

CONCOURS ENM 2024

Droit civil – Procédure civile

Le juge et l'amiable

« L'amiable doit être le principe et le judiciaire l'exception » : telle est l'ambition du plan d'action pour l'amiable présenté par le garde des Sceaux le 5 janvier 2023. C'est dire l'intérêt d'une réflexion sur les rapports entre le juge et l'amiable.

Si l'amiable se définit comme la recherche d'une solution négociée entre les parties à un différend sous l'égide d'un tiers indépendant et impartial, il s'agit d'une catégorie ouverte qui recouvre des notions aussi diverses que la conciliation et la médiation (articles 127 à 131-15 du Code de procédure civile), l'amiable composition (article 12 alinéa 4 du Code de procédure civile), ou bien encore la transaction (articles 2044 à 2052 du Code civil). L'amiable peut intervenir aussi bien au sein de l'institution judiciaire qu'en dehors, au titre d'un circuit dérivatif du contentieux, ce qui appelle trois remarques. En premier lieu, l'office du juge dans la lettre du Code de procédure civile est pluriel : il tranche le litige conformément aux règles de droit applicables (article 12 alinéa 1), mais peut aussi, à la demande des parties, procéder à une amiable composition (article 12 alinéa 4) ou prendre l'initiative d'une conciliation (article 21). En second lieu, ces solutions amiables au sein de l'institution judiciaire étaient souvent restées lettre morte, pour des raisons sans doute plus matérielles (manque de temps et de moyens) que juridiques, l'amiable étant pour l'essentiel délégué à des tiers (conciliateurs bénévoles, médiateurs et avocats rétribués) et perçu comme un évitement du juge, à la manière des *alternative dispute resolution* du droit américain : mieux vaut un mauvais arrangement qu'un bon procès. Cet amiable extra-judiciaire épargne au justiciable le coût économique et psychologique du duel judiciaire, son aléa comme sa durée. En troisième lieu, le plan d'action de 2023 donne une nouvelle impulsion à l'amiable, en le réintégrant dans le fonctionnement du service public de la justice : le décret du 11 mai 2023 rétablit l'article 750-1 du Code de procédure civile et celui du 29 juillet 2023 crée notamment l'audience de règlement amiable (ARA) devant le tribunal judiciaire dans les procédures écrites (articles 774-1 et suivants du CPC). Le rôle conciliatoire du juge ressurgit, l'amiable faisant partie de son office au titre d'une justice civile plurielle.

Cependant, présenté comme un nouveau droit subjectif, ce « droit à l'amiable » suscite un certain nombre d'inquiétudes et d'interrogations. D'une part, la question de son effectivité est sensible, et renvoie notamment au coût de l'amiable pour le justiciable et la collectivité. C'est ainsi que le décret du 28 décembre 2023 portant diverses dispositions en matière d'aide juridictionnelle étend l'aide juridictionnelle à l'ARA et la revalorise dans tous les modes amiables. D'autre part, non sans paradoxe, l'amiable peut être source de contentieux (y compris devant le juge administratif, comme l'a montré la saga de l'article 750-1 du Code de procédure civile) et donner lieu à des stratégies dilatoires ou de domination d'une partie sur l'autre. C'est pourquoi le droit à l'amiable doit composer avec le droit fondamental d'accès au juge dans son office contentieux : garanti par la Constitution et les traités internationaux, ce droit d'action contentieuse, concurrent de l'amiable, doit être préservé de toute entrave disproportionnée.

Les rapports du juge à l'amiable sont ainsi dialectiques : l'amiable est certes promu comme une alternative à l'office contentieux du juge (I), mais ses limites suggèrent de préserver cet office (II).

I- La promotion de l'amiable, une alternative à l'office contentieux du juge

L'amiable du juge peut être spontanément recherché par les justiciables et faire figure d'alternative au recours judiciaire contentieux (A), mais les réformes réglementaires récentes tendent à accentuer le recours imposé à l'amiable comme un préalable au recours contentieux (B) afin de développer une culture de l'amiable, au besoin par l'injonction.

A- Le recours spontané à l'amiable

Le recours spontané à l'amiable fait la part belle aux « jeux du contrat et du procès » (Loïc Cadet) : les justiciables peuvent stipuler par contrat leur préférence pour un amiable judiciaire, plus théorique que pratique (1) ou un amiable extrajudiciaire (2), plus usuel.

1- L'amiable judiciaire

L'article 12 alinéa 4 du Code de procédure civile prévoit la possibilité de recourir à l'amiable composition judiciaire.

Cet accord de disposition processuelle, par lequel les parties disposent de leur droit d'action vient ainsi modifier l'office du juge en l'affranchissant de son obligation de statuer en droit pour préférer un recours à l'équité. La validité de ce recours contractuel à l'amiable judiciaire est subordonnée à trois conditions : les droits litigieux doivent être disponibles, l'accord des parties doit être exprès (Commerciale 10 juillet 2001) et il ne peut intervenir qu'une fois le « litige né », ce qui distingue nettement l'arbitrage judiciaire de l'arbitrage privé, puisque pour ce dernier une clause compromissoire peut être stipulée avant tout litige. Il n'existe donc pas de « clause d'amiable composition judiciaire », ce qui constitue la raison principale du faible attrait de l'institution.

En effet, alors que Motulsky fondait de grands espoirs dans l'amiable composition, car elle alliait la garantie de l'institution judiciaire à la souplesse de l'arbitrage, tout en présentant l'avantage d'être gratuite et dotée de la force exécutoire dès le prononcé de la décision, elle n'a pas eu le succès escompté. Non seulement la condition d'un litige né est souvent dirimante (à ce stade, il est irénique d'envisager que les parties s'entendent pour aménager le procès imminent), mais encore l'arbitrage judiciaire souffre de la comparaison avec l'arbitrage privé aux yeux des parties en raison de sa lenteur, due à l'engorgement des juridictions étatiques, et de l'impossibilité pour les parties de choisir leur juge.

Cette rigidité est moins prégnante, en principe, lorsque les parties recourent à l'amiable extrajudiciaire.

2- L'amiable extrajudiciaire

L'amiable extrajudiciaire renvoie en premier lieu à un contrat nommé bien connu des praticiens : il s'agit de la transaction des articles 2044 à 2052 du Code civil qui évitera *a priori* tout recours au juge. En effet, dès lors que les parties sont disposées à procéder à des concessions réciproques (article 2044 du Code civil), la transaction a le mérite de la souplesse : elle doit certes être écrite, mais cette exigence vaut à titre de preuve, et surtout les parties peuvent recourir à la

transaction aussi bien en amont d'une instance que pendant celle-ci, au besoin par le biais d'un retrait conventionnel du rôle.

En deuxième lieu, la convention de procédure participative (articles 2062 à 2068), apparue en 2010, apparaît empesée d'un formalisme trop lourd, ce qui explique sa désaffection par les praticiens. Jusqu'aux décrets des 6 mai 2017 et 11 décembre 2019), la procédure participative ne pouvait intervenir qu'avant la saisine d'un juge ou d'un arbitre. Depuis ces décrets, elle peut aussi intervenir au cours de l'instance aux fins de mise en état (articles 1545-6 et suivants du Code de procédure civile) mais cela n'a pas renforcé son attractivité pour autant. Le formalisme est important puisqu'il s'agit d'un contrat solennel pour lequel de nombreuses mentions obligatoires sont prévues (articles 2063 du Code civil et 1545 du Code de procédure civile).

En troisième lieu, l'arsenal du recours spontané à l'amiable extrajudiciaire s'est étoffé avec les clauses de conciliation, forgées par la pratique (elles sont usuelles, par exemple, dans les contrats d'architecte) et qui ont reçu un brevet de licéité en jurisprudence (Chambre mixte 14 février 2003 ; Civile 1^{ère} 6 mai 2003). Cette clause est hybride : son objet est juridictionnel, mais elle est une stipulation contractuelle qui doit être rédigée clairement, faire l'objet d'un consentement éclairé et non équivoque, sachant par ailleurs qu'elle survit à la résolution du contrat (article 1230 du Code civil). Si les parties ne respectent pas leur engagement de tenter la recherche d'une solution amiable, la saisine du juge sera déclarée irrecevable et cette fin de non-recevoir ne pourra faire l'objet d'aucune régularisation en cours d'instance, ce qui est de nature à conforter la force obligatoire de cette clause (Chambre mixte 12 décembre 2014).

Il apparaît ainsi que les instruments du recours spontané à l'amiable ne manquent pas, mais cela n'a pas paru suffisant au pouvoir réglementaire qui, par une salve de décrets adoptés entre 2019 à 2023, a cherché à multiplier les cas de recours imposé à l'amiable.

B- Le recours imposé à l'amiable

Le recours à l'amiable peut être imposé par les textes (1), auquel cas le juge a pour mission de sanctionner le non-respect du préalable amiable obligatoire. Le juge peut aussi être à l'initiative de cette injonction, au titre d'une revitalisation de sa mission conciliatoire (2).

1- La sanction par le juge du non-respect d'un préalable amiable

L'idée d'un préalable amiable imposé avant toute saisine du juge au titre de son office contentieux est ancienne et a connu des fortunes variables. Obligatoire puis facultative devant le juge de paix, disparu en 1958, l'audience de conciliation a existé en matière de divorce (ancien article 252 du Code civil) avant d'être supprimée le 1^{er} janvier 2021, en application de la loi du 23 mars 2019.

Cette idée demeure, en droit positif, comme en témoigne l'article L. 1411-1 alinéa 1 du Code du travail qui dispose que « le conseil de prud'hommes règle par voie de conciliation les différends » ; le bureau de conciliation serait même, selon certains, l'âme de la prudhomie. Las ! En pratique, il n'y a que peu de conciliations effectives (8% à l'échelon national), et le bureau qui porte ce nom au Conseil des Prud'hommes est essentiellement un lieu où l'on « prend date » pour l'audiencement contentieux à venir. L'alinéa 2 du texte précité du Code du travail dispose : le Conseil des Prud'hommes « juge les litiges lorsque la conciliation n'a pas abouti ».

Bien qu'elle ait été abandonnée ou gauchie, cette idée d'un amiable imposé aux parties avant toute saisine du juge est réapparue en 2016 (article 4 de la loi du 18 novembre 2016), et a été mise en œuvre par le décret du 11 décembre 2019, créant l'article 750-1 du Code de procédure civile. Annulé sans effet rétroactif par un arrêt du Conseil d'Etat du 22 septembre 2022, l'article 750-1 du Code de procédure civile a été rétabli par le décret du 11 mai 2023 pour les demandes formées à compter du 1^{er} octobre 2023 et il est question de l'étendre aux demandes inférieures ou égales à 10 000 euros d'ici la fin 2024 (le plafond actuel est de 5 000 euros). Concrètement, une tentative de conciliation devant un conciliateur de justice ou de médiation devant un médiateur ou encore de procédure participative est imposée à peine d'irrecevabilité de la demande, prononcée d'office par le juge. La nouveauté du décret de 2023 consiste à redéfinir une des dispenses prévues relative à l'indisponibilité de conciliateurs de justice. Une plateforme de règlement amiable des différends est en projet, afin de répondre à l'augmentation des demandes de tentative amiable conventionnelle de résolution des différends.

2- Les injonctions et incitations à l'amiable par le juge

Par comparaison avec l'instabilité législative et réglementaire que nous venons de décrire, l'article 21 du Code de procédure civile paraît gravé dans le marbre : Il entre dans la mission du juge de concilier les parties. Dans l'esprit de Motulsky, cette mission pouvait être accomplie simultanément, successivement ou alternativement avec l'office contentieux du juge. Hélas, faute de temps ou de moyens, cette mission a rarement été accomplie par le juge lui-même, et souvent déléguée à un tiers.

S'agissant des injonctions à l'amiable, l'article 131-1 du Code de procédure civile, issu du décret du 25 février 2022 prévoit que le juge saisi d'un litige peut, après avoir recueilli l'accord des parties, ordonner une médiation. L'amiable est ainsi imposé mais délégué à un tiers, ce qui montre les rapports de gémellité entre conciliation et médiation. Plus qu'une différence de nature, c'est une différence de degré qui apparaît : la conciliation incombe en principe au juge (quoiqu'elle puisse être déléguée à un conciliateur bénévole...) tandis que la médiation est assurée par un tiers rétribué, désigné par le juge, ayant pour mission d'entendre les parties et de confronter leurs points de vue pour leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose.

S'agissant des incitations à l'amiable, le décret du 29 juillet 2023 a créé la césure du procès et l'audience de règlement amiable. La première permet aux parties, par un acte contresigné par avocats, de faire trancher une prétention par le tribunal judiciaire dans un jugement partiel, puis, le cas échéant, de négocier les conséquences patrimoniales de la décision (articles 807-1 et suivants du Code de procédure civile). Quant à la seconde, inspirée de la conférence de règlement amiable québécoise, elle « a pour finalité la résolution amiable du différend entre les parties, par la confrontation équilibrée de leurs points de vue, l'évaluation de leurs besoins, positions et intérêts respectifs, ainsi que la compréhension des principes juridiques applicables au litige » (article 774-2 du Code de procédure civile). Le juge chargé de l'audience de règlement amiable peut prendre connaissance des conclusions et des pièces échangées par les parties, procéder aux constatations, évaluations, appréciations ou reconstitutions qu'il estime nécessaires, en se transportant si besoin sur les lieux. Sauf accord contraire des parties, tout ce qui est dit, écrit ou fait au cours de l'audience de règlement amiable, par le juge et par les parties, est confidentiel.

Ces dispositifs facultatifs issus du décret du 29 juillet 2023 ont vocation à s'appliquer dans le cadre de la procédure écrite ordinaire et des référés, ce qui exclut leur application devant le juge aux affaires familiales (JAF) et le juge des contentieux de la protection (JCP), soit une part très importante des contentieux civils. Disons-le d'emblée : si l'audience de règlement amiable a de quoi séduire, la césure du procès laisse de nombreux praticiens, magistrats ou avocats, dubitatifs. C'est déjà signaler les limites de l'amiable et la nécessaire préservation de l'office contentieux du juge.

II- L'encadrement de l'amiable : la préservation de l'office contentieux du juge

L'amiable ne saurait éclipser l'accès au juge dans son office contentieux : les limites du processus amiable (A) comme, en cas de succès, de l'accord amiable (B) commandent de préserver cet accès.

A- Les limites du processus amiable

La prééminence du droit « ne se conçoit guère sans la possibilité d'accéder aux tribunaux » (CEDH 21 février 1975 *Golder c/ Royaume-Uni*). Le juge est le garant d'une justice loyale et équitable : préserver l'accès au juge en supprimant les entraves disproportionnées, cela suppose d'encadrer l'amiable en prenant conscience tant des stratégies dilatoires que des rapports léonins qui peuvent être à l'œuvre. Ce réalisme quant aux limites de l'amiable commande ainsi un encadrement aussi bien temporel (1) que substantiel (2).

1- L'accès au juge préservé par l'encadrement temporel de l'amiable

Au regard du principe directeur émergent de célérité, il convient de veiller à ce que le processus amiable ne s'enlise pas au point de compromettre l'accès au juge.

La préservation des délais pour agir est assurée par une suspension des délais (et non pas une interruption) pendant tout le temps du processus amiable (article 2238 du Code civil). La suspension de la prescription a pour conséquence un arrêt temporaire de son cours : à la disparition de la cause de suspension, le délai recommence à courir en tenant compte du délai ayant déjà couru avant la suspension.

Cet encadrement temporel explique aussi pourquoi l'article 129-5 du Code de procédure civile précise que le juge peut mettre fin à tout moment à la conciliation, à la demande d'une partie ou à l'initiative du conciliateur. Il peut également y mettre fin d'office lorsque le bon déroulement de la conciliation apparaît compromis. L'article 131-3 du même Code fixe la durée initiale de la médiation à trois mois à compter du jour où la provision à valoir sur la rémunération du médiateur est versée entre les mains de ce dernier. Cette mission peut être renouvelée une fois, pour une même durée, à la demande du médiateur. Ces dispositions sont les bienvenues, même si elles sont perfectibles. Le rapport du groupe de travail Hayat-Lasserre du printemps 2021 (*Promotion et encadrement des MARD*) préconise d'affirmer clairement un principe de loyauté qui viendrait compléter le principe de confidentialité déjà existant (article 131-14 du Code de procédure civile) : concrètement, s'il apparaît, au cours du processus, que l'une des parties utilise le processus à des fins déloyales, le médiateur doit interrompre celui-ci et en informer le juge, tout en respectant son obligation de confidentialité. Ce principe éminent de la confidentialité signifie qu'en cas d'échec du processus amiable le juge ne peut statuer au vu de pièces couvertes par ce principe ; il doit, au besoin d'office, les écarter des débats (Civile 2^{ème} 9 juin 2022).

A ce point de vigilance lié au facteur temporel - qui requiert d'organiser l'amiable dans des conditions loyales et fluides – s'en ajoutent d'autres qui tiennent soit à l'inégalité des parties, soit au formalisme, et renvoient cette fois à un encadrement plus substantiel de l'amiable.

2- L'accès au juge préservé par l'encadrement substantiel de l'amiable

En premier lieu, il n'est pas anodin d'observer que la médiation, **si encouragée en matière familiale**, est purement et simplement exclue en cas de violences conjugales ou intrafamiliales. Depuis la loi du 28 décembre 2019, cette interdiction s'impose même en présence de violences alléguées (article 373-2-10 du Code civil). Cette exclusion est la bienvenue : imagine-t-on un processus amiable sous emprise ?

En deuxième lieu, dans la même veine, quoique de façon moins dramatique, l'inégalité des parties au différend doit s'accompagner d'une certaine réserve à l'égard du processus amiable. En droit de la consommation, les clauses de règlement amiable ne sont valables entre un professionnel et un consommateur que si elles ne créent pas pour le consommateur d'obligation de recourir à la médiation, ni ne prévoient que la solution s'impose aux parties (article L. 612-4 du Code de la consommation). Dans les contrats de travail, la Cour de cassation a jugé qu'en raison de l'existence d'une procédure de conciliation préliminaire et obligatoire, une telle clause du contrat de travail n'empêche pas les parties de saisir directement le juge prud'homal de leur différend (Sociale 5 décembre 2012 et avis de la chambre sociale du 14 juin 2022)

En troisième et dernier lieu, quelle que soit la qualité des parties au différend, il va de soi que les clauses de médiation et de conciliation **ne doivent pas interdire totalement le droit d'agir en justice** : les parties n'ont qu'une obligation de moyens de parvenir à résoudre à l'amiable leur différend. Par ailleurs, elles ne font pas obstacle à la saisine du juge, en cas d'urgence, aux fins d'obtenir une mesure d'instruction ou une mesure provisoire ou conservatoire, comme le rappellent de façon affinée les dérogations prévues par l'article 750-1 du Code de procédure civile dans sa dernière mouture issue du décret du 11 mai 2023. A ces rappels d'évidence s'ajoute une considération liée au formalisme : idéalement, le processus amiable devrait se dérouler de façon simple, sans formalisme excessif. A cet égard, le formalisme est très lourd de la césure du procès (articles 798 à 807 du Code de procédure civile) a de quoi laisser perplexe. Rappelons que la Cour de Strasbourg a, dans son arrêt *Lucas c/ France* rendu le 9 juin 2022, sanctionné la France pour le formalisme procédural excessif imposé par l'une de ses juridictions judiciaires : la lourdeur de la césure procédurale à la française nous expose potentiellement à une nouvelle condamnation.

On le voit, le processus amiable se doit d'être fluide et fiable, sachant qu'en cas d'échec, la porte du juge étatique doit rester ouverte. Au reste, cette importance de l'office du juge se vérifie même en cas de succès du processus, en raison cette fois des limites de l'accord amiable.

B- Les limites de l'accord amiable

L'accord amiable est dépourvu, en soi, de force exécutoire. L'amiable demeure à l'ombre du juge étatique qui a le monopole de l'*imperium*. Si le pari est celui d'une exécution spontanée par les parties de leur accord, elles peuvent aussi recourir au juge pour constater ou homologuer leur accord (1) ou sanctionner l'inexécution de leur accord (2).

1- Le rôle du juge dans la constatation et l'homologation de l'accord amiable

L'accord de conciliation est un contrat informel : cet accord de volontés peut être simplement verbal, les parties s'engageant à exécuter de bonne foi la solution à laquelle elles sont parvenues, qui met fin à leur différend. C'est le principe même du consensualisme : le contrat naît de la seule volonté des cocontractants. Pour cette raison, si les parties viennent à se concilier en cours d'instance, leur accord est parfait dès lors qu'il est valablement constitué : sa validité intrinsèque n'est pas conditionnée par l'établissement d'un procès-verbal par le juge, dont le seul effet serait de renforcer son autorité.

Le jugement de donné acte et le procès-verbal de conciliation sont deux formes de constatation de la conciliation des parties qui ont en commun d'être l'œuvre du juge, et ont entre elles une grande similitude. Le jugement de donné acte est une notion générique qui englobe, notamment, le procès-verbal de conciliation. La possibilité pour les parties de demander au juge de constater leur conciliation est envisagée de manière générale à l'article 129 du Code de procédure civile. Le juge est alors tenu de consigner la teneur de leur accord dans un procès-verbal signé de lui et des parties (article 130 du Code de procédure civile). La constatation de l'accord par le juge lui confère automatiquement force exécutoire et, si les parties le souhaitent, elles peuvent se faire délivrer des extraits du procès-verbal de conciliation qui valent titre exécutoire (article 131 du même Code).

Enfin, l'article 131-12 du Code de procédure civile précise qu'à tout moment, les parties, ou la plus diligente d'entre elles, peuvent soumettre à l'homologation du juge l'accord amiable afin de lui conférer force exécutoire. Le juge statue alors en matière gracieuse sur la requête qui lui est présentée sans débat, à moins qu'il n'estime nécessaire d'entendre les parties à l'audience. Si le contrat est homologué, les parties seront munies d'un titre exécutoire, et sa nature contractuelle s'estompera : il ne pourra être remis en cause que par les voies de recours. Tel n'est pas le cas en l'absence d'homologation, et dans ce cas le juge pourrait être saisi pour demande en sanction d'une inexécution contractuelle.

2- L'inexécution de l'accord amiable

S'il n'est pas constaté ou homologué par l'autorité judiciaire, l'accord issu du processus amiable est un simple contrat, soumis au droit commun, et notamment à la force obligatoire (article 1103 du Code civil).

Cela signifie qu'en cas d'inexécution, le juge peut être sollicité par l'une des parties pour sanctionner l'inexécution, et il peut également mettre en œuvre à cette occasion son pouvoir de contrôle *a posteriori* des sanctions extrajudiciaires. Il est ainsi possible d'envisager la mise en œuvre d'une clause pénale incluse dans un accord amiable (Sociale 17 mars 2010).

Toutefois, si la solution amiable des parties comporte des concessions réciproques, c'est alors le régime propre aux transactions qu'il convient de respecter. En effet, la contestation de l'accord obéit alors aux règles propres aux contrats, avec toutefois certaines spécificités. L'effet extinctif de la transaction a pour conséquence que si l'une des parties contractantes entend continuer, reprendre ou engager une action judiciaire en la même qualité, portant sur le même objet que la transaction et fondée sur la même cause, l'autre partie pourra s'y opposer en invoquant une fin de non-recevoir

tirée de l'existence dudit contrat. Cette fin de non-recevoir est fondée sur l'autorité de chose transigée (article 2052 du Code civil), et cette autorité s'impose également au juge (Civile 2^{ème} 4 mars 2021).

Conclusion : Au terme de cette étude, il apparaît que la diffusion d'une culture de l'amiable constitue un vaste chantier. Le volontarisme politique se comprend au regard des succès de l'amiable à l'étranger : la conférence de règlement amiable québécoise, dont s'inspire notre audience de règlement amiable, permet de résoudre 72 % des litiges civils. Si l'amiable se décrète désormais à coup d'injonctions et d'incitations, est-ce à dire que les Français sont un peuple de gaulois qui y seraient « réfractaires » ? Rien n'est moins sûr, mais le succès des réformes récentes dépendra, pour l'amiable judiciaire et extrajudiciaire, de leur fluidité et fiabilité, et de la stabilité des textes. Le recours au juge ne doit pas être entravé de manière disproportionnée : une justice plurielle doit offrir le choix du mode de résolution du conflit, amiable ou juridictionnel, adapté à la situation des justiciables. La confiance, elle, ne se décrète pas.