



HAL
open science

L'essor de la résolution amiable des différends (1992-2022)

Morgane Reverchon-Billot

► **To cite this version:**

Morgane Reverchon-Billot. L'essor de la résolution amiable des différends (1992-2022). Collection de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers. Actes & Colloques. Trente ans de droit privé. Florilège à l'occasion des trente ans de l'Équipe de recherche en droit privé, Presses universitaires juridiques de Poitiers, pp.263, 2023. hal-04525116

HAL Id: hal-04525116

<https://hal.science/hal-04525116>

Submitted on 28 Mar 2024

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.

L'ESSOR DE LA RESOLUTION AMIABLE DES DIFFERENDS (1992-2022)

M. REVERCHON-BILLOT

Maître de conférences

in *Trente ans de droit privé, Florilège à l'occasion des trente ans de l'Equipe de recherche en droit privé* (dir. H. BOUCARD et E. LAMAZEROLLES), Coll. Travaux de la Faculté de droit de Poitiers, diff. LGDJ, 2023, p. 263.

Université de Poitiers, Faculté de droit et des sciences sociales, Institut Jean Carbonnier

« Mais, dans les années 80, retournement : pendant qu'en politique se déploie la décentralisation, un mouvement se dessine dans l'opinion pour réclamer une justice de proximité. Cette mode intellectuelle était venue d'Amérique, des justices de quartier s'y étaient créées spontanément pour régler les conflits (« *disputes* ») entre noirs, immigrés, démunis, auxquels la justice officielle, avec ses coûts élevés et ses recours interminables, était totalement étrangère.

On y parlait aussi de « justice informelle », de « justice alternative », car du tiers appelé à intervenir, personnage respecté mais non juriste, on n'attendait pas qu'il tranchât selon le droit, mais qu'il mît fin au trouble par conciliation, mieux encore par médiation. La médiation est plus dynamique : elle ne se contente pas de suggérer aux parties des concessions sur leurs concessions réciproques : elle négocie avec elle un projet qui transcende les prétentions ».

J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^e république*, Flammarion, 1996, p. 80.

« **1992-2022** » – L'équipe de recherche en droit privé (EA 1230) a été créée en 1992 ; elle a eu trente ans. Pour célébrer cet anniversaire, elle change de nom pour devenir l'Institut Jean Carbonnier et ses membres sont invités à étudier l'évolution d'un thème, d'une notion de leur champ de recherche sur les trente dernières années.

La résolution amiable des différends – L'expression « modes amiables de résolution des différends » désigne « l'ensemble des procédés qui visent à mettre fin à un différend par un accord entre les parties plutôt que par l'intervention d'un tiers qui tranche le litige »¹. Elle regroupe les différents processus qui ont pour objet de tenter de parvenir à un accord sur la solution du litige – essentiellement la conciliation, la médiation, la procédure participative, le droit collaboratif -, mais également les divers accords auxquels les parties peuvent parvenir - parmi lesquels figure essentiellement le contrat de transaction -. L'arbitrage en est en revanche exclu : il présente un caractère juridictionnel dès lors que l'arbitre tranche le litige².

Le rôle d'amiable des rédacteurs du Code de procédure civile – Le Nouveau Code de procédure civile, par l'insertion de l'article 21, fait la part belle à l'amiable. Il prévoit qu'il entre dans la mission du juge de concilier les parties ; il en fait une « vocation naturelle, inhérente à son office »³. Le doyen Cornu écrivait que ce texte constituait une « ouverture de principe

¹ S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS et L. MAYER, *Procédure civile*, Hypercours Dalloz, 7^e éd., 2021, p. 907, n°1708.

² Sur les discussions sémantique V. L. CADIET et Th. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, Connaissance du droit, Dalloz, p. 15 et s ; Ch. JARROSSON, « Les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale » *RIDC*, 1997, n°2, p. 326.

³ G. CORNU, « L'élaboration du Code de procédure civile », *Revue d'histoire des facultés de droit*, 1995, n° 16, p. 254.

[naïvement] »⁴ posée, constituant la « part du rêve » des rédacteurs du Code⁵ ; un « rêve de justice » dans lequel « il faut imaginer un mélange assez intuitif d'idéalisme et de réalisme, un grain d'utopie à la clé »⁶. Près de vingt ans plus tard, il déplorait que cette « offre de bonne justice à bon entendeur » n'ait « pas trouvé d'écho » : « qui voudrait mesurer l'effort de conciliation ? »⁷. Pour autant, « ne disons pas qu'il s'agissait de propositions expérimentales qui étaient vouées à être abandonnées après un essai infructueux. Elles sont là en attente, en espérance, potentielles, offertes à tout événement. Elles ne gênent personne. En un sens, elles ont l'avenir devant elles. L'occasion fera la justice »⁸. C'est d'ailleurs « à partir de la conciliation et de sa base légale - en tout cas dans son esprit - que se glisse et s'affermite la médiation qui d'ailleurs n'en est qu'une modalité quand elle a lieu devant le juge. Le jeu est ouvert »⁹.

La soif d'amiable pour la justice du XXI^e siècle - Dans le cadre de la réflexion sur la justice civile du XXI^e siècle, de nombreux – innombrables ? - rapports ont été remis au ministre de la Justice : ils insistent tous sur la nécessité de développer la résolution amiable des différends. Le rapport de l'Institut des hautes études sur la justice, consacré à l'office du juge au XXI^e siècle¹⁰, révèle ainsi les résistances culturelles françaises face à la résolution amiable et propose notamment d'en clarifier l'offre, d'informer davantage les justiciables et d'améliorer la formation des professionnels. Le rapport Delmas-Goyon, sur le juge du XXI^e siècle¹¹, contient de nombreuses propositions relatives à la résolution amiable et s'inscrit dans le prolongement des rapports Coulon¹², Magendie¹³ et Guinchard¹⁴. Il propose notamment d'améliorer le maillage territorial des conciliateurs de justice, la qualification des médiateurs ou encore la diffusion d'une culture des modes amiables. Il plaide également pour une politique plus volontariste, par l'instauration de mécanismes davantage incitatifs mais également plus directifs. Il propose aussi de faire du développement des modes amiables un objectif de performance qualitative assigné aux chefs de juridiction. Le rapport Marshall de 2013¹⁵ estime que l'amélioration de l'accès au droit et à la justice passe par le développement de la résolution amiable : les citoyens doivent pouvoir participer eux-mêmes au règlement de leurs litiges sans recourir nécessairement au juge. Nous pouvons encore citer le rapport « Chantiers de la justice. Amélioration et simplification de la procédure civile » de 2018¹⁶, dont l'un des chapitres s'intitule « Favoriser le recours aux modes alternatifs de règlement des différends à tous les stades de la procédure ». Il considère qu'il vaut mieux inciter à la résolution amiable plutôt que de l'imposer et identifie les leviers permettant le développement desdits modes. Terminons avec

⁴ G. CORNU, *ibid.*, p. 253.

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*

⁸ *Ibid.*

⁹ *Ibid.*

¹⁰ A. GARAPON, B. BERNABE, S. PERDRIOLLE et C. KADRI, *La prudence et l'autorité : l'office du juge au XXI^e siècle*, IHEJ, 2013.

¹¹ P. DELMAS-GOYON, *Le juge du XXI^e siècle, un citoyen acteur, une équipe de justice*, Doc. fr., 2013, p. 57 s.

¹² J.- M. COULON (dir.), *Réflexions et propositions sur la procédure civile*, Rapport au garde des Sceaux, Doc. fr., 1997.

¹³ J.- C. MAGENDIE (dir.), *Célérité et qualité de la justice : la médiation, une autre voie ?*, Doc. fr., 2008.

¹⁴ S. GUINCHARD (dir.), *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, Doc. fr., 2008.

¹⁵ D. MARSHALL (dir.), *Les juridictions du XXI^e siècle, une institution qui, en améliorant qualité et proximité, s'adapte à l'attente des citoyens, et aux métiers de la justice*, déc. 2013.

¹⁶ F. AGOSTINI et N. MOLFESSIS (dir.), *Chantiers de la justice. Amélioration et simplification de la procédure civile*, 15 janvier 2018.

le rapport sur la promotion et l'encadrement des modes amiables de règlement des différends, fruit d'une collaboration entre la Cour d'appel et l'Université du Mans et publié en 2021¹⁷. Il formule des propositions de textes et des recommandations, ayant notamment pour ambition de renforcer l'institutionnalisation de la conciliation et de la médiation dans les juridictions et de clarifier le régime de la médiation et de la conciliation judiciaire.

Un rêve devenu réalité ? – « Que beaucoup d'espoirs aient été déçus n'empêche pas que la quête d'une solution amiable demeure une aspiration persévérante de notre temps »¹⁸. Cette phrase, écrite par le doyen Cornu en 1996, est toujours d'actualité. Néanmoins, ainsi que le souligne Loïc Cadiet, si la volonté de développer l'amiable au début des années 1970 était largement prophétique, « le développement des modes alternatifs de règlement des conflits, depuis une vingtaine d'année permet de se demander si le rêve législatif n'est pas en train de devenir réalité positive ». Le législateur contemporain a clairement pour ambition d'en faire une réalité ; un titre de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle s'intitule « Favoriser les modes alternatifs de règlement des différends ». La loi n°2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice affiche un objectif plus ambitieux puisque l'une des sections vise à « Développer la culture du règlement alternatif des différends ». Néanmoins, comme le soulignaient déjà Cornu et Foyer en 1996, « [q]uelle intervention étatique est compatible avec la raison d'être de la médiation ? La justice de l'Etat peut-elle seconder le mouvement sans être soupçonnée de vouloir le « récupérer » et/ou d'y voir surtout, par expédient, un moyen de désencombrement judiciaire ? »¹⁹. Comment la résolution amiable a-t-elle évolué en trente ans ? Le rêve des rédacteurs du Nouveau Code de procédure civile est-il devenu réalité ? L'étude révèle d'une part que l'offre de résolution amiable s'est diversifiée (I), elle montre d'autre part que le régime de l'amiable a évolué (II).

I. La diversification de l'offre de résolution amiable

Lors de la création de l'Equipe de recherche en droit privé - en 1992 – l'offre de résolution amiable était réduite (A) ; à compter de 1995, d'autres modes sont apparus et l'offre a été augmentée (B).

A. L'offre réduite en 1992

La conciliation judiciaire menée par le juge – Dès la création du Nouveau Code de procédure civile, ses rédacteurs avaient prévu à l'article 21 qu'« il entre dans la mission du juge de concilier les parties ». Il lui revenait ainsi, au-delà du fait de trancher le litige, de tenter d'accorder les parties sur une solution qui leur convienne. Pour autant, le juge n'est pas toujours la personne la plus adaptée pour mener à bien une conciliation : les parties pourront avoir du mal à se livrer devant celui qui se chargera de trancher le litige en l'absence d'accord. À l'époque, les textes ne prévoyaient pas que la conciliation soit déléguée à un conciliateur ou menée par un médiateur. Pour autant et constatant les limites de la conciliation par le juge, des

¹⁷ V. LASSERRE (dir.), *La promotion et l'encadrement des modes amiables de règlement des différends*, mars 2021, https://www.cours-appel.justice.fr/sites/default/files/2021-03/Rapport%20Promotion%20et%20encadrement%20des%20MARD%205%20mars%202021_0.pdf.

¹⁸ G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, Thémis, Puf, 2^e éd., 1996, n° 8, p. 49.

¹⁹ G. CORNU et J. FOYER, *op. cit.*, n° 9, p. 54.

juridictions ont développé une pratique originale en désignant des médiateurs de leur propre fait et en marge des textes²⁰.

La conciliation extrajudiciaire – Le juge n’avait toutefois pas l’apanage de la mission de conciliation des parties ; les conciliateurs de justice avaient d’ores et déjà été institués par le décret n°78-381 du 20 mars 1978²¹. Ayant « pour mission de faciliter, en dehors de toute procédure judiciaire, le règlement amiable des différends portant sur des droits dont les intéressés ont la libre disposition »²², ils bénéficient d’une légitimité institutionnelle en étant désignés par le premier président de la Cour d’appel pour une durée limitée²³. Leur champ d’intervention était toutefois restreint à l’époque puisque la conciliation menée par eux était exclusivement extrajudiciaire ; elle pouvait intervenir « sur l’initiative d’un plaideur éventuel, en marge de tout procès et pour chercher à l’éviter »²⁴.

La disparition du préliminaire de conciliation obligatoire – Pendant longtemps, le préliminaire de conciliation a été une formalité générale et obligatoire : toute demande portée devant un tribunal civil (à l’époque) devait obligatoirement être précédée d’une tentative de conciliation devant le juge de paix²⁵. L’objectif du législateur était d’éviter le procès et de désencombrer les juridictions. L’expérience révéla que ce préliminaire obligatoire de conciliation ne donnait pas les résultats escomptés et se réduisait le plus souvent à une formalité de routine qui entraînait une perte de temps considérable ; il fut supprimé par la loi n°49-178 du 9 février 1949. Pour Solus et Perrot, le vice du système résidait dans le fait que cette tentative d’arrangement intervenait trop tôt²⁶. Selon eux, « du point de vue psychologique, une conciliation ne peut être sérieusement envisagée que durant l’instance lorsque chacun des plaideurs, mieux informé des moyens qui lui sont opposés par l’adversaire, mesure mieux les aléas du procès »²⁷. Ils ajoutent que « s’il est vrai que, de nos jours, on a perdu beaucoup d’illusions sur l’efficacité du préliminaire de conciliation, comme moyen d’éviter le procès, le souci d’inciter les plaideurs à se concilier en cours d’instance reste toujours, et fort heureusement, une préoccupation dominante ».

Projet de loi sur la médiation judiciaire abandonné en 1990 – Contribuant à renforcer l’offre d’amiable, un projet de loi relatif à la médiation judiciaire avait été déposé en 1990. L’article 1^{er} du texte prévoyait que « [l]e juge peut, avec l’accord des parties, désigner une personne de son choix, en qualité de médiateur, pour les entendre, confronter leurs prétentions, leur proposer une solution de nature à les rapprocher ou leur permettre de trouver elles-mêmes les termes de leur accord »²⁸. Ce projet de loi prévoyait toutefois d’interdire toute professionnalisation ; le médiateur était présenté comme « un honnête homme exerçant cette fonction

²⁰ H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé, Tome 3 : procédure de première instance*, 1991, n° 1180, p. 988.

²¹ G. CORNU et J. FOYER, *op. cit.*, n° 9, p. 49.

²² Art. 1 du décret n°78-381 du 20 mars 1978.

²³ Art. 3 du décret n°78-381 du 20 mars 1978.

²⁴ H. SOLUS et R. PERROT, *op. cit.*, n° 1180.

²⁵ CPC, art. 48 ancien, rédaction de 1806.

²⁶ Il est intéressant de noter qu’aujourd’hui nous assistons à un retour en force du préliminaire de conciliation obligatoire (*Cf. infra*).

²⁷ H. SOLUS et R. PERROT, *op. cit.*, n° 299.

²⁸ https://www.senat.fr/leg/1989-1990/i1989_1990_0228.pdf

occasionnellement et il n'était pas question de rémunérer ses services »²⁹. Le projet fut abandonné.

La transaction – Présentée par Cornu et Foyer comme un mode volontaire de solution³⁰, la transaction figure depuis 1804 dans le Code civil. Elle était définie par l'article 2044 comme « un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître »³¹. La transaction peut intervenir avant tout procès, « à toute hauteur de la procédure, et même après le jugement définitif de la contestation, les parties sont encore libres en principe, de conclure tel arrangement qui leur convient, de régler à l'amiable leur différend »³². La définition posée à l'époque ne mentionne pas l'exigence de concessions réciproques ; celles-ci sont pourtant nécessaires à la qualification³³. « La réciprocité des sacrifices est, admet-on généralement, de l'essence de la transaction. Transiger n'est pas abdiquer, mais concéder ici, maintenir là, donnant, donnant »³⁴.

B. L'offre augmentée en 1995

L'instauration de la conciliation et de la médiation judiciaires - La loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative et le décret n° 96-652 du 22 juillet 1996 relatif à la conciliation et à la médiation judiciaire ont intégrés ces processus dans notre droit. Selon Cornu et Foyer, « [...] la conciliation et la médiation judiciaires ne sont pas, en elles-mêmes, des modes de solution du litige mais des voies de droit qui, si les parties veulent s'y engager, peuvent y conduire, sous l'égide du juge, grâce à l'intercession d'un tiers »³⁵. Ces « voies » sont dites judiciaires car ici, le tiers est choisi et nommé par le juge qui est saisi du litige. Ledit tiers est une personne indépendante de la justice et des parties, choisie pour son aptitude à ce genre de mission³⁶. Le tiers médiateur pouvait être nommé en tout état de cause, et même en référé³⁷ ; le tiers conciliateur intervenait en revanche uniquement pour procéder à la tentative préalable de conciliation prévue à l'époque aux articles 830 à 835 du Code de procédure civile. Le décret du 28 décembre 1998³⁸ a étendu son intervention aux modes de saisines à toutes fins du tribunal d'instance et l'article 129-2 du Code de procédure civile va désormais plus loin puisqu'il est possible, devant toute juridiction, qu'une disposition particulière permette au juge de déléguer sa mission de conciliation³⁹. Les parties devaient à l'époque être d'accord « pour qu'un tiers soit en quelque sorte substitué au

²⁹ L. CARDIA-VONECHE et B. BASTARD, « La médiation familiale : une pratique en avance sur son temps ? », *Revue des politiques sociales et familiales* 2002, n° 70 pp. 19-29 (https://www.persee.fr/doc/caf_1149-1590_2002_num_70_1_1035).

³⁰ G. CORNU et J. FOYER, *op. cit.*, n° 8, p. 47.

³¹ Sur la transaction : M. REVERCHON-BILLOT, *Répertoire de procédure civile Dalloz*, V° Transaction.

³² G. CORNU et J. FOYER, *op. cit.*, n° 8, p. 49.

³³ L'exigence de concessions réciproques apparaîtra dans la définition du contrat de transaction par la Loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016. V. M. REVERCHON-BILLOT, « Le contrat de règlement amiable sans concession réciproque », in *Les contrats à la marge, Coll. Travaux de la Faculté de droit de Poitiers*, diff. LGDJ, à paraître.

³⁴ G. CORNU et J. FOYER, *op. cit.*, n° 8, p. 47.

³⁵ G. CORNU et J. FOYER, *op. cit.*, n° 9, p. 51.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Ibid.*

³⁸ Décret n°98-1231 du 28 décembre 1998 modifiant le code de l'organisation judiciaire et le nouveau code de procédure civile.

³⁹ CPC, art. 129-2.

juge dans cette mission »⁴⁰. Les choses ont évolué sur ce point puisque le juge peut désormais y procéder sans accord des parties⁴¹.

L'encadrement textuel de la conciliation et de la médiation extrajudiciaires – Jusqu'en 2011, les modes conventionnels de résolution amiable des différends - ceux auxquels les parties ont recours indépendamment du juge - n'étaient pas textuellement encadrés⁴². Le décret d'application n°2012-66 du 20 janvier 2012, résultant de la transposition de la directive « médiation » du 21 mai 2008, a inséré l'article 1530 dans le Code de procédure civile. Figurant dans un livre V intitulé « la résolution amiable des différends », il dispose que « la médiation et la conciliation conventionnelles régies par le présent titre s'entendent, en application des articles 21 et 21-2 de la loi du 8 février 1995 susmentionnée, de 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 ». Médiation et conciliation conventionnelles peuvent par conséquent intervenir avant ou en marge d'un procès au fond⁴³.

La création de la procédure participative assistée par avocat – Introduite par la loi n°2010-1609 du 22 décembre 2010 et le décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 la procédure participative permet aux parties, chacune assistée de son avocat, de définir un cadre formel dans lequel elles négocieront en vue de parvenir à une solution amiable⁴⁴. Le cadre est fixé par une convention de procédure participative, régie par le Code civil aux articles 2062 à 2068 et définie à l'origine 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 »⁴⁵. Elle ne pouvait initialement exister qu'en l'absence de saisine du juge ; la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 a modifié les choses et la convention peut désormais être conclue alors même qu'une instance est en cours. La procédure est ensuite régie par les articles 1542 à 1564-7 du Code de procédure civile. Si la convention est conclue avant la saisine du juge, toute demande en justice introduite pendant cette phase est en principe irrecevable. Ce nouveau mode est issu de la commission de réflexion sur la répartition des contentieux – la « commission Guinchard » - et s'inspire du droit collaboratif nord-américain.

L'importation de la pratique du droit collaboratif – Le droit collaboratif est né dans les années 1990 aux Etats Unis et a été importé en France en 2007⁴⁶. Il nécessite que chacune des parties soit représentée par un avocat, lequel doit être spécialement formé au droit collaboratif. Ce processus repose sur une charte collaborative qui interdit d'une part la saisine du juge, et oblige d'autre part les parties et les avocats à tout mettre en œuvre pour aboutir à une solution consensuelle. En cas d'échec, les avocats ne pourront pas représenter les parties dans la phase contentieuse et les éléments recueillis lors de la phase de pourparlers ne pourront pas être

⁴⁰ G. CORNU et J. FOYER, *op. cit.*, n° 9, p. 51.

⁴¹ Cf. *infra*.

⁴² Seul existait le décret relatif aux conciliateurs de justice.

⁴³ Sur la distinction entre la conciliation et la médiation V. M. REVERCHON-BILLOT, « Conciliation et médiation : des modes amiables concrètement différents », *Procédures*, déc. 2021, n°12, p. 8.

⁴⁴ S. GUINCHARD et *alii*, *op. cit.*, Hypercours Dalloz, p. 917, n° 1736.

⁴⁵ C. civ., art. 2062.

⁴⁶ <https://www.affiches-parisiennes.com/j-aime-bien-cette-nouvelle-posture-de-l-avocat-5085.html>

produits dans la procédure judiciaire⁴⁷. Ce mode de règlement se rencontre le plus souvent dans le cadre de litiges familiaux mais il peut en réalité être adapté en de nombreuses matières.

La création du *med-arb* par la pratique - Comme son nom l'indique, ce mode se caractérise par la combinaison conventionnelle d'une médiation et d'un arbitrage. Les parties tentent d'abord de résoudre leur litige à l'amiable et se tourneront vers l'arbitre pour qu'il le tranche en cas d'échec. Parfois le médiateur lui-même prend la casquette d'arbitre ; d'autres fois il s'agit de deux personnes différentes. Il arrive aussi que les parties préfèrent l'*arb-med*. Dans ce cas, elles commencent par un processus d'arbitrage, lequel est ensuite suspendu pour laisser place à phase de médiation. Si les parties ne parviennent pas à se mettre d'accord, l'arbitrage reprend son cours. L'imagination de la pratique est sans limite et ces schémas de base peuvent se décliner de diverses manières. Quelques exemples. Dans le *post-arbitration mediation*, la sentence de l'arbitre est glissée dans une enveloppe scellée à l'issue de l'arbitrage et les parties entrent en médiation ; la décision de l'arbitre sera connue et appliquée seulement si les parties ne trouvent pas d'accord. Dans le *binding mediation*, le médiateur rend une décision qui s'impose aux parties en suivant non pas une procédure d'arbitrage mais un processus de médiation. Dans le *med-arb show cause*, l'arbitre communique aux parties un projet de sentence lors de la phase d'arbitrage, sur la base duquel les parties peuvent préférer se tourner vers la médiation⁴⁸.

L'apparition de « médiateurs » sectoriels – Médiateur de l'éducation nationale et de l'enseignement supérieur, médiateur de la réussite scolaire, médiateur de la SNCF, médiateur de l'énergie, médiateur de la consommation, médiateur agricole, médiateur bancaire, médiateur des normes applicables aux collectivités territoriales, médiateur du cinéma⁴⁹, médiateur du livre, médiateur militaire, médiateur européen... Il est utopique de vouloir rendre compte de manière exhaustive des différents procédés⁵⁰ qui se développent dans tous les secteurs des relations sociales, économiques, financières et culturelles⁵¹. Il s'agit de médiations extrajudiciaires reposant sur des initiatives émanant de particuliers, d'institutions et même d'autorités publiques⁵². Chacune présente néanmoins des spécificités qui les différencient, tenant soit au statut du médiateur, à ses attributions ou à l'organisation du processus. On peut néanmoins s'interroger sur l'indépendance des médiateurs institutionnels⁵³ ; s'ils sont dénués d'une telle qualité, ils ne sauraient être qualifiés de véritables médiateurs⁵⁴.

II. L'évolution du régime de la résolution amiable

Le régime de la résolution amiable a également évolué, des règles ont été érigées pour inciter à ce type de règlement des litiges (A), quand d'autres franchissent un pas supplémentaire pour imposer la résolution amiable (B).

⁴⁷ D. D'AMBRA, « Ch. 438 : Procédure participative assistée par avocat », in *Droit et pratique de la procédure civile, Droit interne et européen* (dir. S. GUINCHARD), Dalloz action 2021, 10^e éd., n° 438.12, p. 1260.

⁴⁸ N. FRICERO, *Guide des modes amiables*, Dalloz 2017, 3^e éd., n° 223.12, p. 228.

⁴⁹ Notons toutefois que le médiateur du cinéma a été créé en 1982.

⁵⁰ Conseil d'État, « Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne », in *Les études du Conseil d'État*, Doc. fr., 2010.

⁵¹ N. FRICERO, *op. cit.*, n° 222.09, p. 196.

⁵² *Ibid.*

⁵³ J.-C. BEAUJOUR, « L'indépendance du médiateur », *Gaz. Pal.* 2018, n° 4, p. 12.

⁵⁴ L. 8 février 1995, *préc.*, art. 21-2.

A. Les règles incitant à la résolution amiable

Incitations par les pouvoirs dévolus au juge – La loi n°2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice confère au juge - qu'il s'agisse du juge des référés, du juge de la mise en état, du juge d'appel... - un pouvoir général d'enjoindre aux parties de rencontrer un médiateur qu'il désigne⁵⁵. Ce texte lui permet de passer outre l'absence d'accord des parties, requis par l'article 131-1 du Code de procédure civile. Il ne s'agit pas de forcer les parties à entrer en médiation – un tel règlement reposant sur leur consentement – mais simplement de rencontrer un médiateur afin de comprendre le fonctionnement de la médiation et, le cas échéant, d'y adhérer pour tenter de résoudre le litige de cette manière.

Il est aussi possible que le juge délègue la mission de conciliation qui lui est confiée par l'article 21 du Code de procédure civile. L'article 129-2 du Code de procédure civile lui offre cette possibilité dès lors qu'une disposition spécifique le prévoit. C'est désormais le cas devant le tribunal judiciaire dans le cadre de la procédure orale ordinaire⁵⁶, devant le tribunal paritaire des baux ruraux⁵⁷ et devant le tribunal de commerce⁵⁸. Cette mesure incite à la conciliation car il est souvent plus facile pour les parties de se livrer sereinement devant un tiers qui ne sera pas chargé de statuer en cas de désaccord. En pratique, un conciliateur de justice peut être présent lors de l'audience et le juge, pour les dossiers qu'il aura sélectionnés, proposera aux parties, lors de l'appel des causes, de tenter une conciliation avec le conciliateur dans une autre pièce et de revenir immédiatement devant lui en cas d'échec de la conciliation⁵⁹.

Incitation par la suspension de la prescription – L'article 5 du décret relatif aux conciliateurs de justice⁶⁰ disposait que « [l]a saisine du conciliateur de justice n'interrompt ni ne suspend la prescription, les délais de déchéance ou de recours ». Les choses ont évolué avec le décret n°2010-1165 du 1^{er} octobre 2010, lequel a supprimé toute référence à la suspension de la prescription. Cela s'explique par la création de l'article 2238 du Code civil par la loi n°2008-561 du 17 juin 2008 qui prévoit désormais que « [l]a prescription est suspendue à compter du jour où, après la survenance d'un litige, les parties conviennent de recourir à la médiation ou à la conciliation ou, à défaut d'accord écrit, à compter du jour de la première réunion de médiation ou de conciliation ». Le texte précise ensuite que « le délai de prescription recommence à courir, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois, à compter de la date à laquelle soit l'une des parties ou les deux, soit le médiateur ou le conciliateur déclarent que la médiation ou la conciliation est terminée ». La loi n°2010-1609 du 22 décembre 2010 ajoute que la convention de procédure participative produit le même effet. Les parties ne sauraient toutefois en bénéficier lorsqu'elles se tournent vers le droit collaboratif. Le dispositif présente néanmoins des failles : lorsque les parties ne trouvent pas d'accord ou ne se réunissent pas, la prescription n'est jamais suspendue. Le groupe de travail « Justice civile » des États généraux de la Justice a proposé de

⁵⁵ L. 8 février 1995, *préc.*, art. 22-1.

⁵⁶ CPC, art. 821.

⁵⁷ CPC, art. 887.

⁵⁸ CPC, art. 860-2.

⁵⁹ Cette pratique disparaît petit à petit car le plus souvent, de telles affaires étaient soumises au préalable obligatoire imposé par l'ancien article 750-1 du CPC et avaient déjà fait l'objet d'une tentative de résolution amiable. L'avenir nous dira quelle incidence aura l'annulation de l'article 750-1 du CPC par le Conseil d'Etat (CE, 6^e et 5^e ch. réun., 22 sept. 2022, n°s436939 et 437002, V. *infra*).

⁶⁰ Art. 5 anc., décret n°78-381 du 20 mars 1978 relatif aux conciliateurs de justice.

créer une citation à comparaître à un mode amiable, qui aurait pour effet d'interrompre ou de suspendre la prescription⁶¹.

Incitation par l'allocation progressive de l'aide juridictionnelle - Lors de l'adoption de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique, seul l'article 39 du texte envisageait la résolution amiable des différends en prévoyant que « pour toute affaire terminée par une transaction conclue avec le concours de l'avocat, il est alloué à l'auxiliaire de justice la totalité des émoluments auxquels il pouvait prétendre ».

Ce texte fut modifié par l'article 1^{er} de la loi n°98-1163 du 18 décembre 1998 ; le législateur a ajouté un alinéa à l'article 10 qui indique désormais que l'aide juridictionnelle « peut être accordée [...] en vue de parvenir à une transaction avant l'introduction de l'instance ». L'article 39 précité est également modifié puisqu'il envisage que l'avocat soit rétribué lorsque « l'aide a été accordée en vue de parvenir à une transaction avant l'introduction de l'instance et qu'une transaction n'a pu être conclue ». Le versement est toutefois subordonné à « la justification, avant l'expiration du délai de six mois qui suit la décision d'admission, de l'importance et du sérieux des diligences accomplies par ce professionnel ».

Les articles 10 et 39 furent à nouveau modifiés par la loi n°2010-1609 du 22 décembre 2010 afin d'intégrer la nouvelle procédure participative prévue par le Code civil. L'aide juridictionnelle peut également être accordée « en vue de parvenir, avant l'introduction de l'instance, à une transaction ou à un accord conclu dans le cadre d'une procédure participative prévue par le code civil », et ce dans les mêmes conditions que celles initialement prévues en matière de transaction⁶².

Une étape supplémentaire a ensuite été franchie par la loi n°2015-1785 du 29 décembre 2015, laquelle a créé une partie spécialement dédiée à « [l']aide à la médiation », contenant l'unique article 64-5. Celui-ci étend le dispositif aux médiations judiciaires en disposant que « L'avocat qui assiste une partie bénéficiaire de l'aide juridictionnelle dans le cadre d'une médiation ordonnée par le juge a droit à une rétribution ». Il concerne également les médiations conventionnelles puisqu'il prévoit aussi la rétribution de l'avocat qui a assisté une partie éligible à l'aide juridictionnelle « lorsque le juge est saisi aux fins d'homologation d'un accord intervenu à l'issue d'une médiation qu'il n'a pas ordonnée ».

Cet article devint l'article 11-1 par la loi n°2020-1721 du 29 décembre 2020 ; le législateur ajoute un alinéa par lequel il permet qu'une partie éligible à l'aide juridictionnelle puisse obtenir la prise en charge d'une part de la rétribution due au médiateur. Il en va ainsi « en cas de médiation ordonnée par le juge ou en cas de saisine du juge aux fins d'homologation d'un accord intervenu à l'issue d'une médiation conventionnelle »⁶³.

⁶¹ J. JOURDAN-MARQUES, « Pour une citation à comparaître à un mode amiable », *Dalloz Actualité*, 14 septembre 2021.

⁶² Art. 37, Loi n°2010-1609 du 22 décembre 2010.

⁶³ Art. 99, Décret n° 2020-1717 du 28 décembre 2020 portant application de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique et relatif à l'aide juridictionnelle et à l'aide à l'intervention de l'avocat dans les procédures non juridictionnelles. V. par exemple Art. 100 du décret : La rétribution du médiateur relevant de l'aide juridictionnelle est fixée par le magistrat taxateur au maximum à :

1° Lorsque toutes les parties bénéficient de l'aide juridictionnelle : 512 € hors taxes ;

2° Lorsque toutes les parties ne bénéficient pas de l'aide juridictionnelle : 256 € hors taxes pour chaque partie bénéficiant de l'aide juridictionnelle, dans la limite de 512 € hors taxes pour l'ensemble des parties bénéficiant de l'aide juridictionnelle.

Incitations par l'encadrement de l'amiable – Des dispositions ont pour effet d'encadrer davantage les modes amiables de règlement des litiges, ce qui est de nature à renforcer la confiance des parties, de leurs conseils ou encore des magistrats, et par conséquent à les inciter à y recourir davantage. Cela passe notamment par une meilleure formation des conciliateurs⁶⁴, par l'établissement de listes de médiateurs près les Cour d'appel⁶⁵ ou encore par le processus de certification des services en ligne de conciliation, de médiation ou d'arbitrage⁶⁶. La création d'un conseil national de la médiation par la loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire s'inscrit dans cette même logique.

Incitation par la force renforcée de l'accord - La Loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire ajoute un 7° à l'article L. 111-3 du code des procédures civiles d'exécution, lequel prévoit désormais que « [l]es transactions et les actes constatant un accord issu d'une médiation, d'une conciliation ou d'une procédure participative, lorsqu'ils sont contresignés par les avocats de chacune des parties et revêtus de la formule exécutoire par le greffe de la juridiction compétente ». Ce texte incitera sans nul doute les avocats à conseiller davantage la résolution amiable à leurs clients puisqu'ils pourront, sans avoir à saisir de nouveau le juge en homologation de l'accord, lui donner force exécutoire⁶⁷.

B. Les règles imposant la résolution amiable

La conciliation traditionnellement imposée devant le tribunal paritaire des baux ruraux - Devant le tribunal paritaire des baux ruraux, une conciliation obligatoire est intégrée à la procédure. L'article 887 du Code de procédure civile prévoit en effet qu'il « est procédé, devant le tribunal, à une tentative de conciliation dont il est dressé procès-verbal ». Le texte autorise le tribunal à déléguer sa mission de conciliation à un conciliateur de justice désigné à cette fin. Il est intéressant de noter ici que l'article 883 du Code de procédure civile précise que les parties sont tenues de comparaître en personne lors de la tentative préalable de conciliation, sauf à se faire représenter en cas de motif légitime. Le texte consacre ainsi un principe de présence lors de la conciliation ; cela est selon nous indispensable au succès de la conciliation et la règle devrait être généralisée (mais la logique est inverse puisque le législateur a plutôt tendance à supprimer cette exigence).

La conciliation traditionnellement imposée devant le conseil de prud'hommes - Un processus de conciliation très spécifique est prévu dans la procédure prud'homale. L'article L. 1411-1 du Code du travail érige même la conciliation en mode principal de résolution des litiges : « Le conseil de prud'hommes règle par voie de conciliation les différends qui peuvent s'élever à l'occasion de tout contrat de travail soumis aux dispositions du présent code entre les employeurs, ou leurs représentants, et les salariés qu'ils emploient. Il juge les litiges lorsque la conciliation n'a pas abouti ». Aussi, le procès prud'homal débute toujours⁶⁸ par un préliminaire obligatoire de conciliation porté devant une formation spécialisée de la juridiction : le bureau

⁶⁴ Art. 3-1, Décret n°78-381 du 20 mars 1978 relatif aux conciliateurs de justice.

⁶⁵ Décret n°2017-1457 du 9 octobre 2017 relatif à la liste des médiateurs auprès de la cour d'appel pris en application de l'article 8 de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle qui prévoit que chaque cour d'appel établit, pour l'information des juges, une liste des médiateurs.

⁶⁶ Art. 4 de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle ; Décret n°2019-1089 du 25 octobre 2019 relatif à la certification des services en ligne de conciliation, de médiation et d'arbitrage.

⁶⁷ M. REVERCHON-BILLOT, « L'acte contresigné par avocat : un nouveau titre exécutoire de la justice participative », *Procédures*, avril 2022, étude 6.

⁶⁸ En vérité, presque toujours, voir en effet C. trav., art. L. 1245- 2, pour la demande de requalification d'un contrat de travail à durée déterminée en contrat à durée indéterminée.

de conciliation et d'orientation⁶⁹. C'est seulement en cas d'échec que l'affaire sera transmise pour être tranchée par la formation de jugement : le bureau de jugement. En cas de non-respect, la sanction est radicale : un jugement sans tentative préalable de conciliation est entaché d'une nullité d'ordre public.

La conciliation imposée par la procédure orale ordinaire devant le tribunal judiciaire

– Dans le cadre de la procédure orale ordinaire suivie devant le tribunal judiciaire, l'article 820 du Code de procédure civile prévoit que la demande en justice peut être formée aux fins de tentative préalable de conciliation lorsque les parties ne sont pas soumises à l'obligation de conciliation préalable⁷⁰. L'article 826 du Code de procédure civile dispose que le demandeur peut saisir la juridiction aux fins de jugement de tout ou partie de ses prétentions initiales en cas d'échec total ou partiel de la tentative préalable de conciliation. Et même dans ce cas, la première sous-section du Code de procédure civile qui figure dans la partie relative à la procédure aux fins de jugement est consacrée à la conciliation : en vertu de l'article 827, le juge s'efforce de concilier les parties et peut les inviter à rencontrer un conciliateur, même à l'audience.

La possibilité d'une obligation préalable conventionnelle - Les parties elles-mêmes peuvent décider, lors de la conclusion du contrat, d'insérer une clause les obligeant à se tourner vers un mode amiable de règlement des litiges avant de saisir le juge. Un arrêt rendu par la Cour de cassation le 14 février 2003⁷¹ a ainsi clairement décidé qu'une telle clause impose aux parties de tenter la conciliation – mais non pas de la réussir – ; à défaut, le demandeur qui saisit le juge sans s'être tourné au préalable vers la conciliation se heurte à une fin de non-recevoir.

Les balbutiements d'une obligation légale préalable à la saisine - Par le décret n° 2015-282 du 11 mars 2015, le législateur ajoute une mention obligatoire à l'acte introductif d'instance : celle des diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable. L'idée était d'obliger les parties – et leurs conseils ! – à la possibilité de régler le litige autrement qu'en saisissant un juge. Les choses ne se sont pas passées ainsi en pratique. Cela s'explique par le fait que le législateur n'avait pas prévu de véritable sanction en l'absence de la mention : l'article 127 du Code de procédure civile se contentait de prévoir, dans un tel cas, que le juge pouvait proposer aux parties une mesure de conciliation ou de médiation. Une autre difficulté résidait dans le fait que « les diligences » en question n'étaient pas définies : « La recherche d'une transaction directement entre les parties suffira-t-elle ? Faudra-t-il justifier de l'intervention d'un tiers, d'une médiation, d'une conciliation, d'une convention de procédure participative ? »⁷². D'aucuns considéraient qu'un courrier mettant en demeure la partie adverse de répondre favorablement aux prétentions du demandeur était suffisant⁷³. La Cour de cassation a censuré un tribunal d'instance qui se bornait « à relever l'absence de justification d'une tentative préalable de conciliation, sans examiner si M. [G], qui avait mentionné, dans sa déclaration au greffe [...] avoir envoyé un courrier à l'autre partie en vue d'un accord, justifiait

⁶⁹ C. trav., art. R. 1454- 7 à R. 1454- 18.

⁷⁰ Cf. *infra*, CPC, art. 750-1.

⁷¹ Cass., ch. mixte, 14 févr. 2003, n°00- 19.423 et n°00- 19.424.

⁷² C. BLERY, « Une nouvelle ère pour la procédure civile (suite, mais sans doute pas fin), À propos du décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 », *Gaz. Pal.* 2015, n° 108, p. 7.

⁷³ E. MARTIN-HOCQUENGHEM, « L'obligation de tenter une résolution amiable du litige préalablement à l'exercice d'une action en justice contentieuse : un encombrant tigre de papier », *LPA* 2015, n° 129, p. 5.

de démarches en vue de parvenir à une résolution amiable du litige »⁷⁴. Cette exigence a été supprimée par le décret n°2019-1333 du 11 décembre 2019.

La consécration d'une obligation préalable à la saisine - L'article 4 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle a imposé aux parties, en cas de saisine du tribunal d'instance par déclaration au greffe, de tenter d'abord une conciliation menée par un conciliateur de justice. Cette exigence est prescrite à peine d'irrecevabilité, que le juge peut prononcer d'office. Les parties peuvent s'en exonérer si l'une au moins sollicite l'homologation d'un accord, si elles 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.

L'extension de l'obligation préalable à la saisine - L'obligation a été étendue par l'article 3 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice et introduite à l'article 750-1 du Code de procédure civile. Par ce texte, la demande en justice formée devant le tribunal judiciaire doit, à peine d'irrecevabilité que le juge peut prononcer d'office, être précédée au choix des parties, d'une tentative de conciliation menée par un conciliateur de justice, d'une tentative de médiation ou d'une tentative de procédure participative, lorsqu'elle tend au paiement d'une somme n'excédant pas 5 000 euros ou lorsqu'elle est relative à un conflit de voisinage⁷⁵.

Les motifs de dérogation à l'obligation - Comme précédemment, il est des hypothèses dans lesquelles les parties en sont dispensées ; c'est toujours le cas lorsque l'une au moins sollicite l'homologation d'un accord, lorsque l'exercice d'un recours préalable est imposé auprès de l'auteur de la décision, si le juge ou l'autorité administrative doit procéder à une tentative préalable de conciliation en application d'une disposition particulière ou encore si le créancier a vainement engagé une procédure simplifiée de recouvrement des petites créances⁷⁶. C'est enfin le cas lorsqu'il existe un motif légitime tenant soit à l'urgence manifeste, soit aux circonstances de l'espèce rendant impossible une telle tentative ou nécessitant qu'une décision soit rendue non contradictoirement, soit à l'indisponibilité de conciliateurs de justice entraînant l'organisation de la première réunion de conciliation dans un délai manifestement excessif au regard de la nature et des enjeux du litige.

L'annulation de l'article 750-1 du Code de procédure civile - Le Conseil d'Etat a toutefois considéré, sur ce dernier motif de dérogation, que le texte ne définissait pas de façon suffisamment précise les modalités et le délai dans lequel l'indisponibilité pouvait être considérée comme établie⁷⁷. Il ajoute que « s'agissant d'une condition de recevabilité d'un recours juridictionnel, l'indétermination de certains des critères permettant de regarder cette condition comme remplie est de nature à porter atteinte au droit d'exercer un recours effectif devant une juridiction, garanti par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ». L'article 750-1 du Code de procédure civile a par conséquent été annulé, sans effet rétroactif. Précisons toutefois que le principe même d'une obligation préalable à la saisine du juge n'a pas été remise en cause par le Conseil d'Etat, lequel considère d'ailleurs que « les

⁷⁴ Cass. 2^e civ., 15 avr. 2021, n° 20-14.106, note C. BLERY, *Dalloz actualité* 10 mai 2021.

⁷⁵ L'une des actions mentionnées aux articles R. 211-3-4 et R. 211-3-8 du Code de l'organisation judiciaire ou un trouble anormal de voisinage.

⁷⁶ Conformément à l'article L. 125-1 du Code des procédures civiles d'exécution.

⁷⁷ CE, 6^e et 5^e ch. réun., 22 sept. 2022, req. n°s436939 et 437002, *D. actu.* 4 oct. 2022, obs. M. Barba ; *AJDA* 2022. 1817.

dispositions du premier alinéa de l'article 750-1 du code de procédure civile définissent, de façon claire et suffisamment précise, le champ d'application de l'obligation de mise en œuvre d'une tentative préalable de règlement du litige ». Le législateur devrait donc prochainement réécrire l'article 750-1 du Code de procédure civile en précisant le délai d'indisponibilité du conciliateur permettant de déroger à l'obligation de conciliation préalable⁷⁸.

Pour l'heure, nous ne pouvons que conseiller aux parties et à leurs conseils de tenter de résoudre leur litige à l'amiable avant de saisir le juge ; l'étude menée sur l'essor de la résolution amiable entre 1992 et 2022 laisse en effet penser que le législateur ne comptera pas faire marche arrière et revenir sur cette obligation, la logique serait plutôt d'étendre encore davantage son champ d'application. L'avenir nous le dira.

⁷⁸ Le législateur est intervenu par le décret n°2023-357 du 11 mai 2023. L'article 750-1 du CPC précise désormais que le délai d'indisponibilité du conciliateur doit être supérieur à 3 mois à compter de sa saisine. Le texte sera applicable aux instances introduites à compter du 1^{er} octobre 2023.