consentement au processus. Elle a pour vertu de donner au justiciable les moyens d'avoir recours à la justice participative. Bien souvent, les parties n'ont jamais entendu parler de conciliation ou de médiation, - et encore moins de procédure participative ! -, ou alors de très loin. En outre, la compétence et l'expérience du conciliateur, du médiateur ou de l'avocat peuvent permettre aux parties qui étaient, de prime abord, hostiles à ce type de justice et ne la pensaient pas adaptée à leur situation, d'y trouver un intérêt.

13. Consentement à l'issue du processus – Le consentement des parties est à nouveau requis pour déterminer l'issue du processus participatif. Les parties peuvent trouver un accord permettant la résolution du litige, mais il se peut aussi qu'elles n'y parviennent pas. Dès lors que tout ou partie du différend subsiste, elles peuvent consentir à la saisine conjointe du juge. L'accord par lequel les parties règlent leur différend « existe par lui-même et produit des effets juridiques dès l'échange des consentements des parties, sans avoir besoin d'être constaté dans un écrit »[77]. Lorsque les parties consentent à des concessions réciproques, le contrat est qualifié de transaction et l'écrit est exigé à titre probatoire[78]. L'accord pourra prendre la forme d'un contrat judiciaire s'il « est consacré par le juge sans aucune forme de décision, qu'il s'agisse d'un jugement de donné acte, d'une homologation ou de la consécration de la force exécutoire d'une transaction »[79]. Le consentement des parties peut également avoir pour objet de clore le processus participatif sans avoir trouvé de solution au différend qui les oppose. Un constat ou un procès-verbal de non-conciliation peut être dressé. L'article 1555 du Code de procédure civile envisage, par exemple, la résolution anticipée de la convention de procédure participative ou l'établissement d'un acte constatant la persistance de tout ou partie du différend. Si le contentieux est porté devant le juge, le consentement des parties sera nécessaire pour faire état, devant lui, de ce qui s'est passé lors de la phase amiable[80].

14. Consentement à un accord procédural - À défaut d'accord sur le fond, le processus participatif peut également aboutir à un accord procédural[81] prenant la forme de la requête conjointe[82] ; le consentement des parties porte alors sur la saisine du juge et l'objet du litige. Elles

---

[76] Il est en revanche contestable d'imposer aux justiciables de se tourner soit vers des conciliateurs de justice qui sont des bénévoles ne bénéficiant pas d'une formation suffisante (*Cf. infra*, n° 23), soit vers un médiateur qui offre une prestation de service payante, soit vers la procédure participative qui n'est quasiment pas utilisée par les avocats et coûtera également une somme certaine.

[77] M. DOUCHY-OUDOT et J. JOLY-HURARD, *Répertoire de procédure civile Dalloz,* V° Médiation et conciliation, Rép. préc., n° 138. Des dispositions spéciales existent : conciliation conventionnelle, art. 1540 du CPC, « La rédaction d'un constat est requise lorsque la conciliation a pour effet la renonciation à un droit » ; conciliation judiciaire, art. 130 du CPC, procès-verbal ou constat d'accord ; médiation judiciaire, art. 131-12 du CPC, constat d'accord ; convention de procédure participative, art. 1555 du CPC, écrit énonçant de manière détaillée les éléments qui en ont permis la conclusion.

[78] M. REVERCHON-BILLOT, *Répertoire de procédure civile Dalloz,* V° Transaction, juill. 2018, n° 42.

[79] G. DEHARO, *Répertoire de procédure civile Dalloz,* V° Contrat judiciaire, sept. 2017, n° 17.

[80] G. CORNU et F. FOYER, *Procédure civile*, *op. cit.*, p. 52.

[81] Expression employée essentiellement par les spécialistes de droit international privé au sujet de la désignation de la loi applicable : B. FAUVARQUE-CAUSSON, *Libre disponibilité des droits et conflits de loi*, thèse, LGDJ 1997, p. 61. V° également l'expression « accord sur la juridiction dans le procès » (L. CADIET, « Les accords sur la juridiction dans le procès », in P. ANCEL et M.-C. RIVIER (dir.), *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends,* Economica, 2001, pp. 34 art. préc.).

[82] M. REVERCHON-BILLOT, « Sauvons la requête conjointe ! », *art. préc.*

vont pouvoir faire état, dans l'acte introductif d'instance[83], d'un accord sur la subsistance d'un désaccord. Les parties saisiront le juge d'un litige maitrisé[84], en lui donnant une vision globale et aboutie du conflit, et faciliteront de ce fait sa prise de décision. La requête conjointe procède « d'un état d'esprit tout différent de celui qui anime généralement les parties dans la procédure ordinaire : loin de songer à user des procédés plus ou moins loyaux susceptibles de retarder le cours du procès, les requérants entendent obtenir le plus rapidement possible, une solution à leur litige »[85]. En somme, la requête conjointe permet d'étendre l'objet des modes amiables de règlement des différends[86] ; elle révèle que la justice participative ne se limite pas à la recherche d'un accord substantiel, mais qu'elle peut également viser un accord procédural.

15. Volonté libre et éclairée en matière amiable – « Pour être juridiquement efficace, le consentement doit être donné par une volonté éclairée et libre. Si l'une des parties n'a pas décidé en connaissance de cause, ou a subi une pression, son consentement, sans être inexistant, est vicié »[87]. Certaines pratiques de la justice participative, en ce qu'elles menacent l'existence d'une volonté libre et éclairée, doivent être maniées avec délicatesse. Il n'est pas rare que le tiers informe les parties des conséquences de l'absence d'accord : « si vous n'acceptez pas de faire un effort, le juge tranchera », « si votre affaire va devant le juge, il faudra des mois avant que vous soyez fixés », « vous demandez seulement 200 euros, ça ne vaut pas le coup d'aller devant le juge, vous allez dépenser bien plus en frais »… Or, ce qui est du domaine de l'information pour le tiers peut être ressenti comme une contrainte par les parties. En vertu de l'article 1140 du Code civil, « lorsqu'une partie s'engage sous la pression d'une contrainte qui lui inspire la crainte d'exposer sa personne, sa fortune ou celles de ses proches à un mal considérable », la violence est caractérisée[88]. Le fait qu'elle soit exercée par un tiers constitue également une cause de nullité[89]. Le tiers doit donc prendre toutes les précautions possibles pour informer au mieux les parties sans vicier leur consentement. Le développement de la justice prédictive interroge également : les statistiques priveront-elles le consentement de son caractère libre ? La partie qui sera informée que, dans 80% des cas similaires, le juge a donné raison à l'adversaire, ne sera-t-elle pas contrainte de signer l'accord ? Dans le même temps, l'information et le recours à la justice prédictive caractérisent une volonté éclairée. Cela signifie que les parties doivent très clairement comprendre ce à quoi elles s'engagent – qu'il s'agisse du processus ou de l'accord -, ce à quoi elles renoncent, la valeur de leur accord, la possibilité de le faire homologuer le cas échéant… Les tiers, s'ils sont présents, doivent faire œuvre de pédagogie. Est-ce à dire qu'ils doivent aller jusqu'à informer les parties du droit applicable ?

16. Place de la règle de droit dans la justice participative – Deux conceptions existent. Selon la première, les parties doivent être informées des règles de droit qu'un juge serait susceptible de mettre en œuvre s'il tranchait le litige. Un arrêt de la chambre sociale a été rendu dans ce sens[90] ; sa portée est cependant à nuancer eu égard aux spécificités de la matière[91]. De ce point de vue, la justice prédictive pourrait se révéler précieuse[92]. Cela revient à considérer la justice amiable comme « une négociation à partir d'une anticipation de la solution juridique au litige. Il s'agit alors de

---

[83] CPC, art. 1556. Dans cette hypothèse, les parties n'ont pas à se soumettre à la tentative préalable de conciliation ou de médiation (C. civ., art. 2066).

[84] J. HÉRON et T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, 5e éd., 2012, LGDJ, no 460.

[85] J.-P. LACROIX-ANDRIVET, « Procédure devant le tribunal de grande instance », in S. GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile 2017/2018*, Dalloz 2017, n° 331.304.

[86] Sur le sujet V° M. REVERCHON-BILLOT, « Sauvons la requête conjointe ! », *art. préc.*

[87] J. CARBONNIER, *Droit civil, tome 4, Les obligations*, 22e éd., Puf 2000, n° 41, p. 97.

[88] C. civ., art. 1140.

[89] C. civ., art. 1142.

[90] Cass. Soc., 28 mars 2000, n° 97-42.419, *Bull. civ.* V, n° 135 : « la conciliation, préliminaire obligatoire de l'instance prud'homale, implique une participation active du bureau de conciliation à la recherche d'un accord des parties préservant les droits de chacune d'elles ; qu'en conséquence, cet acte ne peut être valable que si le bureau a rempli son office en ayant, notamment, vérifié que les parties étaient informées de leurs droits respectifs »

[91] S. AMRANI-MEKKI, « Chantier de l'amiable […] », art. préc.

[92] L. MAYER, « Les modes amiables de résolution des différends », in S. GUINCHARD et *alii*, *Procédure civile*, Dalloz, Hypercours, 2019, n° 1681. Sur les hésitations relatives à l'utilisation de la justice prédictive, *Cf. infra*, n°15.

transiger par des concessions réciproques au regard de ce que le juge aurait pu décider »[93]. Mais l'amiable peut également être conçu autrement, comme « un mode de reconstruction du lien social. […] Il s'agit d'aller rechercher derrière le litige le conflit sous-jacent. […] La solution juridique peut ainsi être impropre à régler le conflit et susciter au contraire la résurgence d'un nouveau litige »[94]. La finalité est alors de « construire un accord qui n'est pas nécessairement juridique, à partir d'un travail sur les valeurs et les intérêts de chacun »[95]. La justice participative emprunte à ces deux conceptions. La réalisation de l'objectif qu'elle poursuit - permettre aux parties d'élaborer une solution – impose parfois d'inclure la règle de droit dans les discussions ; cela peut permettre d'aboutir à un accord. Cela ne fait pour autant pas obstacle à l'identification des valeurs et des intérêts de chacun dans la recherche de la solution, laquelle peut totalement exclure la règle de droit. Il est en revanche indispensable que les parties soient informées des dispositions relatives au processus de justice participative. Il convient de les aviser des principes directeurs de cette justice, des exigences relatives au tiers, de l'articulation de la justice participative avec la justice judiciaire (désistement d'instance et d'action, renonciation au droit d'agir en justice, prescription), de la qualification et des effets de l'accord conclu… La justice participative n'est pas une zone de non-droit ou de droit mou, elle est au contraire extrêmement exigeante et rigoureuse et ne souffre pas l'approximation. Elle est en outre façonnée par des principes directeurs.

II. Les principes directeurs de la justice participative

« Les modes alternatifs de règlement des conflits ont besoin de garanties d'ordre processuel ou procédural, sortes de principes directeurs du règlement amiable »[96]. Le concept de justice participative permet de les élaborer ; certains de ces principes sont relatifs au processus même (A), quand d'autres concernent les acteurs de la justice participative (B).

A. Les principes relatifs au processus

17. La garantie d'un accès au juge – Le principe d'accès à la justice, comme en témoignent les jurisprudences de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour européenne des droits de l'Homme, est aujourd'hui assimilé à l'accès au juge[97]. La preuve en est que les juridictions valident la pratique du recours amiable obligatoire préalable à la condition qu'elle ne menace pas la saisine du juge. Ainsi, pour la CJUE, la règle ne doit pas aboutir « à une décision contraignante pour les parties », ni entraîner « de retard substantiel pour l'introduction d'un recours juridictionnel », ni générer « de frais, ou des frais peu importants, pour les parties ». Elle doit également suspendre « la prescription des droits concernés »[98]. La Cour européenne des droits de l'Homme[99] décide, de son côté, que le préalable obligatoire ne constitue pas une entrave disproportionnée à l'accès au juge dès lors que les parties peuvent refuser l'accord et saisir un tribunal, et où le but du législateur est d'améliorer le fonctionnement de la justice et de proposer des solutions conformes aux intérêts et aux besoins des personnes[100]. Un auteur souligne que la

[93] S. AMRANI-MEKKI, « Chantier de l'amiable […] », art. préc.

[94] Y. CHALARON, « Rapport de synthèse au colloque sur la médiation judiciaire dans les conflits individuels du travail », *Gaz. Pal.* 1999, p. 1934

[95] S. AMRANI-MEKKI, « Chantier de l'amiable […] », art. préc.

[96] L. CADIET, « Panorama des modes alternatifs de règlement des conflits en droit français », *RLR* 2011, n° 28, p. 166.

[97] CEDH 21 févr. 1975, n° 4451/70, Golder c/ Royaume-Uni, série A, n° 18, spéc. § 31-36.

[98] CJUE, 18 mars 2010, Rosalba Alassini, aff. C-317/08 à C-320/08.

[99] CEDH, 26 mars 2015, n° 11239/11, Momcilovic c/ Croatie ; *D.* 2016. 449, chron. N. FRICERO ; *RTD civ.* 2015, p. 698, obs. PH. THÉRY ; *Procédures* 2015, n° 159, obs. N. FRICERO.

[100] L. MAYER, « Les modes amiables de résolution des différends », *op. cit.*, n° 1669.

Cour a ici fait « preuve d'indulgence pour la justice… »[101], « …participative » sommes-nous tentés d'ajouter. Ces décisions apportent des informations précieuses : la justice participative peut être imposée dès lors que les parties ont toujours l'opportunité de bénéficier d'une protection juridictionnelle. Le recours à cette justice ne doit pas mettre en péril la possibilité de s'adresser au juge par la suite ; pour ce faire, il est impératif que sa mise en œuvre ait pour effet de suspendre la prescription (notamment lorsqu'elle intervient hors cadre judiciaire). Il est aussi nécessaire, en cas d'urgence, que les parties puissent saisir le juge immédiatement. Enfin, la justice participative doit être accessible aux parties, d'autant plus lorsque le législateur impose d'y avoir recours pour pouvoir saisir le juge[102].

18. La consécration du principe d'accès à la justice participative – Le principe d'accès à la justice ne saurait pourtant se limiter à l'accès au juge ; il convient de l'envisager de manière plus globale en consacrant un principe d'accès à la justice participative. Il existe en germe : l'aide juridique, qui a pour objet d'assurer l'accès à la justice[103], contient des dispositions relatives au règlement amiable du différend. Cette aide est constituée de l'aide juridictionnelle, de l'aide à l'accès au droit, et de l'aide à l'intervention de l'avocat dans les procédures non juridictionnelles. Une quatrième partie, relative à l'aide à la médiation et ayant pour objet d'étendre le dispositif de l'aide juridictionnelle en cas de médiations judiciaire, voire extrajudiciaire[104], a été ajoutée en 2015[105]. D'autres textes permettent encore aux parties ayant conclu une transaction ou un accord dans le cadre d'une procédure participative[106] de bénéficier de l'aide.

19. La mise en œuvre du principe d'accès à la justice participative - Le principe d'accès à la justice participative, bien qu'en partie satisfait par la gratuité de la conciliation, ne l'est pas totalement. En dépit des dispositions du Code de procédure civile qui laissent supposer que la conciliation est possible en toutes matières[107], le conciliateur - auxiliaire bénévole bénéficiant d'une formation insuffisante[108] - n'est pas compétent pour tous les litiges[109]. En l'état actuel du droit, il se présente davantage comme le facilitateur des conflits du quotidien aux faibles enjeux financiers, le « pilier d'une justice de proximité citoyenne »[110]. Il est nécessaire de réformer l'institution pour satisfaire pleinement le principe d'accès à la justice participative.

Le respect du principe passe également par l'information des justiciables. Les parties doivent être mises au courant de l'existence et du fonctionnement de la justice participative. Il incombe aux professionnels du droit (avocats, huissiers, notaires, magistrats, greffiers) d'accomplir cette mission. Cela nécessite toutefois que des enseignements dédiés à la justice participative soient prévus dans leurs formations. Les mairies ont également un rôle à jouer : nombreux sont les justiciables qui s'adressent au maire lorsqu'ils sont confrontés à une difficulté d'ordre juridique. À ces acteurs traditionnels s'en ajoute un nouveau : les cliniques juridiques[111]. Ces structures ont une double

---

[101] PH. THÉRY, « Où l'on voit que la Cour de Strasbourg peut faire preuve d'indulgence pour la justice... », *RTD civ.* 2015, p. 698.

[102] V° sur ce point : L. MAYER, « Les modes amiables de résolution des différends », *op. cit.*, n° 1670 et s.

[103] Art. 1 de la Loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique.

[104] Art. 64-5 de la Loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 : dispositions relatives à la rétribution du médiateur et de l'avocat qui assiste les parties en cas de médiation judiciaire et extra judiciaire lorsque le juge est saisi aux fins d'homologation.

[105] Art. 42 de la Loi n° 2015-1785 du 29 décembre 2015 de finance pour 2016.

[106] Art. 10 et 39 de la Loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique.

[107] M. DOUCHY-OUDOT et J. JOLY-HURARD, *Répertoire de procédure civile Dalloz*, V° Médiation et conciliation, Rép. préc., n° 40.

[108] C. MOLLARD-COURTAU, « Conciliateur de justice et conciliation, les piliers d'une justice de proximité citoyenne du 21e siècle », *Gaz., Pal.* 2014, n° 116, p. 13 : conditions de recrutement peu sélectives, formation en droit et en négociation insuffisantes, moyens matériels également insuffisants, indemnisation indigente de ses frais, diligences et absence de prise en charge par l'État des heures d'absence en entreprise pour les rares conciliateurs exerçant aussi une activité professionnelle salariée (moins de 2 % du corps).

[109] *Cf. infra,* n° 23 sur le principe de compétence du tiers.

[110] C. MOLLARD-COURTAU, « Conciliateur de justice et conciliation […] », art. préc.

[111] Elles sont évoquées par L. CADIET, « L'accès à la justice », art. préc., n° 12. Une clinique de justice participative à saisine directe du bénéficiaire ouvrira ses portes à la faculté de droit de Poitiers en septembre 2020. Elle aura pour

vocation de formation et d'information. Les étudiants[112], formés aux processus participatifs par des universitaires et des professionnels, ont la mission d'informer les justiciables sur le règlement amiable des différends et de les orienter vers les professionnels compétents.

20. Principe d'égalité des armes dans le processus – En application du principe d'égalité des armes, toute partie doit avoir la possibilité raisonnable de participer au processus « dans des conditions qui ne la désavantagent pas d'une manière appréciable par rapport à la partie adverse »[113]. À défaut, la nature même de la justice participative est remise en cause. Le principe n'est-il pas menacé lorsque l'une des parties est accompagnée par un avocat dans le processus amiable et que l'autre se présente seule ? Dans une telle hypothèse, l'avocat protégera les intérêts de son client, l'informera des règles de droit qu'un juge pourrait mettre en œuvre et appréciera la pertinence de l'accord. Il l'épaulera et le conseillera dans la co-construction de la solution. L'autre partie, elle, ne bénéficiera pas des mêmes conditions[114]. Une partie de la doctrine a fait part des mêmes craintes dans le cadre du procès civil[115]. La Cour européenne des droits de l'homme n'a cependant jamais eu à se prononcer sur ce point. Certains estiment que, dès lors que « la représentation par avocat reste possible et relève du libre choix de chaque partie, […] il n'y a pas de rupture d'égalité, au moins au plan théorique »[116]. Mais dans le procès, les parties n'élaborent pas la solution : le juge s'en charge. À cette fin, il peut rétablir l'équilibre entre les parties, en ordonnant des mesures d'instruction ou en relevant d'office un moyen de droit. La situation est totalement différente en matière de justice participative, car les parties y ont, par définition, une place majeure. Un auteur propose de faire peser sur le tiers une « obligation d'information égalitaire et effective des parties sur les éléments du différend, les enjeux de la solution, et le processus de négociation »[117]. En pratique, les tiers facilitateurs préfèrent que les parties soient placées dans une situation identique : accompagnées d'un avocat ou seules. Dans les faits, le plus souvent les avocats sont présents en médiation et absents en cas de conciliation.

21. Principe de confidentialité du processus – La confidentialité est indispensable au succès de la justice participative[118]. Comment les parties peuvent-elles œuvrer sincèrement à la recherche d'une solution si elles n'ont pas l'absolue certitude que l'autre n'utilisera pas certains éléments contre elle dans un procès futur[119] ? « Il ne peut être attendu des parties qu'elles acceptent de consentir des concessions par rapport à leur position initiale si elles n'ont pas l'assurance que leurs propositions ne seront connues de quiconque, et notamment du juge éventuellement amené par la suite à trancher le litige »[120]. En outre, la confidentialité est l'un des leviers permettant de valoriser la justice participative ; les entreprises, notamment, veulent se préserver contre toute atteinte à leur image ou leur réputation[121], ou protéger les secrets industriels ou de fabrication.

---

objet d'informer les justiciables sur la justice participative et de la valoriser (deux cliniques de médiation existent déjà dans les Universités de Lyon II et de Dijon).

[112] La clinique de justice participative de Poitiers concerne également les élèves avocats et notaires.

[113] CEDH, 30 oct. 1991, Borgers c. Belgique, série A, n° 214-A.

[114] Notons toutefois que l'article 7.2 du Règlement Intérieur National de la profession d'avocat (RIN) prévoit que « [l]'avocat seul rédacteur d'un acte veille à l'équilibre des intérêts des parties ».

[115] B. TRAVIER et R. CROS, « Les procédures orales à l'aune de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme : mort ou résurrection ? », *Procédures*, 2007. 5.

[116] C. BOUTY, *Répertoire de procédure civile Dalloz*, V° Procédure orale : disposition commune, déc. 2013, actu. Mai 2017, n° 129 et s.

[117] N. FRICERO et *alii*, *Le guide des modes amiables* […], *op. cit.*, n° 221.111.

[118] L. IZAC, « La confidentialité dans la médiation », in L. CASAUX-LABRUNÉE et J.F. ROBERGE (dir.), *Pour un droit du règlement amiable des différends*, LGDJ 2018, p. 281 et s.

[119] Des exceptions peuvent être prévues. Par ex : « a) En présence de raisons impérieuses d'ordre public ou de motifs liés à la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant ou à l'intégrité physique ou psychologique de la personne ; b) Lorsque la révélation de l'existence ou la divulgation du contenu de l'accord issu de la médiation est nécessaire pour sa mise en œuvre ou son exécution » (art. 21-3 de la loi du 8 février 1995).

[120] L. MAYER, « Les modes amiables de résolution des différends », *op. cit.*, n° 1676.

[121] CLUB DES JURISTES, *Médiation et entreprise*, Groupe de travail présidé par P. SERVAN-SCHREIBER, fév. 2019, p. 53.

B. Les principes relatifs aux acteurs

22. Principe de présence des parties – Le principe de présence des parties est le corollaire du critère de mise en relation[122]. Une thèse récente lui est dédiée en droit processuel[123]. L'auteur définit la présence comme le fait de se trouver « physiquement et en personne dans le lieu où se déroule l'opération »[124]. Une telle approche exclut le recours à la visioconférence[125]. Cette vision n'est pas adaptée en matière de justice participative. Certaines parties peuvent être dans l'impossibilité de se déplacer ou être géographiquement éloignées ; est-il judicieux de leur imposer un principe de présence physique ? Il aura *ipso facto* pour effet de les détourner de la justice participative et non de les contraindre à être là. Lorsque l'amiable est facultatif, il sera difficile de convaincre la partie éloignée de se déplacer sans avoir la certitude que le différend sera résolu en une seule fois. Elle aura tout intérêt à saisir le juge et être représentée par un avocat. Le résultat sera quasiment le même en cas de tentative de règlement amiable obligatoire. Il y a fort à parier que la partie éloignée se déplacera pour la rencontre obligatoire – sauf à invoquer la distance comme motif légitime justifiant l'absence de recours à un mode amiable[126] -, mais qu'elle mettra un terme au processus avant même qu'il ait pu commencer si elle doit revenir plusieurs fois. Elle préférera, à nouveau, confier au juge le soin de trancher le litige et être représentée par son avocat. Le principe de présence doit donc être aménagé pour s'adapter aux spécificités de la justice participative. Les nouvelles technologies s'avèrent être un outil précieux permettant au plus grand nombre de bénéficier d'un règlement amiable du différend ; il en va du respect du principe d'accès à la justice participative[127].

23. Principe de compétence des tiers facilitateurs – Les tiers qui interviennent pour faciliter la mise en relation des parties doivent être compétents. Cette compétence peut se manifester de deux manières ; soit par une qualification tenant à la nature du différend, soit par une expertise en matière de justice participative[128]. La compétence peut s'acquérir par la formation, le diplôme, mais également par l'expérience[129]. Cette exigence se justifie doublement ; elle est un gage d'effectivité et d'efficacité de la justice participative. La compétence des tiers permet d'accroître leur légitimité[130] et, par extension, celle de la justice participative. Les parties se tourneront davantage vers ce type de règlement s'ils le perçoivent comme légitime ; les avocats, magistrats, assureurs, associations de consommateurs orienteront davantage les parties vers lui. Le critère de la compétence permet donc d'accroître le nombre d'affaires traitées par la justice participative. Outre l'effectivité, la compétence du tiers garanti encore l'efficacité de la justice participative : le processus a davantage de chances d'aboutir à un accord s'il sait utiliser les outils qu'il a à sa disposition – négociation raisonnée, écoute active, reformulation -. Cela permet de faciliter la mise en relation des parties et la co-construction d'une solution. La compétence est en ce sens un gage d'efficacité de la justice participative puisqu'elle en fait une justice de qualité[131].

24. Principes d'impartialité, de neutralité et d'indépendance des tiers facilitateur – Le principe d'impartialité impose au tiers « de conduire le processus sans opinion préconçue, sans

---

[122] *Cf. supra,* n° 6.

[123] A. DANET, *La présence en droit processuel*, Thèse, Dalloz 2018, Bibliothèque de la justice. V° également : E. JEULAND, « Justice numérique, justice inique ? », *Cah. Just.* 2019, p. 193.

[124] A. DANET, *La présence en droit processuel,* thèse préc., n° 596.

[125] *Ibid.*, n° 73 et s.

[126] Art. 3 de la Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

[127] *Cf. supra,* n° 18.

[128] N. FRICERO et *alii*, *Le guide des modes amiables* […], *op. cit.*, n° 212.31 et s.

[129] V° par exemple en matière de médiation conventionnelle : CPC, art. 1533 2°) : « [le médiateur doit] 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 ».

[130] N. FRICERO et *alii*, *Le guide des modes amiables* […], *op. cit.*, n° 221.82.

[131] Sur la compétence : des conciliateurs de justice, V° N. FRICERO et *alii*, *Le guide des modes amiables* […], *op. cit.*, n° 131.63 ; des médiateurs (médiation conventionnelle, *ibid.*, n° 221.81 ; médiation judiciaire, *ibid.*, n° 212.31) ; des avocats de droit collaboratif, *ibid.*, n° 411.11 (formation obligatoire).

préjugé, en traitant les parties de manière égalitaire »[132] ; il qualifie « la perception qu'ont les personnes de l'attitude »[133] du tiers, « c'est ce qui se donne à voir »[134]. La neutralité désigne quant à elle « la situation vécue par le médiateur, lui imposant une mise à distance de sa subjectivité » ; elle « correspondrait à une exigence interne au médiateur »[135]. L'indépendance résulte quant à elle « d'un statut ou d'une réglementation de la mission qui permet au tiers […] de résister aux pressions provenant de l'extérieur, et d'éviter les conflits d'intérêts » ; elle suppose que le tiers « n'entretienne aucune relation avec une partie telle qu'il ne serait plus libre de mener le processus en tout équité »[136]. Le respect de ces principes est indispensable à la qualification même de tiers et donc à l'instauration d'une « bonne justice » participative.

Les médiateurs institutionnels respectent-ils les principes d'indépendance et d'impartialité ? Instaurés par des entreprises d'assurance, de l'énergie, du crédit ou encore de l'eau, sous l'impulsion du droit de la consommation, ces médiateurs ont pour mission de favoriser la relation entre l'entreprise ou l'institution et leurs usagers ou consommateurs. Ces tiers sont par nature liés à l'une des parties puisqu'ils sont rémunérés par l'entreprise ; cet élément menace le respect des principes d'indépendance, de neutralité et d'impartialité[137]. Il faut strictement encadrer ce type de mission pour qu'elle soit en conformité avec les principes de la justice participative. Une autre situation mérite l'attention. Il s'agit des différends récurrents, pour lesquels l'une des parties est toujours la même. C'est le cas par exemple des bailleurs sociaux[138]. Le tiers facilitateur et le bailleur social finissent par prendre l'habitude de travailler ensemble. Il faut donc que le tiers soit vigilant pour éviter les opinions préconçues et traiter les parties de manière égalitaire.

25. Principe de loyauté des acteurs – La justice participative, pour atteindre son but, doit impérativement inspirer la confiance des parties ; à défaut, celles-ci n'oseront pas se livrer pour trouver une solution au conflit qui les oppose. Or, la loyauté fonde la confiance[139]. Principe discuté dans le cadre du procès civil[140], il ne peut qu'être admis comme principe directeur de la justice participative. La loyauté s'impose d'abord aux parties, lesquelles doivent être sincères dans leur démarche, dire la vérité et avoir véritablement envie de collaborer. Elles ne sauraient, par exemple, cacher une pièce ou un élément de fait dans le but de le produire dans un procès futur. Un auteur propose d'identifier une obligation de moyen contraignant toutes les parties à déployer les efforts nécessaires en vue de parvenir à une issue négociée du litige[141]. Le principe de loyauté concerne ensuite les tiers accompagnateurs[142] – en pratique les avocats - ; leur comportement est crucial et peut conditionner l'issue du processus. C'est évidemment le cas lorsque le mode choisi repose uniquement sur des rencontres entre les conseils et leurs clients, mais l'affirmation demeure vraie quand un tiers facilitateur intervient[143]. Le principe de loyauté s'applique enfin audit tiers : celui-ci doit être neutre[144], s'abstenir de conseiller les parties et œuvrer à la recherche d'un accord durable et équitable. Il doit aussi savoir mettre un terme au processus lorsqu'il l'estime nécessaire.

---

132 N. FRICERO et *alii*, *Le guide des modes amiables* […], *op. cit.*, n° 221.101.

133 A. PEKAR LEMPEREUR, J. SALZER et A. COLSON, *Méthode de médiation*, Dunod 2008, p. 65.

134 *Ibid.*

135 *Ibid.*

136 N. FRICERO et *alii*, *Le guide des modes amiables* […], *op. cit.*, n° 221.103.

137 *Contra* : il n'y a aucun problème dès lors que la « pratique démontre que le tiers se comporte comme un acteur indépendant », J.C. BEAUJOUR, « L'indépendance du médiateur », *Gaz. Pal.* 30 janv. 2018, n°4, p. 11.

138 La commission départementale de conciliation, composée à égalité de représentants des bailleurs et des locataires n'est pas compétente pour certains litiges (Art. 20, Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986).

139 C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER et S. GUINCHARD, *Procédure civile, droit interne et européen du procès civil*, 34e éd., Dalloz, Précis Dalloz, 2018, n° 413.

140 Sur les débats : *Ibid.*

141 X. LAGARDE, « L'exportation du modèle vers les MARL et l'arbitrage », in S. GUINCHARD et *alii*, *Droit processuel, droits fondamentaux du procès*, 10e éd., Dalloz, Précis Dalloz, 2019, n° 815.

142 *Cf. supra,* n° 10, les développements sur le tiers accompagnateur.

143 L. DRUGEON, « Les pratiques de la médiation judiciaire », *Gaz. Pal.* 2013, n° 358.

144 *Cf. supra,* n° 24.

26. Un vrai concept est né – La présente étude, guidée par la philosophie de Hegel[145], dépasse le simple instrument d'analyse juridique que sont les modes amiables[146], pour permettre une connaissance approfondie du concept de justice participative. Celle-ci peut ainsi être définie comme le concept désignant l'ensemble des processus de résolution des différends impliquant que les parties soient personnellement mises en relation pour co-construire une solution. Le consentement des parties y est omniprésent, non seulement lors de l'enclenchement du processus participatif, mais également au moment de son déroulement et de son issue[147]. La conceptualisation permet en outre de poser les principes directeurs de la justice participative, gages d'une justice de qualité. Les fondations de la justice participative étant ainsi posées, un vrai concept est né !

[145] F.-P. BÉNOIT, « Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique. Les leçons de la philosophie du droit de Hegel », *op. cit.*, p. 27 : « Hegel nous incite ainsi à réfléchir à notre méthode d'analyse des phénomènes juridiques, à mettre en discussion la valeur de cet instrument d'analyse qu'est la notion juridique, et à nous interroger sur ce que pourrait nous apporter, comme moyen d'une connaissance plus approfondie des institutions, la recherche de leurs concepts ».

[146] M. DOUCHY-OUDOT et J. JOLY-HURARD, *Répertoire de procédure civile Dalloz*, V° Médiation et conciliation, rép. préc., n° 2 : « Modes alternatifs de règlement des conflits. Notion ».

[147] *Cf. infra* n° 6 et s. : les critères de la justice participative.