

UNIVERSITÉ JEAN MOULIN LYON 3

FACULTÉ DE DROIT

LA CLAUSE DE MÉDIATION

THESE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue publiquement le 27 septembre 2007

par

Guillaume HUCHET

Directeur de recherches :

Mme Carole AUBERT DE VINCELLES

Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3

Membres du Jury :

Mme Soraya AMRANI-MEKKI

Professeur à l'Université Paris X – Nanterre

M. Yves-Marie SERINET

Professeur à l'Université de Cergy-Pontoise

Liste des Abréviations

<i>Adde.</i>	<i>Addendum</i> , Ajouter
AFDI	Annuaire français de Droit international
Ann. Dr. Com.	Annales de droit commercial
Al	alinéa
APD	Archives de philosophie du droit
Art.	Article (d'un code)
Ass. plén.	Assemblée Plénière de la Cour de cassation
BICC	Bulletin d'information de la Cour de cassation
Bull. Civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
Bull. Joly	Bulletin Joly des Sociétés
BRDA	Bulletin rapide de droit des affaires
Chron.	Chronique
C. civ	Code civil
C. com	Code de commerce
Cmf.	Code monétaire et financier
C. conso	Code de la consommation

CA	Cour d'appel
Cah. Dr. Entrep.	Cahiers de droit de l'entreprise
Ch. Req.	Chambre des Requêtes de la Cour de cassation
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CESDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
Cass. Civ.	Cour de cassation, chambre civile
Cass. Com.	Cour de cassation, chambre commerciale
Contrats Conc. Consum.	Contrats – Concurrence – Consommation
CPI	Code de la Propriété Intellectuelle
D	Recueil Dalloz
D. affaires	Dalloz Affaires
Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois
DPCI	Droit et pratique du commerce international
D. Sociétés	Droit des Sociétés
Dr. Soc.	Droit social
Fasc.	Fascicule

GAJC	Grands arrêts de la jurisprudence civile
GP	Gazette du Palais
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
Inf. rap.	Informations rapides
JCP éd. G	Semaine juridique édition générale
JCP éd. E	Semaine juridique édition entreprise
JCP éd. N	Semaine juridique édition notariale
JDI	Journal de droit international
JEX	Juge de l'exécution
JO	Journal officiel
JO Ass. Nat.	Journal officiel de l'Assemblée Nationale
JOCE	Journal officiel des communautés européennes
JOCES	Journal officiel du Conseil économique et social
Obs.	Observations
<i>Op. cit.</i>	<i>Opere citato</i>

PA	Petites Affiches
Pan.	Panorama
PI	Propriété Industrielle
préc.	Précité
Proc. Civ.	Procédure civile
Rapp.	Rapport
Rec. CJCE	Recueil de la Cour de justice des Communautés européennes.
Rec. Périod. Pr. Civ.	Recueil périodique de Procédure civile
Rev. arb.	Revue de l'arbitrage
Rev. Crit.	Revue critique de législation et de jurisprudence
Rev. Crit. DIP	Revue Critique de Droit international privé
Rev. Hist. Droit	Revue d'histoire du Droit
RDAI	Revue de Droit International des Affaires
RDBF	Revue de Droit Bancaire et Financier
RDC	Revue des contrats
RDP	Revue de droit public
RGDP	Revue générale des procédures
RD Imm.	Revue de droit immobilier
RD rur.	Revue de Droit Rural

Rev. Mét. & Mor.	Revue de Métaphysique et de Morale
Rev. Sociétés	Revue des sociétés
RIDC	Revue de droit international comparé
RJC	Revue de jurisprudence commerciale
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RRJ	Revue de la Recherche Juridique
RS crim.	Revue de Sciences Criminelles et de Droit pénal Comparé
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD Com.	Revue trimestrielle de droit commercial
S.	Recueil Sirey
s.	Et suivants
Somm.	Sommaires commentés
Spé	Spécialement
TC	Tribunal commercial
T. Conf.	Tribunal des conflits
TGI	Tribunal de grande instance
V.	voir

Je remercie Madame le Professeur Carole Aubert de Vincelles pour m'avoir suivi durant ces années de recherche et permis d'aboutir à une étude qui, sans prétendre à l'exhaustivité, contribuera je l'espère, à mieux appréhender un sujet très actuel.

A mon grand-père, mes parents et Marie-Elodie

Introduction

« Le droit est la médiation entre le juste et le raisonnable, entre l'individuel et le social entre le consensus et le conflit¹ »

1. La pratique contractuelle porte actuellement un intérêt croissant aux clauses permettant une gestion préalable du conflit par l'organisation d'une négociation. Les rédacteurs de contrats n'hésitent plus à insérer ce type de stipulation dont la clause de médiation constitue un exemple particulièrement représentatif.

Cette stipulation oblige chacune des parties lors de la survenance d'un conflit, à ne pas saisir le juge étatique ou arbitral tant qu'un processus de négociation d'une solution amiable n'aura pas été mis en place et mené jusqu'à son terme. Tout l'intérêt de cette stipulation tient à la présence d'une tierce personne, indépendante de chacun des protagonistes, dont la mission

¹ Oppetit B., *Philosophie du droit*, Dalloz, 2004, préface Terré F., p 31, n°20.

consiste à tenter de les rapprocher et ainsi permettre la création d'un espace de dialogue et de compréhension mutuelle.

Cette inclination contemporaine pour la justice consensuelle constitue, selon certains auteurs, un « remède à l'engorgement des tribunaux² ». En réalité, de nombreux arguments plaident en faveur du recours à des stipulations permettant la recherche d'une solution amiable à un conflit, et tout particulièrement la clause de médiation.

2. « *Le contrat n'est pas un temps subi ; il est un temps voulu, organisé par l'intelligence et la liberté des intéressés³* ». Un contrat est donc un acte de prévision⁴, devant réaliser le respect mutuel de chacun des contractants ; il est effectivement nécessaire qu'il prenne en considération la gestion du risque contractuel.

La réalisation correcte du projet conventionnel reste une donnée inconnue, mais en partie prévisible en raison d'une certaine standardisation du contrat et des comportements. Les parties, conseillées ou non, doivent prendre conscience que dans tout engagement un risque de conflit est latent. Ils leur appartient ainsi d'anticiper celui-ci en adaptant leur contrat par une ou plusieurs stipulations organisant le règlement des conflits relatifs au contrat conclu⁵.

² Cadiet L., *Procès équitable et modes alternatifs de règlement des conflits*, in *Variations autour d'un droit commun*, sous la direction de Delmas-Marty M., Muir Watt H., Ruiz Fabri H., Société de Législation Comparée, 2002, p 89, spé p 89, n°1.

³ Mousseron J.-M., *La gestion des risques par le contrat*, RTD Com. 1988 p 481.

⁴ Lécuyer H., *Le contrat, acte de prévision*, Mélanges en l'hommage à François Terré, Puf, Dalloz, Editions Jurisclasseur, 1999, p 643.

⁵ Dubisson M., *La négociation d'une clause de règlement des litiges*, DPCI 1981 p 77, spé p 77 : « *Il n'en demeure pas moins que la mise au point d'une clause de règlement des litiges appropriée est l'une des questions essentielles qui doivent retenir l'attention des juristes participant à la négociation d'un contrat* ».

Cette prise en considération du risque contractuel est toutefois relativement contemporaine ; il semblait exister jusqu'ici dans le comportement de chacun des cocontractants une certaine frilosité à se servir de leur liberté d'aménager le contenu du contrat en vue de l'adapter au mieux aux différents besoins des parties⁶.

3. La gestion du risque de conflit par le contrat a notamment amené certains justiciables à se tourner, dans un premier temps, assez naturellement vers l'arbitrage qui a pu être perçu comme une alternative satisfaisante à la justice étatique.

En effet, la crise de la Justice, se matérialisant notamment par une inflation du nombre des demandes en justice, des délais d'attente pour le prononcé d'une décision, d'une certaine insatisfaction du dispositif des décisions rendues, a créé chez le justiciable un sentiment de dépossession, avec l'impression de ne pas être entendu ni compris par le juge et surtout de ne pas être suffisamment en accord avec les spécificités du contentieux économique⁷.

L'accroissement quantitatif des règles juridiques a également créé un facteur de complexité et d'insécurité dans l'application de celles-ci⁸. A l'heure actuelle il est difficile de prétendre

⁶ Ledouble D., *L'entreprise et le contrat*, Librairies Techniques, 1980, p 246, n°258 s. : « *L'influence des compagnies d'assurances, ajoutée à la paresse intellectuelle de certains juristes, ont pu laisser croire que l'unique moyen de réduire les risques liés à un contrat ne pouvait être que l'assurance, alors qu'une rédaction attentive des clauses mêmes du contrat peut rendre les plus grands services sans entraîner de frais supplémentaires. Dans les contrats de longue durée, les risques de toutes sortes assaillent les co-contractants et la prise de conscience de la notion de risque au travers de ses diverses manifestations concrètes a conduit à une nouvelle technique : la « gestion des risques » »*

⁷ Champaud Cl., *L'idée d'une magistrature économique*, Justices 1995 n°1, p 61 ; Frison-Roche M.-A., *Vers le droit processuel économique*, Justices 1995 n°1 p 91 ; Jacquemin A. et Schrans G., *Eléments d'une magistrature économique*, RTD Com. 1977 p 421.

⁸ V. en dernier lieu, Conseil Constitutionnel 29 décembre 2005, décision n°2005-530 DC, D 2006 Somm p 826 obs. Ogier-Bernaud V., PA 6 janvier 2006 p 4 obs. Schoettl J.-P., le

connaître le droit positif en dépit de l'adage « *nul n'est censé ignorer la Loi* ». Ce constat explique sans doute qu'une partie des justiciables ne cherche peut-être plus nécessairement à savoir qui a juridiquement raison ou tort mais préfère confier le règlement de leur différend à des juges spécialisés ou rechercher une solution consensuelle⁹.

4. L'arbitrage possède en effet un certain nombre d'attraits à l'origine de son succès¹⁰, essentiellement auprès des commerçants puisque jusqu'à la loi Nouvelles Régulations Economiques (NRE) du 15 mai 2001¹¹ eux seuls pouvaient anticiper et stipuler une clause compromissoire¹².

Conseil a censuré une disposition de la loi de finances pour l'année 2006 en raison de son inintelligibilité et de son niveau de complexité qui portait ainsi atteinte à la sécurité juridique des citoyens ; V. aussi Outin-Adam A., Reita-Tran A.-M., *Excès et dérives dans l'art de légiférer : quelques réflexions axées sur le droit des affaires*, D 2006 p 2919.

⁹ Oppetit B., *Les modes alternatifs de règlement des différends de la vie économique*, Justices 1995 n°1 p 53, spé p 59 : « (...) *l'heure n'est plus aux certitudes mais à la recherche de solutions consensuelles, personne n'a complètement tort ni tout à fait raison (...)* ».

¹⁰ Pour une présentation historique de l'arbitrage et les très nombreuses références bibliographiques, V. Clay Th., *L'arbitre*, Dalloz, Vol. 2, 2001, p 2, n°2 s.

¹¹ Article 126 de la loi n°2001-420 du 15 mai 2001 : « *Sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle* ».

¹² Cette affirmation est toutefois à tempérer en raison de la récente position de la Cour de cassation à propos de l'application dans le temps de ladite loi. La Cour a fait une application audacieuse des principes civilistes en admettant que la nouvelle rédaction de l'article 2061 du Code civil puisse s'appliquer aux contrats en cours et ce quelque soit le terme du contrat principal. V. Civ. 1^{ère}, 22 novembre 2005, Bull. Civ. I n°423, D 2006 p 277 note Le Bars Th.

L'intérêt du recours à la procédure arbitrale est largement connu ; les raisons en sont multiples : confidentialité protégeant le secret des affaires¹³, originalité liée à la désignation par les parties de leur juge, formalisme moindre, souplesse relative dans son organisation et enfin, assurance d'un règlement rapide en raison d'une contrainte temporelle.

Toutefois, la réalité de l'arbitrage dément souvent cette présentation en raison d'une institutionnalisation et d'une juridictionnalisation croissante de la procédure arbitrale, s'expliquant essentiellement par la décision des parties de recourir à un arbitrage institutionnel au sein d'un centre spécialisé. Le choix en faveur de ces centres offre l'avantage indéniable de sécuriser la procédure par l'adhésion à un règlement d'arbitrage valant protocole de mission. Pour autant, ils introduisent dans leur règlement davantage de formalisme et agissent par mimétisme à l'égard de la procédure civile.

Ce rapprochement avec la justice étatique est justement critiqué, car il ampute en partie l'arbitrage de sa spécificité¹⁴. La détérioration du climat, par le recours fréquent au juge d'appui, la défiance à l'égard des arbitres dont la responsabilité est régulièrement recherchée, le coût sans cesse croissant, constituent autant d'éléments supplémentaires n'incitant pas toujours à recourir à ce mode de règlement des litiges, amenant ainsi à préférer une issue négociée.

Et Callé P., RTD Com. 2006 p 302 obs. Loquin E., Rev. Arb. 2005 p 1011 note Bureau D., Defrénois 2006 p 590 obs. Libchaber R.

¹³ V. notamment Paclot Y., *Les diverses facettes du droit des affaires*, Droit et patrimoine mars 2002 p 70 ; Bouloc B., *Le secret des affaires*, DPCI 1990 p 6 ; Galvada C., *Le secret des affaires*, Mélanges offerts à René Savatier, Dalloz, 1965, p 291

¹⁴ Oppetit B., *Justice étatique et justice arbitrale*, Mélanges offerts à Pierre Bellet, Litec, 1991, p 415.

5. Le rapprochement amiable des parties vers une solution acceptée de leur conflit constitue effectivement un mode ancestral de résolution des conflits « *appartenant à la sagesse des nations et à la pensée antique*¹⁵ ».

Ce mode de résolution amiable du conflit offre l'opportunité de s'écarter de la logique binaire, voire manichéenne, du juste et de l'injuste, qui ne constitue pas toujours la meilleure issue pour le règlement des litiges.

La volonté de parvenir à régler amiablement son ou ses conflits est sans aucun doute d'une origine plus ancienne que la Justice institutionnelle¹⁶. Ce rapprochement amiable s'apparente aujourd'hui à une forme de justice privée intermédiaire qui doit exister et demeurer au sein même d'un Etat de droit¹⁷. Il a ainsi vocation à pacifier les relations humaines par le dialogue et la négociation, le recours à la balance et au glaive ne constituant pas toujours la panacée¹⁸. « *Il faut que ceux qui ont des griefs les uns contre les autres commencent par aller trouver leurs voisins, leurs amis aussi bien que ceux qui sont au courant des actes sur lesquels porte*

¹⁵ Cornu G., *Les modes alternatifs de règlement des conflits, Rapport de synthèse*, RIDC 1997 p 313, spé p 314 citant l'Épître aux Corinthiens.

¹⁶ David-Jougneau M., *Ulysse, médiateur ou comment sortir de la logique de la vengeance*, Droit et Société 1995 n°29, p 11. L'auteur démontre que la médiation constitue une forme de justice ancestrale et alternative à la justice privée primitive (la vengeance). En analysant *Ajax* de Sophocle, l'auteur décrit Ulysse comme le premier médiateur, celui qui a su transcender le rapport de forces et le désir de vengeance pour rechercher et aboutir à une solution juste.

¹⁷ Vallimaresco A., *La justice privée en droit moderne*, Paris, 1926, p 11 s.

¹⁸ Bonafé-Schmitt J.-P., *La médiation : du droit imposé au droit négocié*, in *Droit négocié, droit imposé*, sous la direction de Ost Ph., Gerard Ph., van Kerchove M., Publications Saint-Louis, 1996, p 419, spé p 424 : « *La médiation remet en cause un modèle de régulation sociale axé sur la « délégation », c'est-à-dire le pouvoir conféré, le plus souvent à des professionnels du droit, de gérer le conflit. Par essence, la médiation repose sur une réappropriation par les parties du pouvoir de gérer leurs conflits (...)* ».

*la contestation ; qu'ils aillent vers d'autres tribunaux dans le cas seulement où, d'aventure, on n'aura pas reçu de ces gens là une décision qui règle convenablement le différend*¹⁹ ».

6. Le succès croissant de cette forme de justice privée intermédiaire tient aussi à une carence propre au système juridictionnel. Le juge a pour mission de trancher un litige conformément aux règles juridiques en vigueur comme l'énonce l'article 12 du NCPC. Or, trancher un litige n'induit pas nécessairement l'obligation de résoudre le conflit. Le juge est effectivement lié par l'objet de la demande en justice et éventuellement par le dépôt de demandes reconventionnelles. Il lui est difficile de prendre en considération des données n'appartenant pas au litige mais qui, au contraire, relèvent de la sphère du conflit.

Cette différenciation entre le litige et le conflit résulte en réalité d'une approche notionnelle différente²⁰. Le litige est avant tout un terme juridique supposant l'émission d'une prétention juridique²¹. Cette notion est associée à celle de procès ou de contentieux et présuppose la saisine d'un juge. En revanche, on pressent que la notion de conflit relève davantage de la sociologie que du droit et a en conséquence un objet plus large. Ne se limitant pas aux seules questions et prétentions juridiques, un conflit peut effectivement naître en raison de la seule opposition d'intérêt ou de vue sans que l'on puisse la traduire juridiquement. Les modes de

¹⁹ Platon, *Les Lois*, VI 767, Les tribunaux.

²⁰ Rivier M.-C., *Conflit / Litige*, in *Dictionnaire de la Justice*, sous la direction de Cadiet L., Puf, 2004 p 196, spé p 198 : « (...) de définir le litige, dans une première approche, comme une opposition de prétentions, comportant du fait et du droit, apte à être entendue par un juge et tranchée par une norme de référence. (...). Le conflit, quant à lui peut s'entendre comme d'un antagonisme, intégrant des éléments très divers parmi lesquels le droit n'est généralement pas absent, mais qui comporte des dimensions sociales, économiques, politiques, psychologiques, irréductibles à la seule dimension juridique ». V. aussi Jeammaud A., *Conflit, différend, litige*, *Droits* 2001 N°34 p 15.

²¹ Cadiet L., Jeuland E., *Droit judiciaire privé*, Litec, 5^{ème} éd., 2006, p 2, n°4 s. ; Cornu G., Foyer J., *Procédure civile*, Puf, 3^{ème} éd., 1996, p 42, n°7.

règlement alternatif des conflits ont ainsi vocation à agir sur le conflit dans le but de renouer un lien et rétablir une communication altérée. Ils permettent en outre de prendre en considération l'avenir d'une relation sociale, économique ou encore familiale, là où la décision de justice est essentiellement tournée vers le règlement du passé.

7. Dans cette perspective, le choix pour un règlement amiable entendu comme la recherche d'un accord directement négocié entre les protagonistes, avec l'intervention ou non d'un tiers indépendant, fait actuellement l'objet d'un véritable engouement²² ; développé initialement dans les pays anglo-saxons, il s'est de nouveau installé en droit positif.

Les modes alternatifs de règlement des conflits constituent désormais une réalité incontournable, tant au niveau national qu'international, dont l'enjeu, notamment économique²³, ne doit pas être sous-estimé. Cette inclination en faveur d'un mode de résolution amiable des différends caractérise cette volonté de se réappropriier et de gérer individuellement son conflit en s'efforçant de ne pas recourir à l'appareil étatique.

²² Temine M., *Médiation et droit des affaires*, Thèse Paris II 2002, p 18, n°21 : « (...) Il semble bien qu'au regard de ce premier examen, nous sommes complètement dans le vent de l'histoire, dans la mesure où la médiation exprime juridiquement un trait caractéristique de notre société contemporaine qui se veut être essentiellement une société de compromis. La médiation constitue en effet une alternative au règlement du conflit par la voie du procès, mais également par la voie de l'arbitrage qui s'est judiciarisé petit à petit (...) ».

²³ Sur cette question, V. Chappe N., *Economie et résolution des litiges*, Economica, 2005, préface Deffains B. ; Faget J., *L'accès au droit : logiques de marché et enjeux sociaux*, Droit et Société 1991 N°30/31 p 367 ; Lemennicier B., *L'économie de la justice : du monopole de l'Etat à la concurrence privée ?*, Justices 1995 N°1 p 135.

8. Au niveau international, les modes alternatifs de règlement des conflits ont connu un développement important aux Etats-Unis dans un premier temps, puis en Europe, et, plus récemment dans le cadre de l'Union Européenne.

L'explication de cet intérêt tient essentiellement à une volonté de freiner le comportement procédurier des justiciables américains et de leur offrir la possibilité de garder la maîtrise de leur conflit. Ces modes de règlement amiable appelés Outre-atlantique « *Alternative Dispute Resolution (ADR)*²⁴ », sont apparus de manière informelle autour des questions de conflits de voisinage, de responsabilité civile ou encore d'éducation. Face au succès de cette méthode de résolution des conflits, la pratique de la conciliation et de la médiation s'est aussi développée dans le cadre des relations commerciales. Au début des années 80, des groupements de magistrats, d'avocats et de juristes se sont attachés à promouvoir cette justice consensuelle dans le cadre des « *Center of Public Ressource*²⁵ ». Ces différentes initiatives se sont par la suite davantage structurées avec la rédaction de Codes de déontologie et orientées aussi vers des actions de formation des médiateurs et conciliateurs dans le cadre, par exemple de la prestigieuse « *American Bar Association* ». Cet engouement pour les ADR s'est accentué avec la création d'autres formules ayant toujours pour socle la médiation, tel le « *Med-arb*²⁶ » ou encore « *l'arbitrage baseball*²⁷ ».

²⁴ V. notamment Guillaume-Hofnung M., *La médiation*, Puf, 4^{ème} éd., 2007 ; Sous la direction de Cadet L., Clay Th., Jeuland E., *Médiation & arbitrage, Alternative Dispute Resolution. Alternative à la justice ou Justice alternative ? Perspectives comparatives*, Litec, 2005 ; Temine M., *Médiation et droit des affaires*, Thèse Paris II 2002, p 5, n°4 s. ; Adeline A., *La montée des ADR dans les pays anglo-saxons (où comment résoudre le contentieux sans plaider ?)*, PA 1996 n°127 p 4 ; Braudo S., *La pratique de la médiation aux Etats-Unis*, Gaz. Pal 1996 p 2.

²⁵ Il semble qu'à l'heure actuelle environ 800 entreprises et 1500 cabinets d'avocats ont adhéré au règlement du « *Center Public of Ressource* » sur les ADR. V. Braudo S., *La pratique de la médiation aux Etats-Unis*, art. préc, spé p 2 s.

²⁶ Zarkalam S., *Les avantages et les inconvénients du « med-arb » comme mode alternatif de règlement des conflits*, RGDP 1998 p 589.

La pratique des modes alternatifs de règlement des conflits a connu en Europe des succès variables. Toutefois, il semble qu'à l'heure actuelle, un intérêt réel existe pour le règlement amiable des conflits et plusieurs pays de l'Europe de l'Ouest disposent d'une réglementation sur ce point ou font appel à des pratiques similaires plus ou moins structurées²⁸.

Dans le cadre de l'Union Européenne, les modes alternatifs de règlement des conflits commencent à trouver leur place au sein des Institutions communautaires. Récemment et à la suite de différents travaux et consultations, le Parlement européen et le Conseil ont déposé une proposition de directive sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale²⁹. Cette proposition de directive vise à encourager le recours à la médiation en incitant tous les Etats à se doter d'une réglementation en accord avec des principes essentiels comme la confidentialité, l'impartialité du médiateur, la question de la prescription, la reconnaissance au sein de l'Union européenne de l'accord amiable... La Commission européenne a, en effet, constaté que « *la médiation est un moyen plus rapide, plus simple et plus économique de résoudre les différends, qui permet en outre de prendre en considération une plus large gamme d'intérêts des parties, qui a plus de chances d'aboutir à un accord qui sera volontairement respecté, et qui préservera une relation amiable et durable entre les parties*³⁰ ». Cette proposition de directive est actuellement en cours d'examen au sein du Parlement européen ; en tout état de cause, *a priori*, la France n'aura pas à modifier sa réglementation, car elle semble être en conformité avec les dispositions de la directive.

²⁷ Sur cette question, V. Mitrovic L., *L'arbitrage baseball : arbitrage ou mode alternatif de règlement ?*, Rev. Arb. 2003 p 1167.

²⁸ Sur ce point, V. Colloque sur le Médiation civile et commerciale en Europe, in PA 9 décembre 2005 p 3 s.

²⁹ COM (2004) 718 final, 22 octobre 2004 ; V. Floch J., *Rapport d'information pour l'Assemblée Nationale sur la Médiation en Europe (COM [2004] 718 final)*, Rapport n°3696 du 13 février 2007 (disponible sur le site Internet de l'Assemblée Nationale, www.assemblee-nationale.fr) ; Nourissat C., *Droit civil de l'Union européenne*, D 2005 p 608, spé p 612.

³⁰ Floch J., *Rapport précité*, spé p 21.

9. En droit positif, le recours aux modes de résolution amiable des différends a une origine ancienne et dans le même temps voit son existence étroitement liée à un mouvement de balancier.

L'exemple du Roi Louis IX, plus connu sous le nom de Saint-Louis, invitant les parties à se concilier avant qu'il ne rende la justice, constitue sans doute l'exemple le plus emblématique de la faveur accordée à la conciliation³¹.

Elle fut très largement pratiquée par les révolutionnaires³², au point d'être consacrée en tant que principe constitutionnel. En effet, le décret des 16-24 août 1790 a créé un préliminaire obligatoire de conciliation pour toutes les affaires portées devant les tribunaux de district. Ce préalable a été quelque peu modifié mais maintenu dans les Constitutions du 5 *Fructidor* An III et 22 *Frimaire* An VIII. L'insertion d'une conciliation obligatoire a inspiré la maxime populaire tirée de l'œuvre de Balzac : « *mauvais accommodement vaut mieux que bon procès*³³ ». Tous les litiges relevant de la compétence des tribunaux de district devaient être

³¹ La Cour de cassation, en son premier étage, permet au visiteur de découvrir la galerie Saint-Louis, où le Roi, réputé pour sa sagesse et son équité, est représenté siégeant sous un chêne dans le parc du Château de Vincennes.

³² Garsonnet E., *Traité théorique et pratique de procédure*, Paris, 1882, p 256, note 15. L'auteur rapporte l'émerveillement de Voltaire devant la pratique de la conciliation en Hollande : « *quand deux hommes veulent plaider l'un contre l'autre, ils sont obligés d'aller d'abord retirer ces derniers comme on ôte le bois d'un feu qu'on veut éteindre. Les faiseurs de paix disent aux parties : Vous êtes de grands fous de vouloir manger votre argent à vous rendre mutuellement malheureux ; nous allons vous accommoder sans qu'il ne vous en coûte rien* ».

Sur cette question, V. aussi Couvrat P., Giudicelli –Delage G., *Conciliation et médiation*, Jurisclasseur Proc. Civ. Fasc. 160, n°31 s.

³³ de Balzac H., *Illusions perdues*, Pléiade, Tome IV, p 1054.

préalablement soumis à une conciliation obligatoire devant le tribunal de paix ; aucune dispense ni exception n'étaient prévues.

Des modifications successives ont été portées ultérieurement à ce préliminaire pour prendre en considération la nature de la juridiction, l'objet et l'urgence du litige. De ce fait, la lourdeur du processus a entraîné une multiplication des exceptions jusqu'à un décret du 22 décembre 1958 rendant le préalable de conciliation facultatif et supprimant dans le même temps les juges de paix³⁴. Il fallut attendre le décret du 17 décembre 1973, puis celui du 5 décembre 1975 instituant le Nouveau Code de procédure civile, pour voir consacrée, en tant que principe directeur, la faculté pour le juge de concilier les parties.

10. Ce renouveau en faveur des modes alternatifs de règlement des conflits exprime une réelle volonté de changer de paradigme dans la résolution des différends en offrant la possibilité pour les parties en conflit de s'investir différemment en privilégiant une approche conciliatrice.

Depuis plusieurs années, il est patent de constater un réel enthousiasme à l'égard des deux modes classiques de règlement des conflits : la conciliation et la médiation³⁵. La littérature sur

³⁴ L'article 80 du décret du 22 décembre 1958, JO du 23 décembre 1958, dispose que : « (...) *A partir de l'ouverture des débats, la faculté d'entendre les parties, dans les conditions fixées à l'alinéa précédent, et de les concilier si faire se peut, appartiendra au tribunal en chambre du conseil (...)* ».

³⁵ Etymologiquement conciliation vient du latin *conciliare* qui signifie assembler, réunir ; médiation a aussi une origine latine, *mediare*, exprimant l'idée d'être au milieu.

Pour de très intéressants développements philosophiques et théologiques sur l'étymologie de conciliation et de médiation, V. notamment Six J.-F., Mussaud V., *Médiation*, Seuil, 2002, préface Barre R., Rocard M. ; Six J.-F., *Le temps des médiateurs*, Seuil, 1990.

ce point, est foisonnante et permet d'avoir de la question une approche globale et non uniquement cloisonnée aux seules problématiques juridiques³⁶.

La conciliation et la médiation se sont largement développées en droit positif soit de manière spontanée, soit sous l'impulsion des pouvoirs publics. Dans un souci de clarté, il est envisageable de les présenter selon que les parties en conflit y ont recours dans le cadre d'une instance ou hors de toute procédure juridictionnelle.

11. Hors de toute procédure juridictionnelle, la conciliation et la médiation sont désormais très présentes, même pour des domaines où l'ordre public est pourtant fortement présent, la médiation pénale constituant, à ce titre, un exemple caractéristique³⁷.

³⁶ Pour une bibliographie non exhaustive : Guillaume-Hofnung M., *La médiation*, Puf, 4^{ème} éd., 2007 ; Sous la direction de Cadet L., Clay Th., Jeuland E., *Médiation et arbitrage, Alternative Dispute Resolution. Alternative à la Justice ou Justice alternative ? Perspectives comparatives*, Litec, 2005 ; Bourry d'Antin M., Pluyette G., Bensimon S., *Art et techniques de la médiation*, Litec, 2004, préface Draï P. ; Sous la direction de Chevalier P., Desdevises Y., Milburn Ph., *Les Modes alternatifs de règlement des litiges : les nouvelles voies d'une autre justice*, La Documentation Française 2003 ; Linant de Bellefonds X., Hollande A., *L'arbitrage et la médiation*, Puf, 2003 ; Mouthier M., *Guide pratique de la conciliation et de la médiation*, Editions de Vecchi, 2003 ; Sous la direction de Racine J.-B., *Pluralisme des modes alternatifs de résolution des conflits, pluralisme du droit*, L'Hermès, 2002 ; Morineau J., *L'esprit de la médiation*, Erès, 1998 ; Sous la direction de Ost F., Gerard S., van Kerchove M., *Droit négocié, Droit imposé*, Publications Saint-Louis, 1996 ; Baudoin A., *La conciliation et la médiation : deux modes de règlement des différends commerciaux*, Thèse Paris II 1992.

³⁷ Article 41-1 du Code de Procédure Pénale : « *S'il lui apparaît qu'une telle mesure est susceptible de lui assurer la réparation du dommage causé à la victime, de mettre au trouble résultant de l'infraction ou de contribuer au reclassement de l'auteur des faits, le procureur de la République peut, préalablement à sa décision sur l'action publique, directement ou par l'intermédiaire d'un officier de police judiciaire, d'un délégué ou d'un médiateur du*

Sans ordre spécifique ni volonté d'exhaustivité car l'étude a déjà été faite³⁸, on peut citer le médiateur de la République³⁹, le médiateur du cinéma⁴⁰, les médiateurs des compagnies d'assurance⁴¹, le médiateur bancaire⁴², le médiateur de l'Education Nationale⁴³, le médiateur du service universel postal⁴⁴, le médiateur de la RATP⁴⁵ et de la SNCF⁴⁶ ou encore le

procureur de la République : 5° Faire procéder, avec l'accord des parties, à une mission de médiation entre l'auteur des faits et la victime ».

³⁸ Le Gallou A., *Essai d'une théorie générale des règlements amiables en droit privé*, Thèse Rennes I 1998.

³⁹ Institué par la loi n°73-6 du 3 janvier 1973 et le décret du 9 mars 1973 ; V. sur ce sujet Duclos J.-L., *Le médiateur de la République*, Puf, Que sais-je ?, 1999, n°3422.

⁴⁰ V. loi n°82-652 du 29 juillet 1982 et le décret n°82-86 du 9 février 1983.

⁴¹ Médiateurs qui ont été institués par le Comité de liaison des assurances depuis la loi du 1^{er} octobre 1993 ; V. Bourry d'Antin M., Pluyette G., Bensimon S., *Art et technique de la médiation*, Litec, 2004, préface Draï P., p 452, n°713.

⁴² L'article L 312-1-3 du Code Monétaire et Financier (issu de la loi n°2001-1168 du 11 décembre 2001) fait obligation aux établissements de crédit de désigner en leur sein un ou plusieurs médiateurs.

⁴³ Créé par le décret n°98-1082 du 1^{er} décembre 1998.

⁴⁴ Créé par le décret n°2001-1335 du 28 décembre 2001.

⁴⁵ Institué à la suite du protocole d'accord du 6 mars 1990 conclu entre la direction de la RATP et les associations de consommateurs et d'utilisateurs.

⁴⁶ Créé à la suite d'un protocole d'accord signé en avril 1994 entre la direction de la SNCF et les associations agréées de consommateurs et d'utilisateurs.

médiateur de l'Union Européenne⁴⁷. L'ensemble de ces médiateurs a ainsi vocation à intervenir dans de multiples domaines de la vie sociale et économique mais dans un cadre essentiellement extrajudiciaire.

12. En dehors des tentatives de règlement amiable facultatif ou obligatoire que l'on trouve au sein du Conseil des Prud'hommes⁴⁸, du Tribunal des affaires de sécurité sociale⁴⁹ ou du Tribunal d'instance⁵⁰, la conciliation et la médiation judiciaires⁵¹ constituent *a priori* la meilleure illustration de la pénétration des modes de règlement amiable des différends dans le cadre d'une instance judiciaire⁵². Le législateur est venu consacrer une pratique judiciaire issue d'une lecture finaliste de l'article 21 du NCPC⁵³ en admettant que le juge puisse tenter de concilier lui-même les parties ou encore recourir à une tierce personne⁵⁴.

⁴⁷ Institué par le Traité sur l'Union européenne signé à Maastricht le 7 février 1992 ; V. Pierruci A., *Le médiateur européen*, RMC 1993 p 818.

⁴⁸ Article R 516-13 du Code du travail.

⁴⁹ Article R 141-21 du Code de la sécurité sociale.

⁵⁰ Article 830 et suivants du NCPC.

⁵¹ La conciliation judiciaire est réglementée aux articles 127 à 130 du NCPC, suivie par les dispositions relatives à la médiation judiciaire aux articles 131-1 à 131-15 du Code précité.

⁵² Pour une étude exhaustive V. Joly-Hurard J., *Conciliation et médiation judiciaires*, PUAM, 2003, préface Guinchard S.

⁵³ Loi n°95-125 du 8 février 1995 et son décret d'application n°96-652 du 26 juillet 1996.

⁵⁴ Civ. 2^{ème}, 16 juin 1993, Bull. Civ. II n°211 : « *Une Cour d'appel retient exactement, (...), que la médiation, dont l'objet est de procéder à la confrontation des prétentions respectives des parties en vue de parvenir à un accord proposé par le médiateur, est une modalité d'application de l'article 21 du NCPC tendant au règlement amiable des litiges et, par voie*

La médiation judiciaire peut se définir comme « *un mode conventionnel ou amiable de règlement des litiges intervenant dans le cadre d'une instance judiciaire et sous l'égide du juge, par lequel ce dernier, saisi d'un litige et après avoir recueilli le consentement des parties, désigne un tiers chargé, sous son contrôle et contre rémunération, de confronter les points de vue respectifs des parties et de les aider à trouver une solution pacifique au litige qui les oppose*⁵⁵ ». Cette définition de la médiation judiciaire démontre l'importance du rôle de la volonté des parties qui doivent clairement donner leur consentement à la mise en place d'une médiation judiciaire. La réglementation dont bénéficie cette dernière permet ainsi de garantir une sécurité et une prévisibilité aux parties ; en aucun cas, la médiation judiciaire ne doit constituer un moyen de désengorger le rôle. Sa finalité est de pacifier les rapports entre les parties en tentant de les rapprocher vers une issue amiable même si leur démarche était au départ contentieuse. Il existe ainsi une véritable pénétration de la volonté individuelle dans une matière pourtant gouvernée par des règles d'ordre public⁵⁶.

13. Les interdépendances existant entre la volonté individuelle et le droit processuel constituent des problématiques relativement contemporaines, car souvent occultées par les spécialistes de chacune de ces matières⁵⁷, mais dont on mesure désormais l'importance. Cette

de conséquence, exclusive de tout pouvoir juridictionnel, dont le juge ne peut être investi par les parties que par la volonté commune exprimée (...) ». V. aussi TGI Paris Réf., 23 février 1981, RTD Civ. 1981 p 440 obs. Normand J. ; TGI Paris, 17 décembre 1987, D 1987 IR p 27 ; TGI Paris Réf., 16 novembre 1988, Gaz. Pal. 1990. 2. 790.

⁵⁵ Joly-Hurard J., *Conciliation et médiation judiciaires*, Thèse précitée, p 76, n°98.

⁵⁶ Sur cette question V. notamment, Ayissi Manga E. B., *L'ordre public en droit judiciaire privé*, Thèse Rennes I 1998.

⁵⁷ Cadiet L., *Les clauses contractuelles relatives à l'action en justice*, in Institut de Droit des affaires d'Aix-en-Provence, *Les principales clauses conclues entre professionnels*, PUAM, 1990, préface Mestre J., p 193, spé p 194, n°2 : « *La compassion, tout d'abord, car ces*

compénétration se retrouve aussi dans le domaine strictement conventionnel, où chacune des parties contractantes va souhaiter anticiper d'éventuelles difficultés en insérant une ou plusieurs clauses relatives au règlement des différends. « *Cette anticipation est un exercice de sagesse contractuelle tant il est vrai que l'accord sur le désaccord est d'autant plus facile à organiser que le désaccord n'existe pas encore, n'est qu'une éventualité dont les parties n'espèrent pas encore la réalisation*⁵⁸ ».

14. L'étude de la pratique contractuelle dénote une inclination importante en faveur de clauses permettant, préalablement à toute action en justice, la négociation d'une solution amiable au différend survenu.

Cet attrait pour ces modes conventionnels de règlement des conflits repose essentiellement sur la volonté de chacun des protagonistes d'être pleinement associé à la recherche et à l'élaboration d'une solution amiable⁵⁹. Les parties souhaitent ainsi coopérer et dialoguer en refusant que la solution à leur différend leur soit imposée par une tierce personne. « *Le règlement amiable des litiges est moins une catégorie juridique aux frontières nettes et précises qu'un état d'esprit qui pousse à la recherche d'une solution des litiges qui soit*

clauses qui portent en elles le contrat et le procès sont les mal-aimées du droit contractuel aussi bien que du droit processuel ».

⁵⁸ Cadiet L., *Liberté des conventions et clauses relatives au règlement des litiges*, PA 5 mai 2000 p 30, spé p 30, n°2 ; V. aussi en ce sens, Mousseron J.-M., *Technique contractuelle*, Edition Francis Lefebvre, 3^{ème} éd. Par Mousseron P., Raynard J., Seube J.-B., 2005, p 637, n°1602.

⁵⁹ En ce sens, Garby Th., *La gestion des conflits*, Economica, 2004, p 50 s.

*acceptée, voire négociée, directement ou non, plutôt qu'imposée par un juge institué par l'Etat*⁶⁰ ».

15. Sans prétendre à l'exhaustivité du fait de la liberté contractuelle et de l'inventivité de la pratique, on peut considérer qu'appartiennent à cette catégorie les clauses d'arrangement amiable⁶¹, d'expertise⁶², de conciliation et de médiation.

Ces clauses ont pour particularité commune le fait d'interdire toute action en justice pendant le temps de la négociation ou de l'expertise. Cette conséquence processuelle d'interdiction d'ester en justice, montre que leur objet porte aussi sur le droit d'action de chacune des parties⁶³. Par la stipulation de l'une de ces clauses, les parties contractantes décident d'aménager conventionnellement leur droit d'action en vue de faciliter le règlement amiable

⁶⁰ Cadiet L., *Solution judiciaire et règlement amiable des litiges : de contradiction à la conciliation*, Mélanges en l'honneur de Claude Champaud, Dalloz, 1997, p 123, spé p 124, n°2.

⁶¹ V. notamment Mousseron J.-M., *Technique contractuelle*, *op. cit.*, p 643, n°1614 s. ; Cayrol N., *Les actes ayant pour objet l'action en justice*, Economica, 2001, préface Grua F., p 201, n°328 ; Chrétien A.-S., *Contrat et action en justice*, Thèse Nantes 2000, p 447, n°547 ; Cadiet L., *Clauses relatives aux litiges*, Jurisclasseur Contrats et Distribution Fasc. 190, spé p 8, n°10.

⁶² V. notamment Mousseron J.-M., *Technique contractuelle*, *op. cit.*, p 646, n°1620 ; Cayrol N., *Les actes ayant pour objet l'action*, Thèse précitée, p 203, n°330 ; Chrétien A.-S., *Contrat et action en justice*, Thèse précitée, p 450, n°552 s.

⁶³ V. notamment Cayrol N., *Les actes ayant pour objet l'action en justice*, Thèse précitée ; Chrétien A.-S., *Contrat et action en justice*, Thèse précitée ; Ousmanou S., *Les conventions relatives au procès. Contribution à l'étude de la contractualisation de la justice*, Thèse Rennes I 1996.

de leur futur différend. La négociation d'une issue consentie sera d'autant plus aisée que chacune d'entre elles aura la garantie qu'aucune action en justice ne pourra être entreprise.

Elles se distinguent par la suite en fonction de l'intervention ou non d'un tiers et de la mission de ce dernier. En effet, la clause d'arrangement amiable impose aux cocontractants, lors de la survenance d'un conflit, de se réunir pour tenter de négocier une solution amiable ; ce processus de négociation se déroule *inter partes* et sans aucune intervention d'une tierce personne. A l'inverse, les clauses de médiation et conciliation, proches de la clause d'arrangement amiable, s'en écartent dans la mesure où toutes deux imposent aux parties contractantes la nomination d'un tiers indépendant pour les aider à conclure un accord de conciliation ; l'intervention de ce dernier constitue un élément essentiel de distinction. Dans un sens différent, la clause d'expertise n'organise pas de véritable négociation, car l'expert désigné a simplement pour mission de leur remettre un rapport d'expertise mettant en lumière les difficultés rencontrées et proposant des voies d'amélioration ; il appartient donc à chacune des parties de prendre individuellement conscience de la nécessité d'un rapprochement amiable.

L'insertion par les parties contractantes de l'une de ces clauses devra faire l'objet d'un choix réfléchi, puisque chacune de ces stipulations poursuit un but propre et organise une méthode de négociation différente aux résultats plus ou moins salvateurs en fonction de l'objet de la relation économique.

16. L'étude de ces différentes clauses a toutefois déjà été réalisée mais dans le cadre d'une approche plus générale visant à évaluer les rapports existants entre le contrat et l'action en justice⁶⁴.

L'actualité jurisprudentielle récente⁶⁵ portant sur les clauses de conciliation et de médiation a suscité un engouement doctrinal⁶⁶ fort mettant en lumière l'absence de tout régime juridique

⁶⁴ *Supra* n°14 Note 4.

⁶⁵ Ch. Mixte, 14 février 2003, Bull. Civ. n°1, BICC 1^{er} mai 2003, avis Benmakhlouf M. et rapport Bailly M., D 2003 p 1386 note Ancel P. et Cottin M., RTD Civ. 2003 p 294 obs.

relatif à ces clauses. Des précisions ont certes été apportées dans différents arrêts de la Cour de cassation, mais persiste néanmoins une part de flou quant à la structure de ces deux clauses et de leur régime juridique. Certaines questions restent en effet en suspens et justifient d'être étudiées en raison même de l'attractivité qu'elles suscitent auprès des praticiens⁶⁷.

Cette faveur pour les clauses de conciliation et de médiation s'explique avant tout par le souci de maîtriser le conflit en le gérant directement. Cette méthode de résolution permet aussi d'éviter de cristalliser les positions de chacun en essayant de renouer un lien distendu et ainsi de préserver le futur de la relation contractuelle. La conciliation et la médiation peuvent permettre aux parties de voir autrement leur contrat et de le modifier en vue d'une exécution plus satisfaisante. L'intérêt de ces deux modes conventionnels de résolution des conflits est d'offrir aux parties la même liberté que celle dont elles jouissaient lors de la conclusion de leur contrat ; elles ont la possibilité de déterminer la manière de résoudre leur conflit sans se voir imposer une solution. Ces clauses offrent ainsi la possibilité d'adapter et de contractualiser la résolution des différends.

17. Si le principe de la conciliation et de la médiation conventionnelles est intéressant, il n'en reste pas moins que l'absence de tout régime juridique constitue un frein et crée une

Mestre J. et Fages B., PA 12 mars 2003 p 13 note Bernheim L., JCP éd. E 2003 p 707 note Croze H. et Gautier D., Rev. Arb. 2003 p 403 note Jarrosson Ch., Defrénois 2003 p 1158 note Libchaber R., RDC 2003 p 182 et p 189 obs. Cadiet L. et Lagarde X.

⁶⁶ V. notre Bibliographie et les nombreuses références.

⁶⁷ V. notamment, Mousseron J.-M., *Technique contractuelle, op. cit.*, p 650, n°1627 s. ; Jarrosson Ch., *Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation, in Les principales clauses des contrats conclu entre professionnels*, sous la direction de l'Institut de Droit des affaires d'Aix-en-Provence, PUAM, 1990, préface Mestre J., p 141 ; Lagarde X., *L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation*, Rev. Arb. 2000 p 376 ; Cadiet L., *Clauses relatives aux litiges, art. préc.*, spé p 11, n°19 s. ; Darmon M., *La médiation conventionnelle*, JCP éd. G 1996 I 3976.

forme d'insécurité pour les parties souhaitant insérer de telles clauses. Le débat relatif au choix de la sanction en cas de non-respect du préliminaire de médiation est révélateur de cette situation *a priori* favorable pour ces stipulations mais du danger que présente leur utilisation en cas d'exécution défectueuse.

Une étude approfondie de ces clauses est donc apparue à la fois opportune et nécessaire. La préalable question qui se posait était néanmoins de savoir s'il existait une distinction entre la clause de conciliation et la clause de médiation. L'interrogation apparaît légitime si l'on se réfère aux définitions précédemment citées de la conciliation et de la médiation judiciaires pour lesquelles le législateur a souhaité faire ce distinguo.

En réalité, la différence entre ces deux clauses n'est pas de nature mais plutôt de degré ; elle porte essentiellement sur une divergence d'opinions quant à l'intensité de l'intervention du conciliateur et du médiateur. *« Un débat, d'autant plus irritant qu'il est inutile et vain, porte sur la question de savoir qu'elle est, en droit, la différence entre conciliation et médiation. Qu'il soit permis ici de réaffirmer que, du point de vue des notions juridiques, il n'y a pas lieu de les distinguer, puisqu'il s'agit de deux modes de résolution des litiges fondés sur l'accord des parties. En revanche, le régime juridique de la médiation judiciaire diffère de celui de certaines conciliations judiciaires (qui elles-mêmes en connaissent divers types). Quant au domaine conventionnel il n'existe pas de différence de régime. Tout au plus peut-on signaler que le terme de médiation ne s'applique qu'aux hypothèses dans lesquelles un tiers (médiateur) intervient. La conciliation, elle, ne suppose pas nécessairement le recours à un tiers. Ainsi, lorsque les parties tentent de trouver un accord sous l'égide d'un tiers, les deux appellations sont justes, même si en pratique on a tendance à réserver le terme de médiateur au tiers qui joue un rôle plus actif que le conciliateur⁶⁸ »*. De même la pratique admet que les clauses de conciliation et de médiation ne connaissent pas de différence de nature et en ce sens leur régime juridique est éminemment proche. La distinction se fera davantage sur le rôle du conciliateur ou du médiateur dans ses rapports avec les parties : doit-il seulement se limiter

⁶⁸ Jarrosson Ch., note sous Com., 28 novembre 1995, Rev. Arb. 1996 p 613, spé p 614, note 1 ; En ce sens aussi V. Ancel P., Cottin M., note sous Ch. Mixte, 14 février 2003, D 2003 p 1386, spé p 1387.

à rapprocher ces dernières en créant ou recréant un espace de dialogue ou, au contraire être plus directif dans l'accompagnement vers une solution amiable. Cette différence d'approche dans le rôle du tiers n'entraîne pas de démarcation dans le régime juridique de chacune ; les solutions dégagées pour la clause de médiation seront donc transposables à la clause de conciliation. Le choix en faveur de la clause de médiation s'est justifié au regard de la pratique contractuelle qui semble l'insérer plus fréquemment que la clause de conciliation⁶⁹.

18. La clause de médiation peut se définir comme une stipulation par laquelle chacune des parties s'engage, lors de la survenance d'un conflit entrant dans le champ d'application de celle-ci, à mettre en œuvre un processus de médiation afin de négocier sous l'égide d'un médiateur les termes d'une solution amiable à leur conflit. Afin de faciliter leur rapprochement, les parties contractantes s'interdisent d'agir en justice et ce, jusqu'au terme du processus de médiation.

A travers cette définition, on pressent que la clause de médiation comporte en son sein deux engagements liant réciproquement chacune des parties : l'engagement de ne pas agir en justice et celui de négocier sous l'égide d'un médiateur une éventuelle issue amiable.

Toute la difficulté consiste à déterminer la nature de ces engagements et leurs modalités d'exécution. La clause de médiation est une stipulation contractuelle dont le régime n'est ni organisé ni réellement connu. Il convient, dès lors, à travers des comparaisons avec des stipulations voisines ou des rapprochements avec les solutions retenues dans le cadre de la médiation judiciaire et de l'arbitrage, de tenter de construire un régime juridique cohérent et en adéquation avec la flexibilité recherchée par les praticiens.

⁶⁹ Dans le même sens, les Centres professionnels d'arbitrage et d'ADR ne parlent et n'utilisent dans leur grande majorité que de la médiation conventionnelle. C'est le cas du Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI, du Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris, de l'Institut d'Expertise d'Arbitrage et de Médiation ou encore du Centre Interprofessionnel de Médiation et d'Arbitrage de la Région Rhône-Alpes.

19. La Cour de cassation, à travers plusieurs arrêts⁷⁰, a commencé à esquisser les premiers traits de ce régime juridique essentiellement autour de la question de la détermination de la sanction en cas de non-respect par l'une des parties de son engagement de ne pas agir en justice.

A la suite de certaines divergences apparues entre plusieurs Chambres de la Cour de cassation quant au choix de ladite sanction, une Chambre mixte⁷¹ a été réunie afin de prendre une position de principe sur cette question et mettre ainsi un terme à ces divergences. Cet arrêt en date du 14 février 2003 a été le point de départ d'une véritable effervescence doctrinale autour de la clause de médiation et de conciliation.

20. La Cour de cassation a eu, en l'espèce, à se prononcer dans une affaire où une clause de conciliation avait été insérée dans une convention de cession de droits sociaux. Cette clause énonçait que « *pour toute contestation qui s'élèverait entre les parties relativement à l'interprétation ou à l'exécution des présentes, les soussignés s'engagent à soumettre leur différend, préalablement à toute instance judiciaire, à des conciliateurs, chacune des parties en désignant un, sauf le cas où ils se mettraient d'accord sur le choix d'un conciliateur unique* ».

⁷⁰ Civ. 1^{ère}, 6 mars 2001 et 23 janvier 2001, Rev. Arb. 2001 p 749 note Jarrosson Ch., RTD Civ. 2001 p 359 obs. Mestre J., Fages B. ; Com., 28 novembre 1995, Rev. Arb. 1996 p 613 note Jarrosson Ch. ; Civ. 2^{ème}, 15 janvier 1992, Pourvoi n°90-19097 (inédit) ; Civ. 1^{ère}, 6 juin 1990, Pourvoi n°88-15838 (inédit).

⁷¹ Ch. Mixte, 14 février 2003, Bull. Civ. n°1, BICC 1^{er} mai 2003, avis Benmakhlouf M. et rapport Bailly M., D 2003 p 1386 note Ancel P. et Cottin M., RTD Civ. 2003 p 294 obs. Mestre J. et Fages B., PA 12 mars 2003 p 13 note Bernheim L., JCP éd. E 2003 p 707 note Croze H. et Gautier D., Rev. Arb. 2003 p 403 note Jarrosson Ch., Defrénois 2003 p 1158 note Libchaber R., RDC 2003 p 182 et p 189 obs. Cadiet L. et Lagarde X.

L'affaire est toutefois originale dans la mesure où il ne s'agit pas d'une banale inexécution contractuelle où l'une des parties aurait assigné son partenaire au mépris de la clause de conciliation stipulée.

Les cédants s'étaient auparavant engagés envers certains établissements de crédit en qualité de cautions solidaires de la société dont une partie des droits sociaux a été cédée. Lors de la cession de ces droits, la convention prévoyait que le cessionnaire devait entreprendre les démarches nécessaires auprès des établissements de crédit concernés en vue d'une substitution dans les engagements de caution. En cas de refus d'une telle substitution, le cessionnaire s'engageait expressément à garantir les cédants de toutes les conséquences pécuniaires lors d'une éventuelle mise en jeu de leur engagement de caution solidaire.

La société ayant par la suite fait l'objet d'une liquidation judiciaire, les établissements de crédit ont été amenés à mettre en œuvre l'engagement de caution solidaire des cédants. Ces derniers ont alors appelé en garantie le cessionnaire conformément aux dispositions de la convention de cession des droits sociaux.

Le cessionnaire a été condamné à garantir les cédants pour toutes les conséquences liées à la mise en œuvre de leur engagement de caution solidaire. Toutefois, le cessionnaire a relevé appel de cette condamnation en arguant notamment du fait que la clause de conciliation n'avait pas été respectée, rendant irrecevable l'appel en garantie.

La Cour d'appel de Paris, dans un arrêt en date du 18 avril 2000, a retenu que l'appel en garantie du cessionnaire était en l'occurrence irrecevable en raison de la méconnaissance de la clause de conciliation.

Les cédants forment alors un pourvoi en cassation qui sera examiné par la Chambre mixte sous la présidence du Premier Président de la Cour de cassation. Dans un arrêt en date du 14 février 2003, la Cour rejette le pourvoi formé en retenant : *« qu'il résulte des articles 122 et 124 du nouveau Code de procédure civile que les fins de non-recevoir ne sont pas limitativement énumérées ; que, licite, la clause d'un contrat instituant une procédure de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge, dont la mise en œuvre suspend*

jusqu'à son issue le cours de la prescription, constitue une fin de non-recevoir qui s'impose au juge si les parties l'invoquent (...) ⁷² ».

La solution posée par la Cour de cassation dans cet arrêt a permis de mettre un terme aux divergences antérieurement apparues sur cette question du choix de la sanction. Désormais, seule une fin de non-recevoir pourra être prononcée ; la Cour fait ainsi le choix d'une sanction forte, et reconnaît en outre que la clause de médiation développe des effets processuels. Les parties n'auront pas d'autre alternative que de mettre en œuvre le processus de médiation, de le mener à son terme avant toute saisine du juge étatique ou arbitral. Toute action en justice engagée au mépris de la clause de médiation est donc prématurée.

L'arrêt de la Chambre mixte du 14 février 2003 met clairement en lumière le caractère duel de la clause de médiation au travers de ses effets contractuels processuels.

21. La particularité de cette clause est de n'apporter aucune garantie d'aboutissement à un règlement amiable. Seules les parties en conflit peuvent effectivement réussir à conclure un tel accord leur permettant ainsi de pérenniser ou de développer leurs relations ou encore d'y mettre un terme en en aménageant les conséquences.

Dès lors, il convient de ne pas sous-estimer le caractère profondément conventionnel de cette stipulation et de ses modalités et possibilités d'aboutissement. La clause de médiation repose donc en grande partie sur la bonne volonté et l'esprit de coopération de chacune des parties.

22. En effet, les protagonistes ont contracté deux engagements principaux qui, selon la majorité de la doctrine constituent deux obligations, l'une de ne pas faire⁷³, l'autre de faire.

⁷² Ch. Mixte, 14 février 2003, *Arrêt précité*.

⁷³ V. notamment Joly-Hurard J., *Conciliation et médiation judiciaires*, PUAM, 2003, p 43, n°41 : « (...) l'obligation de ne pas porter le différend devant un juge, obligation de ne pas faire (...) » ; Chrétien A.-S., *Contrat et action en justice*, Thèse Nantes 2000, p 458, n°560 :

Les parties, en stipulant une clause de médiation, ont souhaité aménager conventionnellement les modalités de leur droit d'action en s'engageant à ne pas agir en justice jusqu'au terme du processus de médiation. Il existe donc entre les parties un engagement réciproque ou plus exactement une obligation bilatérale de ne pas faire : les obligeant à ne pas saisir le juge compétent sans avoir préalablement mis en œuvre et tenté de négocier les termes d'une solution amiable. La particularité de cette obligation négative tient à la nature de son objet et aux effets qu'elle développe entre les parties. L'obligation porte sur le droit d'action de chacune des parties et avec pour effet sa neutralisation temporaire ; le choix pour la fin de non-recevoir en cas de violation de ladite obligation laisse toutefois certaines questions en suspens. Une étude plus complète de cette obligation de ne pas agir en justice se justifie ainsi par les interrogations suscitées tant par le particularisme de cette obligation aux effets

« les clauses de conciliation ou de médiation imposent également aux parties une obligation de ne pas faire : ne pas agir en justice tant que la clause de conciliation n'a pas été mise en œuvre et tant que durent les opérations de conciliation » ; Cadiet L., Liberté des conventions et clauses relatives au règlement des litiges, PA 5 mai 2000 p 30, n°15 : « (...) ces obligations de faire s'accompagnent d'une obligation de ne pas faire, ne pas porter le différend devant un juge ».

Contra Fin-Langer L., Médiation et droit des contrats, PA 26 août 2002 p 16, spé p 18, n°11 qui parle d'une « renonciation anticipée au droit d'agir en justice » ; Lagarde X., L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation, Rev. Arb. 2000 p 377, spé p 386 n°5 : « [les clauses de conciliation ou médiation] valent de fait renonciation au droit d'agir en justice pour toutes les contestations qui naîtraient du contrat dont elles sont issues ». La position de ces auteurs étonne dans une certaine mesure car les parties n'ont à aucun moment souhaité faire sortir de leur patrimoine leur droit d'action respectif. Ils ont sans doute souhaité montrer que le vêtement juridique importe moins que l'effet processuel voulu et recherché par les parties.

processuels, qu'au regard de la position adoptée par la Chambre mixte dans cet arrêt (1^{ère} Partie).

L'obligation de négocier se définit, pour sa part, comme une obligation de faire par laquelle les parties s'engagent dans un premier temps à mettre en œuvre le processus de médiation par la désignation d'un médiateur, puis à conclure un protocole de mission. Elles devront ensuite s'efforcer de négocier, dans un esprit de bonne foi et de loyauté, les termes d'une éventuelle solution amiable, prenant généralement la forme d'un contrat de transaction.

Ayant toutefois pour finalité la négociation d'un accord portant règlement du conflit opposant les parties, on pressent qu'une simple application des principes du droit des contrats serait insuffisante pour garantir à chacune des parties une certaine égalité de traitement⁷⁴. En ce sens, il est impératif que le processus de médiation respecte certaines exigences déontologiques s'inspirant en partie du droit processuel et ayant vocation à s'appliquer à la personne du médiateur et aux relations nouées avec les parties. Ces garanties permettront alors un déroulement loyal de celui-ci et favoriseront ainsi la confiance de chacune des parties, élément indispensable à la réussite ou à l'échec courtois de la médiation (2^{ème} Partie).

⁷⁴ Cadiet L., *Une justice contractuelle, l'autre*, Mélanges offerts à Jacques Ghestin, LGDJ, 2001, p 177, spé p 189, n°5 : «*Les modes de solution amiable posent en effet la question centrale du respect des droits fondamentaux des parties, ce que l'on nomme les droits de la défense dans le règlement judiciaire des différends. Les parties en litige ne sont pas forcément égales, n'ont pas forcément la même compétence technique ou la même puissance économique. Comme pour n'importe quel autre contrat, ce rapport inégal des forces peut conduire à un résultat injuste, l'une des parties imposant en fait sa solution du différend à l'autre.* ».

1^{ère} Partie

L'obligation de ne pas agir en justice dans la clause de médiation.

23. L'existence, au sein de la clause de médiation, d'une obligation de ne pas agir en justice, engendre une neutralisation du droit d'action de chacune des parties contractantes jusqu'au terme du processus de médiation.

Cette obligation de ne pas agir en justice permet de ne pas réduire à une peau de chagrin les chances d'aboutir à un accord amiable, puisque les parties peuvent négocier sans craindre la mise en œuvre d'une action en justice portant sur le même objet litigieux.

La solution énoncée par la Chambre mixte dans son arrêt du 14 février 2003 n'a toutefois donné que peu d'indications sur la nature et l'objet de cette obligation⁷⁵. A la suite de cet arrêt, deux certitudes existent cependant : la clause de médiation est licite et son inexécution entraîne le prononcé d'une fin de non-recevoir.

24. A partir de ces deux éléments, il convient d'analyser quelles sont les conditions de validité de l'obligation de ne pas agir en justice. En effet, cette obligation a pour objet l'action en justice et comme effet processuel sa neutralisation temporaire.

⁷⁵ Ch. Mixte, 14 février 2003, Bull. Civ. n°1, BICC 1^{er} mai 2003, avis Benmakhlouf M. et rapport Bailly M., D 2003 p 1386 note Ancel P. et Cottin M., RTD Civ. 2003 p 294 obs. Mestre J. et Fages B., PA 12 mars 2003 p 13 note Bernheim L., JCP éd. E 2003 p 707 note Croze H. et Gautier D., Rev. Arb. 2003 p 403 note Jarrosson Ch., Defrénois 2003 p 1158 note Libchaber R., RDC 2003 p 182 et p 189 obs. Cadet L. et Lagarde X.

Chaque partie ne pourra effectivement voir son droit d'agir en justice restreint que si elle l'a voulu. Selon l'article 1108 du Code civil, l'obligation de ne pas agir ne pourra se former que par un « *nœud des volontés*⁷⁶ » ; le consentement devra être lucide, libre et éclairé. En effet, l'engagement est important, et les parties, en décidant de suspendre leur droit d'action, devront exprimer clairement et expressément une telle volonté⁷⁷.

L'obligation de ne pas agir ne pourra en outre être valable, que si elle émane de personnes aptes à contracter ; rappelons que la capacité est présumée en droit positif aux termes de l'article 1123 du Code civil⁷⁸ : la capacité est le principe, l'incapacité l'exception.

Enfin, l'étude de la cause amène à s'intéresser à la contrepartie supportée par chacun des contractants. Celle-ci réside dans l'engagement de ne pas agir en justice pris par chacune des parties l'une envers l'autre pour permettre la mise en place du processus de médiation. Ces dernières sont en effet débitrices et créancières l'une de l'autre du même engagement de s'abstenir d'agir en justice jusqu'au terme dudit processus ; l'obligation de ne pas agir en justice est donc bilatérale⁷⁹.

⁷⁶ Terré F., Simler Ph., Lequette Y., *Droit civil - Les obligations*, Dalloz, 9^{ème} éd., 2005, p 108, n°92.

⁷⁷ Civ. 1^{ère} 6 février 2007, Pourvoi n°05-17573 ; Civ. 1^{ère}, 6 mai 2003, Bull. Civ. I n°108, RDC 2003 p 182 note Cadiet L. : « (...) *la Cour d'appel a exactement jugé qu'une procédure préalable de conciliation ne pouvait résulter que d'une stipulation contractuelle, laquelle est, en effet, seule de nature à s'imposer au juge* ». En l'espèce, la seule référence aux modèles de contrat établis par les organisations professionnelles contenant une clause de conciliation ne permet pas d'établir la volonté des parties de s'obliger à un tel préalable.

⁷⁸ « *Toute personne peut contracter, si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi* ».

⁷⁹ Sur la notion d'obligation bilatérale, V. Mousseron J.-M., *Technique contractuelle*, Editions Francis Lefebvre, 3^{ème} éd. par Mousseron P., Raynard J., Seube J.-B., 2005, p 254, n°606 & p 333, n°814 s.

En tant qu'éléments constitutifs, le consentement, la capacité et la cause obéissent aux règles de droit commun des obligations et leur étude, au regard de l'obligation de ne pas agir en justice, ne paraît pas offrir d'éléments spécifiques appelant à des observations particulières ; il n'en est pas de même en ce qui concerne la licéité de l'objet de l'obligation de ne pas agir en justice.

En effet, on peut s'interroger sur la licéité d'une telle obligation et plus particulièrement sur la disponibilité de son objet : l'action en justice. La suspension de l'action en justice, même temporaire, invite aussi à se demander si une telle obligation ne porte pas atteinte de manière excessive au droit d'accès au juge, dont la valeur fondamentale et universelle est très largement reconnue (Titre I).

25. L'obligation de ne pas agir en justice postule l'inaction de chacune des parties, ce qui rend « invisible » son exécution. A l'inverse, son inexécution est flagrante puisque l'une des parties va ester en justice au mépris du préalable obligatoire de médiation.

La Chambre mixte, dans son arrêt précité, a opté pour la sanction processuelle de la fin de non-recevoir constatant ainsi le défaut de droit d'action de cette partie. Néanmoins, la solution de cette Chambre mixte amène à s'interroger plus largement sur les modalités d'exécution et d'inexécution de l'obligation de ne pas agir afin de déterminer son régime juridique, tout en mettant en garde ses utilisateurs contre certains inconvénients pouvant nuire à la force obligatoire de la clause de médiation (Titre II).

Titre I

La licéité de l'obligation de ne pas agir en justice.

26. En s'imposant un préalable obligatoire de médiation, chacune des parties s'engage à n'entreprendre aucune action en justice jusqu'au terme du processus de médiation. La justification de cet engagement tient au souci de permettre une négociation sereine entre chacun des protagonistes.

Les parties s'engagent ainsi réciproquement à ne pas agir en justice jusqu'à l'issue de la médiation. Admettant la licéité de la clause de médiation, la Chambre mixte dans son arrêt du 14 février 2003 ne s'est toutefois pas spécifiquement prononcée sur ce qui a motivé sa décision.

27. Le principe posé par la Cour de cassation fait en réalité davantage référence à la licéité de l'obligation de ne pas agir en justice. Une telle interrogation est nécessaire, puisque cet engagement a pour objet l'action en justice. Dès lors, la question se pose de savoir si celle-ci peut être l'objet d'une convention, alors même qu'aucun litige ou conflit n'est encore né.

En affirmant la licéité de la clause de médiation, la Chambre mixte dans son arrêt du 14 février 2003 reconnaît incidemment la licéité de l'objet de l'obligation de ne pas agir en justice. Pour autant, cette licéité ne s'impose pas dans toutes les hypothèses ; la qualité de certains contractants et l'objet du contrat principal peuvent avoir une influence sur cette licéité. Il importe ainsi d'apprécier les différentes hypothèses dans lesquelles l'obligation de ne pas agir peut licitement exister ou non.

Toute la difficulté de cette étude réside dans la spécificité de l'objet de cette obligation qui s'insère dans le cadre d'une clause conventionnelle tout en produisant un effet processuel important : la neutralisation temporaire du droit d'action de chacune des parties.

Il existe ainsi une véritable interaction entre le droit commun des contrats et le droit processuel, puisque l'action en justice est une notion appartenant au droit du procès. Dès lors, il importe de ne pas sous-estimer cette imbrication en étudiant la licéité de l'objet de l'obligation de ne pas agir en justice à la fois au regard du droit des contrats (Chapitre 1^{er}) et du droit processuel (Chapitre 2^{ème}).

Chapitre 1^{er}

La licéité contractuelle de l'obligation de ne pas agir en justice.

28. L'encombrement des juridictions étatiques et la juridictionnalisation de la procédure arbitrale n'ont-ils pas fait de « *la clause par laquelle le contractant serait tenu à ne pas agir en justice (...) la stipulation idéale*⁸⁰ ? ».

En effet, la présence d'un tel engagement dans la clause de médiation permet de réellement favoriser la mise en place et la recherche d'un règlement amiable du conflit en interdisant toute action contentieuse parallèle.

29. Etant une obligation conventionnelle aux conséquences processuelles, en raison de son effet de neutralisation temporaire du droit d'action, les parties doivent notamment s'attacher à vérifier la licéité de son objet.

La question se pose effectivement de savoir si l'action en justice ne serait pas un droit indisponible, rendant ainsi illicite toute stipulation contractuelle venant modifier l'exercice de celle-ci. En ce sens, il convient d'étudier dans quelle mesure l'action en justice peut être l'objet de conventions et s'il existe un critère permettant de déterminer ou de fixer les contours de sa libre disponibilité (Section I).

⁸⁰ Grignon Ph., *L'obligation de ne pas agir en justice*, Mélanges Christian Mouly, Litec, 1998, Tome II, p 115, spé p 118, n°4.

30. En tout état de cause, la libre disponibilité de l'action en justice ne sera toutefois pas absolue pour les parties contractantes. Elles ne peuvent logiquement souscrire une obligation de ne pas agir en justice en toutes hypothèses. En effet, le droit d'action de chacune des parties reste sous la dépendance logique du droit subjectif substantiel dont elle sert de support. En ce sens, la licéité contractuelle de cette obligation trouve une limite évidente et nécessaire dans la licéité de l'objet du contrat contenant la clause de médiation confirmant ainsi le caractère dual de cette obligation, contractuelle par sa source et processuelle dans ses effets.

La mise en en valeur de cette dualité permettra donc de dresser une ébauche de classification des hypothèses dans lesquelles la stipulation d'une clause de médiation ne pose aucune difficulté et d'autres pour lesquelles l'interrogation est permise (Section II).

Section I : La libre disponibilité de l'action en justice.

31. L'action en justice appartient à chaque sujet de droit qui, dans certaines circonstances, peut décider d'agir et ainsi mettre en mouvement son droit d'action et d'ester en justice. Priver le justiciable d'agir en ce sens pose effectivement une réelle question de licéité, puisqu'il est alors susceptible de ne pas pouvoir obtenir le respect et la sanction de ses droits⁸¹.

En conséquence, l'article 1128 du Code civil pourrait empêcher toute possibilité d'organiser conventionnellement l'exercice du droit d'action de chacune des parties contractantes. Une telle position n'apparaît effectivement pas soutenable dans la mesure où il existe en droit positif un certain nombre d'actes juridiques ayant pour objet l'action en justice. La diversité des études faites sur ce propos démontre, au contraire, une certaine effervescence en vue de

⁸¹ Cadiet L., *Clauses relatives aux litiges*, Jurisclasseur Contrats et Distribution, Fasc. 190, spé p 6, n°4.

proposer à la pratique de nouveaux actes ou montages contractuels ayant pour objet l'action en justice⁸².

32. La pratique contractuelle connaît en effet un certain nombre de clauses relatives aux litiges et plus particulièrement celles portant sur les modalités d'exercice de l'action en justice. Certaines ont en règle générale pour objet la transmission de l'action, d'autres sa neutralisation temporaire, et certaines sa négation⁸³.

33. Les clauses ayant un effet de neutralisation de l'action en justice ont pour finalité de suspendre temporairement ou non l'exercice de celle-ci. La clause de médiation constitue un exemple topique de cette catégorie, puisque le droit d'action de chacune des parties est suspendu jusqu'au terme du processus de médiation⁸⁴. A l'inverse, les clauses relatives à la prescription ont pour finalité une neutralisation définitive du droit d'action en empêchant

⁸² V. notamment Cayrol N., *Les actes ayant pour objet l'action en justice*, Economica, 2001, préface Grua F. ; Chretien A-S., *Contrat et action en justice*, Thèse Nantes 2000 ; Ousmanou S., *Les conventions relatives au procès. Contribution à l'étude de la contractualisation de la justice*, Thèse Rennes I 1996 ; Philippon P., *Le contrat de non-opposition*, Thèses Montpellier I 1996.

⁸³ Cayrol N., *Les actes ayant pour objet l'action en justice*, Thèse précitée, p 10, n°4 : « *Ce plan, qui oppose la transmission et la neutralisation de l'action en justice, permet d'aborder distinctement les principaux problèmes posés par les actes ayant pour objet l'action en justice. (...). Nous nous sommes demandés s'il n'existait pas d'autres actes relatifs à l'action ayant un autre but. Spécialement, fallait-il envisager les actes ayant pour objet l'exercice ou la création de l'action ? Après réflexion, les premiers sont nécessairement compris dans l'étude. Quant aux seconds, ils n'existent tout simplement pas* ».

⁸⁴ Les clauses d'arrangement amiable et d'expertise appartiennent aussi à cette catégorie, puisque dans ces deux stipulations, le droit d'action de chacune des parties est paralysé jusqu'au terme de la négociation ou du processus d'expertise. En ce sens, Chretien A.-S., *Contrat et action en justice*, Thèse précitée, p 448, n°548 s. & p 450, n°552 s.

l'une ou l'autre des parties d'agir en justice en raison du temps écoulé et abrégé conventionnellement⁸⁵.

Les clauses relatives à la transmission de l'action en justice ont, au contraire, pour finalité d'investir un tiers de la qualité à agir en justice et corrélativement de priver le titulaire originaire de toute possibilité d'action. La clause de direction de procès⁸⁶ constitue en ce sens un exemple révélateur, puisque dans cette hypothèse seul l'assureur peut agir en justice ou transiger au nom de l'assuré qui, lui, est privé de toute possibilité d'ester en justice et ainsi de défendre ses intérêts⁸⁷.

34. Ces différentes stipulations contractuelles sont admises et insérées dans de nombreux contrats. Pourtant, la question est rarement posée de savoir si l'action en justice, prise en elle-même, est susceptible de faire l'objet d'une convention. En d'autres termes, le constat tient à

⁸⁵ V. notamment, Cayrol N., *Les actes ayant pour objet l'action en justice*, Thèse précitée, p 228, n°383 s. ; Chretien A.-S., *Contrat et action en justice*, Thèse précitée, p 417, n°500 s. ; Cadiet L., *Les clauses relatives aux litiges*, Jurisclasseur Contrats Distribution, Fasc. 190, spé p 18, n°37 s. ; Cario R., *Les modifications conventionnelles de la prescription extinctive*, PA 6 novembre 1998 p 9.

⁸⁶ La clause de direction de procès est insérée dans les contrats d'assurance de responsabilité civile et est rédigée comme suit : «*Dans toutes les contestations avec les tiers... la compagnie se réserve le droit exclusif de transiger sur le dommage ; l'assuré ou ses préposés ne peuvent faire aucune transaction ni se reconnaître responsable du sinistre.... La compagnie a, sous le nom de l'assuré, la direction exclusive des procès...* », in *Les actes ayant pour objet l'action en justice*, Cayrol N., Thèse précitée, p 90, n°151.

⁸⁷ Il existe une divergence portant sur la nature de la clause de direction de procès qui est perçue soit comme une stipulation ayant pour effet de transmettre l'action en justice de l'assuré à son assureur, soit comme un mandat d'intérêt commun. Sur cette divergence, V., Cayrol N., *Les actes ayant pour objet l'action en justice*, Thèse précitée, p 90, n°151 s. ; Chretien A.-S., *Contrat et action en justice*, Thèse précitée, p 356, n°421 s.

l'existence d'une pratique régulière en ce sens, avec l'aval de la jurisprudence, mais sans toutefois avoir la certitude que la nature juridique de l'action en justice permet ou autorise de telles stipulations. Les parties contractantes peuvent-elles valablement souscrire à une obligation dont l'objet porte sur l'action en justice et dont l'effet vise à en neutraliser les conditions d'exercice ? Toute la difficulté consiste à mettre en lumière le critère permettant de connaître les moyens d'apprécier la libre disponibilité de l'action en justice (§2).

35. L'existence et l'utilisation de ces différentes clauses permettent de confirmer l'intuition d'une véritable disponibilité de l'action en justice en vue d'aménager conventionnellement son exercice. En effet, si l'action en justice était réellement indisponible, alors la majorité de ces clauses serait nulle.

Afin de déterminer le ou les critères de la libre disponibilité de l'action en justice nécessaire pour définir les hypothèses dans lesquelles la stipulation d'une clause de médiation est licite ou non, il est apparu nécessaire de recourir à un exemple de clause ayant pour objet l'action en justice particulièrement révélatrice de ces questions de licéité : la clause de non-recours.

D'autres exemples de clauses auraient effectivement pu être pris ; pour autant, la clause de non-recours dispose d'une certaine originalité dans le sens où elle organise très fréquemment une neutralisation et concomitamment une transmission de l'action en justice. Ces deux effets portés à l'action en justice de l'une ou l'autre des parties contractantes mettent réellement en lumière cette possibilité pour ces dernières d'en aménager son exercice. L'étude de la clause de non-recours permettra ainsi de comprendre que la notion de libre disponibilité semble en réalité davantage dépendre de la finalité processuelle recherchée par les parties (§1).

§1 : Une illustration de la disponibilité de l'action en justice : la clause de non-recours.

36. La clause de non-recours constitue une stipulation contractuelle originale en raison de sa structure atypique (B), mais aussi au regard du but poursuivi par les contractants (A).

A. Le mécanisme de la clause de non-recours.

37. La clause de non-recours a pour objectif d'interdire purement et simplement à l'un des cocontractants d'agir en justice dans un certain nombre d'hypothèses lors de l'exécution de leur relation contractuelle. Cette clause poursuit ainsi une finalité d'une simplicité déconcertante, puisqu'elle annihile toute possibilité de recours en justice ; toute prétention émise, et entrant dans le champ de la clause, sera donc jugée irrecevable par le juge.

Dans cette hypothèse, les contractants ne se situent pas dans une logique de prévention des conflits ou du litige mais dans sa négation pure et simple ; la clause rend impossible la tenue d'un procès et « *le juge est prié de se taire*⁸⁸ ».

38. La clause de non-recours a trouvé un terrain d'élection dans les contrats d'assurance et plus particulièrement dans l'opération de crédit-bail. Elle est aujourd'hui devenue une clause de style participant à l'économie et à la structure de cette technique juridique de financement⁸⁹.

L'étude de la clause de non-recours au travers du contrat de crédit-bail constitue une illustration topique de la possibilité pour les parties contractantes d'aménager conventionnellement leur droit d'action voire de le segmenter. L'examen du mécanisme de la clause de non-recours permet ainsi de constater la disponibilité du droit d'action.

39. L'opération de crédit-bail est avant tout une opération de crédit, en vertu des articles L 313-5 et L 511-5 du Code Monétaire et Financier, soumise au monopole des établissements de crédit. Le crédit-bail constitue effectivement une technique originale de financement d'un

⁸⁸ Cayrol N., *Les actes ayant pour objet l'action en justice*, Thèse précitée, p 224, n°376.

⁸⁹ Schütz R.-N., *Les recours du crédit-preneur dans l'opération de crédit-bail*, Puf, 1994, préface Rémy Ph. ; V. aussi les développements de Th. Bonneau, *Droit bancaire*, Montchrestien, 6^{ème} éd., 2005, p 371, n°542 s.

bien mobilier ou immobilier au moyen d'une opération triangulaire reposant sur deux contrats : le client va demander à une société de crédit-bail d'acquiescer auprès d'un fournisseur un bien en vue de le lui louer ; cette location étant assortie d'une promesse unilatérale de vente à son profit. Cette opération repose ainsi sur la combinaison de deux contrats : un contrat de vente est conclu entre la société de crédit-bail et le fournisseur en vue de l'acquisition du bien ; un contrat de crédit-bail est ensuite conclu entre ladite société et le client, appelé crédit-preneur, qui organise alors la location dudit bien assortie d'une promesse unilatérale de vente.

40. Les relations entre le crédit-bailleur et le crédit-preneur sont dans un premier temps gouvernées par les règles du Code civil relatives au contrat de bail. Dans l'hypothèse d'un vice caché, le crédit-preneur devrait agir à l'encontre du crédit-bailleur sur le fondement de l'article 1721 du Code précité, ce dernier bénéficiant alors d'une action récursoire à l'encontre du fournisseur⁹⁰.

Pour autant, les établissements de crédit considèrent que l'opération de crédit-bail est une technique de financement et de crédit. Dès lors, leur volonté est d'éviter de supporter les obligations incombant à tout bailleur et en ce sens ne pas pouvoir être attiré en justice lors la mise en œuvre d'une action en garantie.

⁹⁰ Schütz R.-N., *Les recours du crédit-preneur dans l'opération de crédit-bail*, Thèse précitée, p 25, n°19.

L'auteur cite en ce sens un arrêt de la Cour d'appel d'Amiens énonçant que : « *En règle générale, en matière de crédit-bail, au cas où le locataire entend exercer un recours à raison de la non livraison du matériel ou du retard dans sa livraison et pour malfaçons, il doit normalement prendre le formel contre la société de crédit-bail, tenue comme bailleuse à garantie envers lui aux termes des articles 1719 et suivants du Code civil, quitte pour cette société à se retourner, en tant qu'acheteur demeuré propriétaire, contre le vendeur* ». (CA Amiens, 20 décembre 1967, JCP 1968 éd. G II 15504 note Leloup J.-M., RTD Com. 1970 p 191 obs. Hemard J.)

Les établissements de crédit ont ainsi, très tôt, aménagé conventionnellement les recours du crédit-preneur à leur encontre au titre des actions relevant des obligations de délivrance et de garantie. Cette volonté de limiter leur intervention au seul financement du bien objet de l'opération de crédit-bail a amené les établissements de crédit à insérer systématiquement dans leur contrat une clause de non-recours.

41. L'insertion d'une clause de non-recours dans l'opération de crédit-bail interdit alors au crédit-preneur d'agir en justice à l'encontre du crédit-bailleur en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution des obligations de délivrance et de garantie. Le crédit-bailleur se libère ainsi de la charge d'un éventuel procès et confirme l'idée selon laquelle il ne souhaite intervenir qu'en qualité de financier et à aucun moment supporter les obligations relevant du statut de bailleur.

Cet engagement de ne pas agir en justice du crédit-preneur à l'égard de son partenaire le place dans une situation précaire, puisque la neutralisation de son droit d'action l'empêche ainsi d'obtenir la sanction ou l'exécution de ses droits substantiels. Cette paralysie du droit d'action entraîne donc un effet similaire sur les droits substantiels, puisque le crédit-preneur ne peut ni ester en justice, ni émettre la moindre prétention.

Ce glissement de la neutralisation du droit d'action vers le droit substantiel montre d'une part leur lien logique de dépendance, mais aussi toute la dangerosité d'une telle stipulation.

Cet effet conventionnel sur le droit d'action entraîne en conséquence un effet processuel tout aussi logique, puisque le juge sera dans l'obligation de constater l'irrecevabilité de l'action entreprise au mépris de la clause de non-recours. Les parties contractantes ont donc pu organiser conventionnellement les modalités de mise en œuvre de leur droit d'action respectif, confirmant ainsi que l'expression de leur volonté sur un concept issu du droit processuel n'interdit pas tout aménagement.

B. Une structure atypique.

42. La clause de non-recours a effectivement une structure originale dans le sens où elle organise une véritable neutralisation du droit d'action du crédit-preneur à l'égard de son cocontractant et dans le même temps, ce dernier doit lui transférer son droit d'action pour lui permettre d'agir directement contre le fournisseur⁹¹.

Le crédit-preneur n'est donc plus totalement dans une situation précaire, puisqu'il peut agir directement contre le fournisseur ; la transmission du droit d'action du crédit-bailleur lui permet d'émettre des prétentions juridiquement relevantes et ainsi d'obtenir la sanction ou l'exécution de ses droits substantiels.

La neutralisation du droit d'action du crédit-preneur et la transmission du droit d'action du crédit-bailleur participent à l'économie de la clause de non-recours et correspondent à la volonté exprimée et recherchée par les parties. L'étude de cette clause permet de constater que le droit d'action est susceptible d'aménagements conventionnels caractérisant *a priori* sa disponibilité, sous la condition première de préserver une possibilité d'ester en justice.

43. La jurisprudence⁹² a, en effet, admis sans réelle difficulté sa licéité, mais en l'entourant toutefois de limites importantes.

La Cour de cassation a donc reconnu la licéité d'une clause créant un véritable engagement de ne pas agir en justice, en imposant néanmoins deux conditions cumulatives : le crédit-preneur doit être libre de choisir le bien objet de l'opération de crédit-bail, d'autre part la clause de

⁹¹ Schütz R.-N., *Les recours du crédit-preneur dans l'opération de crédit-bail*, Thèse précitée, p 74, n°69.

⁹² D'autres questions se sont posées dans le cadre de l'opération de crédit-bail, dont la plus révélatrice est la question de l'influence de la résolution du contrat de vente : le contrat de crédit-bail survit-il à cet effet ? La Cour de cassation a clairement et constamment apporté une solution négative. En ce sens, V. notamment Ch. Mixte, 23 novembre 1990, D 1991 p 121 note Larroumet Ch., JCP éd. E 1991 II 111 note Legeais D.

non-recours ne peut exister sans une transmission au crédit-preneur des actions du crédit-bailleur qu'il détient à l'encontre du fournisseur⁹³.

L'affirmation de sa licéité par la Cour de cassation laisse supposer la libre disponibilité du droit d'action de chacune des parties contractantes. Pour autant, la diversité des techniques juridiques utilisées dans l'opération de crédit-bail pour neutraliser et transmettre l'action en justice entraîne certaines interrogations quant à la manière d'appréhender cette libre disponibilité⁹⁴.

44. Les établissements de crédit ont utilisé le mandat pour transmettre au crédit-preneur les recours en garantie contre le fournisseur⁹⁵. Le mandat permet ainsi d'habiliter le crédit-preneur à pouvoir agir directement à l'encontre du fournisseur.

⁹³ Com., 30 octobre 1973, Bull. Civ. IV n°303 (Jurisprudence constante) : « *Est valable la clause d'un contrat de crédit-bail par laquelle le bailleur s'exonère envers le locataire de la machine, de son obligation de garantie des défauts, dès lors que le matériel, choisi par le preneur qui a désigné le vendeur, n'est pas connu du bailleur, lequel ne l'a pas eu en sa possession, et a subrogé le preneur dans ses droits contre le vendeur* ».

⁹⁴ Schütz R.-N., *Les recours du crédit-preneur dans l'opération de crédit-bail*, Thèse précitée, p 151, n°167 s.

⁹⁵ Com., 11 juillet 2006, Bull. Civ. IV n°173, D 2007 p 413 note Mislawski R., JCP éd. E 2007 p 22 note Leveneur L.

Dans cet arrêt, la Chambre commerciale de la Cour de cassation respecte la nature juridique du contrat de mandat en retenant que la résiliation du contrat de crédit-bail met nécessairement fin au contrat de mandat autorisant le crédit-preneur à agir à l'encontre du fournisseur.

L'arrêt ne mentionne cependant pas l'existence d'une clause de non-recours. La transposition d'une telle solution ne serait pas admissible faute de respecter l'économie de cette stipulation

La stipulation pour autrui est aussi d'un recours fréquent ; dans cette hypothèse le crédit-bailleur (le stipulant) peut stipuler du fournisseur (le promettant) l'engagement de celui-ci de faire profiter le locataire (tiers-bénéficiaire) de la garantie découlant du contrat de vente⁹⁶.

La délégation constitue une technique juridique permettant la transmission de l'action, puisque l'établissement financier (délégant) donne l'ordre au vendeur (le délégué) d'exécuter ses obligations de délivrance et de garantie au profit du locataire (délégataire). Néanmoins, le recours à la délégation nécessite le consentement et donc l'acceptation du délégué, à défaut l'action du crédit-preneur serait irrecevable à l'encontre du vendeur⁹⁷.

qui, pour être valable nécessite une transmission de l'action en justice, soit une habilitation à agir et non une représentation temporaire du crédit-bailleur.

V. cependant, Com., 8 décembre 1992, Bull. Civ. IV n°396 & 397 ; Com., 18 février 1975, Bull. Civ. IV n°47 ; Com., 3 janvier 1972, Bull. Civ. IV n°1, D 1972 p 649 note Trochu M.

⁹⁶ Schütz R.-N., *Les recours du crédit-preneur dans l'opération de crédit-bail*, Thèse précitée, p 162, n°181 s.

La Cour de cassation a admis le recours à la stipulation pour autrui : « *Justifie sa décision, une Cour d'appel qui, pour rejeter l'action en résolution d'un contrat de crédit-bail exercée pour absence de cause par le locataire, après la résolution de la vente du matériel consentie au bailleur, relève que le contrat de crédit-bail comportait une clause de non-recours du locataire contre l'établissement financier et que le locataire bénéficiait d'une stipulation pour autrui lui permettant d'agir directement contre le fournisseur en réparation du préjudice résultant pour lui d'une exécution défectueuse du contrat de vente* ». (Com., 15 janvier 1985, Bull. Civ. IV n°25).

⁹⁷ Schütz R.-N., *Les recours du crédit-preneur dans l'opération de crédit-bail*, Thèse précitée, p 166, n°187 s.

La Cour de cassation a, en effet, rappelé l'importance du consentement du délégué pour permettre une véritable transmission de l'action en justice et l'efficacité corrélative de la

La cession de créance constitue enfin une autre possibilité⁹⁸, qui a l'avantage de ne pas nécessiter le consentement du débiteur cédé pour sa perfection mais tout en ayant l'inconvénient d'imposer de lourdes formalités pour son opposabilité.

45. La transmission de l'action en justice dans le cadre de la clause de non-recours amène au constat d'une certaine diversité dans le moyen ou la technique juridique utilisé à cet effet. Il s'ensuit que le mécanisme importe peu, puisque la jurisprudence reconnaît la transmission de l'action au moyen du mandat, de la cession de créance, de la stipulation pour autrui ou encore de la délégation.

En réalité, le constat de cette diversité démontre que les parties contractantes ont uniquement voulu transmettre leur droit d'action et le neutraliser au travers de la clause de non-recours. En d'autres termes, le vêtement juridique utilisé passe à un second plan, seul importe l'effet processuel recherché et voulu par ces dernières : disposer de leur droit d'action et l'aménager conventionnellement.

La question de la libre disponibilité de l'action en justice ne s'étudie donc pas au travers de la technique contractuelle utilisée, car ce type d'aménagement répond avant tout à un besoin de la pratique et ce, pour permettre de nouer des relations économiques. En effet, si les établissements de crédit ne pouvaient insérer une telle clause, l'opération de crédit-bail ne connaîtrait pas un tel succès.

clause de non-recours (Com., 4 juin 1996, D 1996 p 630 note Billiau M., JCP éd. G 1996 II 22744 note Tailens-Dessalle M).

⁹⁸ Schütz R.-N., *Les recours du crédit-preneur dans l'opération de crédit-bail*, Thèse précitée, p 178, n°200 s.

La Cour de cassation a admis que cette technique juridique pouvait fonder les recours du crédit-preneur contre le vendeur. V. notamment Com., 4 juin 1996, *Arrêt précité* ; Com., 26 janvier 1977, Bull. Civ. IV n°27.

La clause de non-recours constitue une stipulation originale puisque sa source est conventionnelle mais son objet et son effet sont processuels. Cette originalité se retrouvera nécessairement dans le cadre de son régime juridique qui sera en partie gouvernée par les règles de procédure civile. La clause de non-recours permet ainsi aux parties contractantes d'organiser la recevabilité de leurs prétentions en agissant sur les modalités d'exercice de leur droit d'action respectif.

46. Cette problématique se retrouve en conséquence pour la clause de médiation qui, a aussi une source contractuelle et des effets processuels. L'interrogation est identique : la technique juridique employé importe moins, seul compte le résultat recherché par les parties. Sans neutralisation temporaire du droit d'action de chacune des parties, la clause peut alors difficilement être qualifiée de clause de médiation. L'existence et la licéité de cette clause ont été reconnues par la Chambre mixte dans son arrêt du 14 février 2003, car elle répond à un besoin, à une manière de gérer les conflits notamment commerciaux.

Toutefois, la seule connaissance de l'existence de stipulations ayant pour objet l'action en justice ainsi que les besoins de la pratique en ce sens sont insuffisants pour démontrer et caractériser leur licéité. Toute la difficulté consiste en la connaissance du ou des critères permettant de fixer les contours de la libre disponibilité de l'action en justice, car, à défaut la clause sera frappée de nullité.

§2 : Le critère de disponibilité de l'action en justice.

47. La pratique contractuelle atteste de la vigueur des clauses relatives à l'action en justice, dès lors le détour par la nature juridique de l'action en justice devrait permettre de clarifier le débat et ainsi d'apporter à cette question du critère de libre disponibilité de l'action en justice des éléments de réponse. Il importe effectivement de déterminer comment les parties contractantes doivent appréhender la disponibilité de leur droit d'action, lorsqu'elles souhaitent en aménager les modalités d'exercice ?

Le concept d'action en justice a fait l'objet de très nombreuses études⁹⁹ et il ressort de ce débat sur sa nature juridique une certaine confusion résultant de la diversité dans l'appréhension de cette notion, mais la doctrine contemporaine s'est toutefois efforcée d'aller vers davantage d'unité.

48. A Rome, l'existence d'un droit ne se révélait qu'à travers celle de l'action¹⁰⁰. Le droit romain était un droit formaliste, basé avant tout sur l'accomplissement de rites, de formes, du prononcé de paroles sacramentelles. La reconnaissance d'une action par le préteur permettait à l'individu de jouir d'un droit ; la maxime « *pas de droit, pas d'action*¹⁰¹ » trouvait ainsi sa raison d'être. Les formules étaient à l'origine légales, puis le système s'est assoupli par la

⁹⁹ Outre les traités et manuels, V. notamment Cayrol N., *L'action en justice*, Rép. Proc. Civile Dalloz, février 2003 ; Martin R., *L'action en justice : petite histoire d'un concept inutile*, Droit et Procédures n°1 2002 p 14 ; Niboyet M.-L., *Action en justice*, Droits 2001 n°34 p 81 ; Martin R., *Un virus dans le système des défenses du NCPC : le droit d'action*, RGDP n°3 1998 p 419 ; Bandrac M., *L'action en justice, droit fondamental*, Mélanges en l'honneur de Roger Perrot, Dalloz, 1995, p 1 ; Hébraud P., *Observations sur l'évolution des rapports entre le droit et l'action dans la formation et le développement des systèmes juridiques*, Mélanges offerts à Pierre Raynaud, Dalloz, 1985, p 237 ; Wiederker G., *La notion d'action en justice selon l'article 30 du nouveau Code*, Mélanges offerts à Pierre Hébraud, Université des Sciences Sociales de Toulouse, 1981, p 949 ; Boy L., *La notion d'action en justice*, RTD Civ. 1979 p 497 ; Motulsky H., *Le droit subjectif et l'action en justice*, APD, Tome 9, Sirey, 1964, p 215. ; Vizioz H., *Etudes de procédure*, Editions Bière, 1956, p 127.

¹⁰⁰ Solus H. et Perrot R., *Droit judiciaire Privé*, Tome I, Sirey, 1961, p 97, n°96s.

¹⁰¹ Girard P. F., *Manuel élémentaire de droit romain*, 8^{ème} éd. Par Senn F., Paris, 1929, p 1064.

possibilité pour les prêteurs de créer de nouvelles formules d'action¹⁰², qui étaient confirmées à chaque nouvelle élection du préteur.

Peu à peu, les formules sont devenues de plus en plus générales, ce qui a permis un véritable renversement dans le fondement de l'action en justice : *« le droit substantiel apparaît nettement comme le facteur de base fondamental, comme la cause de l'action ; l'action elle-même et la procédure sont seulement les instruments, les moyens et la mise en œuvre judiciaire du droit¹⁰³ »*.

Cette nouvelle vision de l'action en justice a permis l'émergence de la notion de droit subjectif ; *« l'action n'est plus rien, sinon une voie de droit générale et abstraite. Si elle renvoie à quelque chose de concret, c'est au droit subjectif lui-même lorsqu'il est contesté¹⁰⁴ »*. L'action en justice a été supplantée par le droit subjectif, elle n'est plus la source de la création des droits, elle devient et se confond avec le droit substantiel. Dès lors, elle a été perçue comme le droit *« à l'état de guerre¹⁰⁵ », « à l'état dynamique¹⁰⁶ »*.

¹⁰² Hébraud P., *Observations sur l'évolution des rapports entre le droit et l'action dans la formation et le développement systèmes juridiques*, Mélanges offerts à Pierre Raynaud, précité, spé p 242 : *« la naissance et l'existence de ces actions ont été rendues possibles par les pouvoirs dont dispose le préteur, qui en a été le créateur. Il a, en effet, accueilli des actions nouvelles dans des situations où la législation objective, le jus civile, ne reconnaissait pas de droit »*.

¹⁰³ Hébraud P., Mélanges offerts à Pierre Raynaud, précité, spé p 242.

¹⁰⁴ Cayrol N., *L'action en justice*, art. préc, spé p 5, n°20.

¹⁰⁵ Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, Tome IX, Paris, 1855-1866, n°338 : *« l'action c'est le droit mis en mouvement, c'est le droit à l'état d'action au lieu d'être à l'état de repos, le droit à l'état de guerre au lieu d'être à l'état de paix »*.

¹⁰⁶ Cuche P., *Précis de procédure civile et commerciale*, Dalloz, 1924, n°127 : *« il n'y a pas en somme, entre le droit et l'action, d'autre différence à notre époque que celle de l'état dynamique et de l'état statique du droit. L'état statique, c'est le droit au repos, le droit qui*

49. L'assimilation entre le droit substantiel et l'action en justice fut par la suite mise à mal notamment avec le développement des actions du Ministère public. Ce dernier agit non pas sur le fondement d'un quelconque droit subjectif, mais uniquement pour « *la défense judiciaire de l'ordre juridique lui-même*¹⁰⁷ ».

En outre, une telle réunion devenait inopérante avec le développement du contentieux administratif et plus particulièrement du contentieux de la légalité avec le recours pour excès de pouvoir¹⁰⁸. En effet, le droit administratif ne connaît pas la notion de droit subjectif¹⁰⁹ et surtout le recours pour excès de pouvoir est un « *recours qui est ouvert même sans texte contre tout acte administratif, et qui a pour effet d'assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité*¹¹⁰ ». La confusion entre le droit et l'action ne pouvait prospérer face à des actions en justice dépourvues de droit substantiel.

Ainsi, la maxime « *pas de droit, pas d'action* » ne pouvait plus justifier une telle assimilation, puisqu'il semble illogique qu'un plaideur puisse être déclaré recevable à agir, donc jouir d'une action en justice, et débouté au fond, c'est à dire sans droit. Il convenait ainsi de distinguer le droit substantiel de l'action en justice.

n'est pas méconnu et qui reste tranquille, en quelque sorte parce que personne ne lui a manqué de respect. L'état dynamique, c'est l'action, c'est-à-dire que le droit entre en mouvement, parce qu'il réagit contre une méconnaissance ou une violation. L'action, c'est donc le droit qui a passé de la puissance à l'acte ».

¹⁰⁷ Cadiet L. et Jeuland E., *Droit judiciaire privé*, Litec, 4^{ème} éd., 2004, p 228, n°410.

¹⁰⁸ Voir Vizioz, *Etudes de Procédure*, Editions Bière, 1956, p 127 s., qui rapporte les analyses de Hauriou, Duguit et Jèze.

¹⁰⁹ *Contra* Foulquier N., *Les droits publics subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du 19^{ème} siècle*, Thèse Paris I 2001.

¹¹⁰ CE Ass., 17 février 1950, *Ministère de l'Agriculture c/ Dame Lamotte*, RDP 1951 p 478
Concl. Devolvé J., Note Waline M.

50. Sous l'influence des travaux de Motulsky, le code est parvenu à un compromis face à la très grande diversité des propositions doctrinales relatives à la nature de l'action en justice. Il définit l'action en justice en son article 30 de la manière suivante : « *L'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée (alinéa 1^{er}). Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention (alinéa 2^{ème})* ».

Dès lors pour les rédacteurs du code, l'action en justice se distingue nettement du droit substantiel qui est l'objet du litige. Il convient ainsi de ne pas confondre les deux. L'action a en effet pour objet de contraindre le juge étatique à statuer sur la demande qui lui est soumise, de la déclarer bien ou mal fondée.

Toutefois, il ne s'agit pas d'une autonomie complète, puisqu'il existe entre l'action en justice et le droit substantiel un lien logique. Le droit substantiel a pour support l'action en justice qui permet la reconnaissance ou la sanction par l'autorité judiciaire dudit droit¹¹¹.

C'est ainsi qu'une partie importante de la doctrine présente l'action en justice comme un droit subjectif processuel¹¹², pour mieux la distinguer du droit subjectif substantiel.

51. La théorie contemporaine de l'action en justice nous conduit ainsi à distinguer l'action, le droit substantiel qui est l'objet du litige et enfin la demande en justice qui assure la mise en œuvre procédurale de l'action.

¹¹¹ Cornu G., Foyer J., *Procédure civile*, Puf, 2^{ème} éd., 1996, p 272 s.

¹¹² V. notamment Cadiet L. et Jeuland E., *Droit judiciaire privé, op. cit.*, p 230, n°415 ; Cornu G., Foyer J., *Procédure civile, op. cit.*, p 314, n°72 ; Chrétien A.-S., *Contrat et action*, Thèse Nantes 2000, p 7, n°9 ; Hébraud P., *Observations sur l'évolution des rapports entre le droit et l'action...*, *art. préc.*, p 237 s. ; Boy L., *Réflexions sur l'action en justice, art. préc.*, p 497 s. ; Motulsky H., *Le droit subjectif et l'action en justice, art. préc.*, spé p 215 s.

Dès lors qu'une situation juridique permet l'émission d'une prétention, le justiciable peut contraindre le juge à statuer sur celle-ci en raison de l'existence de son droit d'action. L'efficacité de l'action dépendra toutefois du dépôt d'une demande en justice, qui prendra la forme d'une assignation, d'une requête conjointe ou d'une présentation volontaire devant la juridiction. La demande en justice permet ainsi à l'action en justice de dépasser l'état de virtualité dans laquelle elle se trouve.

52. En effet, l'action en justice, bien qu'étant un droit subjectif processuel, reste une virtualité dans le sens où elle se conçoit comme une possibilité. Le droit d'action existe, mais ne se révèle que par l'intermédiaire d'une demande en justice.

La lecture de l'article 30 du NCPC confirme cette idée, puisque l'on comprend que chaque titulaire de l'action en justice a le droit ou plutôt la faculté de contraindre le juge à statuer sur la prétention émise. Le justiciable est ainsi libre de décider de s'engager à ne pas mettre en œuvre son droit d'agir en justice, y renoncer par un désistement ou un acquiescement ou encore préférer négocier une solution amiable au différend qui l'oppose à son adversaire¹¹³.

53. Si une telle stipulation contractuelle est possible, il n'en demeure pas moins qu'elle ne peut exister en toutes hypothèses. Le lien nécessaire qui demeure entre le droit substantiel et l'action en justice implique aussi d'apprécier la disponibilité de cette dernière au regard de celle du droit substantiel. En disposant ainsi de son action en justice pour favoriser un règlement amiable, on dispose nécessairement des droits objets du conflit.

Il apparaît en effet difficilement concevable que l'action en justice puisse être disponible alors même que le droit subjectif dont elle est le support serait indisponible en raison d'une limitation liée à l'ordre public.

¹¹³ Cadiet L., Jeuland E., *Droit judiciaire privé, op. cit.*, p 235, n°419.

En d'autres termes, le critère de disponibilité de l'action en justice peut être formulé de la manière suivante : l'action en justice est un droit subjectif processuel disponible dans les conditions du droit subjectif substantiel dont il a pour objet d'assurer la sanction¹¹⁴. Dès lors, l'appréciation de la libre disponibilité de l'action en justice de chacune des parties contractantes passe en premier lieu par l'étude de leur capacité à disposer de leurs droits substantiels.

Section II : L'étude de la libre disponibilité de l'action en justice : la conciliabilité.

54. L'indisponibilité est une notion qui réduit la liberté du sujet de droit de disposer de ses droits substantiels, venant ainsi limiter sa liberté contractuelle¹¹⁵. Elle a aussi une fonction processuelle puisqu'elle est couramment utilisée en droit judiciaire privé pour permettre au justiciable de lier le juge ou d'infléchir le cours normal de la réalisation de ses droits¹¹⁶. En d'autres termes, elle exprime une liberté dont dispose tout justiciable pour déterminer le mode de réalisation de ses droits, notamment dans le cadre d'un différend actuel ou futur.

Ce dernier peut ainsi décider de conclure un compromis d'arbitrage, de lier le juge sur le droit applicable¹¹⁷, de conclure un pacte d'amiable composition¹¹⁸, de renoncer à l'appel¹¹⁹... Il est

¹¹⁴ Cadiet L., *Les clauses contractuelles relatives à l'action en justice*, art. préc, spé 196, n°6.

¹¹⁵ Jarrosson Ch., *L'arbitrabilité*, RJC 1996 p 1, spé 3, n°9 : « *L'indisponibilité d'un droit est une exception à l'autonomie de la volonté et, partant, à la liberté contractuelle* ».

¹¹⁶ Fauvarque-Cosson B., *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, LGDJ, Bibliothèque de Droit Privé, Tome 272, 1996, préface Lequette Y., p 61, n°95 s.

¹¹⁷ Article 12 alinéa 3^{ème} du NCPC : « *Toutefois, il ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat* ».

aussi envisageable d'anticiper le différend en stipulant une clause de règlement de conflit comme la clause d'arrangement amiable, la clause de conciliation ou de médiation, la clause d'expertise, la clause de *hardship*...

55. Lors de la stipulation de la clause de médiation, les parties doivent préalablement s'interroger sur son champ d'application et se demander si une telle stipulation est possible au regard des droits substantiels en cause. En effet, elles ne pourront neutraliser leur droit d'action respectif qu'à la condition d'avoir préalablement vérifié la libre disponibilité de leurs droits substantiels.

En stipulant une obligation de ne pas agir en justice, les parties ont clairement exprimé leur souhait de voir leur conflit futur préalablement résolu de manière amiable. Elles ont ainsi disposé de leur droit d'action respectif en neutralisant toute possibilité de mise en œuvre jusqu'au terme du processus de médiation.

Cette obligation ne sera toutefois licite qu'à la condition que chacune des parties ait la libre disposition des droits substantiels entrant dans le champ d'application de la clause de médiation. Si les parties ont, par exemple, voulu que la clause s'applique à tous les conflits survenant lors de l'exécution du contrat principal, il convient alors de vérifier que les droits substantiels issus dudit contrat sont disponibles à l'égard des parties contractantes.

Il s'agit donc d'examiner la « *conciliabilité* », c'est-à-dire la possibilité de recourir licitement à un processus de médiation pour un conflit donné. Cette exigence est logique, puisque les parties décident d'évincer le traitement juridictionnel de leur différend, il est donc nécessaire qu'elles aient conscience de ce à quoi elles s'engagent.

¹¹⁸ Article 12 alinéa 4^{ème} du NCPC : « *Le litige né, les parties peuvent aussi, dans les mêmes matières et sous la même condition, conférer au juge mission de statuer comme amiable compositeur, sous réserve de l'appel si elles n'y ont pas spécialement renoncé* ».

¹¹⁹ Article 556 du NCPC : « *Les personnes capables de compromettre peuvent renoncer à l'appel. Elles ne le peuvent que pour les droits dont elles ont la libre disposition* ».

56. Cette exigence se retrouve dans l'arbitrage au travers de la vérification de l'arbitrabilité du litige¹²⁰, car selon l'article 2059 du Code civil : « *toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition* ». En effet, pour des raisons tenant à l'intérêt général ou à la protection d'une catégorie de personnes, la loi exclut le recours à l'arbitrage et plus particulièrement interdit la stipulation d'une clause compromissoire. Une clause d'arbitrage portant sur un litige non arbitral encourrait le grief de nullité.

La condition est identique pour la conclusion d'un contrat de transaction, l'article 2045 du Code précité retient que « *pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction* ». En effet, la transaction a pour objet de mettre un terme à une contestation entre les parties en évitant le recours à un règlement juridictionnel. Dès lors, il importe de poser un certain nombre de gardes fous pour prévenir des abus en interdisant ou en limitant le recours à la transaction dans certaines hypothèses où l'ordre public a pour mission de protéger des intérêts considérés comme supérieurs¹²¹.

Ainsi pour déterminer la conciliabilité du conflit futur, il apparaît utile de se référer aux solutions retenues dans le cadre de l'arbitrage et de la transaction. En réalité, il n'existe pas de réelle distinction dans l'approche faite pour l'arbitrage ou la transaction, car « *compromettre, comme transiger, est une des manières de disposer de ses droits. (...) la disponibilité des droits est le genre (...)*¹²² ».

¹²⁰ Sur la question de l'arbitrabilité, V. notamment Fauvarque-Cosson B., *Libre disponibilité des droits et conflits de lois, Thèse précitée*, p 93, n°152 s. ; Boillot Ch., *La transaction et le juge*, PU Clermont-Ferrand LGDJ, Vol. 16, 2003, préface Le Cannu P., p 218, n°395 s. ; Jarrosson Ch., *L'arbitrabilité, art. préc*, p 1 s. ; Idot L., *L'arbitrabilité des litiges, L'exemple français*, RJC 1996 p 6 ; Level P., *L'arbitrabilité*, Rev. Arb. 1992 p 213.

¹²¹ V. notamment, Boillot Ch., *La transaction et le juge, Thèse précitée*, p 218, n°395 s. ; Lagarde X., *Ordre public et transaction*, D 2000 p 217.

¹²² Jarrosson Ch., *L'arbitrabilité, art. préc*, spé p 2, n°7.

En conséquence, il s'avère nécessaire d'apprécier au cas par cas si les droits substantiels sont disponibles pour permettre la stipulation d'une clause de médiation.

57. La présentation de la notion de libre disponibilité est en règle générale assez incertaine, en raison des liens étroits qu'elle entretient avec la notion d'ordre public¹²³. L'indisponibilité d'un droit provient effectivement d'un interdit édicté par une règle de droit qualifiée d'ordre public en raison du but qu'elle poursuit. La démarche est donc pragmatique et casuistique, puisqu'il importe de déterminer si face à cette règle de droit, une manifestation de volontés privées heurte ou non l'ordre public.

La doctrine s'est donc efforcée de proposer différentes classifications permettant de distinguer les hypothèses dans lesquelles les manifestations de volontés privées sont permises¹²⁴. Il est ainsi classique de distinguer pour apprécier la disponibilité d'un droit substantiel les limitations engendrées par les règles d'ordre public en vue d'assurer la protection d'un intérêt public (§1) ou privé (§2).

§1 : La protection d'un intérêt public.

58. La société est composée de piliers considérés comme fondamentaux¹²⁵, dès lors l'ordre public s'efforce de les protéger en interdisant ainsi toute immixtion du contrat (A). Pour

¹²³ Fauvarque-Cosson B., *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, Thèse précitée, p 55, n°92 : « Mais tandis que le critère de l'ordre public vise les règles de droits, celui de la libre disponibilité vise les droits qui naissent d'une situation juridique ».

¹²⁴ Fauvarque-Cosson B., *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, Thèse précitée, p 116, n°194.

¹²⁵ Terré F., Simler Ph., Lequette Y., *Droit civil - Les obligations*, Dalloz, 9^{ème} éd., 2005, p 383, n°376.

autant, cette prohibition de principe de toute convention tend à s'estomper et à laisser, sous certaines conditions, une place à la manifestation de volontés privées (B).

A. Une interdiction de principe de toute convention.

59. Il existe ainsi des « *droits qui sont totalement et définitivement indisponibles*¹²⁶ » en raison de la finalité poursuivie. Dans cette hypothèse, la protection de l'intérêt public interdit par principe toute convention.

Cette catégorie correspond en premier lieu à l'ordre public politique qui vise à assurer la défense des institutions essentielles de la société. Il a ainsi vocation à protéger « *l'Etat, la famille et la morale*¹²⁷ ». En raison de son caractère impérieux, il reste imperméable à toute immixtion de manifestations de volontés privées imposant de ce fait le recours exclusif à la juridiction étatique pour l'application des règles correspondantes. Il est notamment traditionnel de rattacher à cette catégorie l'état et la capacité des personnes ainsi que les règles relatives à la personne humaine¹²⁸.

L'ordre public politique, dit aussi classique, prohibe la conclusion de tout contrat ayant pour objet les intérêts qu'il a vocation à protéger. Dès lors, la conséquence logique est une interdiction et nécessairement une impossibilité de stipuler une clause de médiation. En effet, cette stipulation nécessite un support conventionnel, or toute convention est nulle lorsqu'elle porte sur des droits protégés par cet ordre public, la clause de médiation serait donc nulle.

60. En second lieu, l'ordre public économique de direction rend de la même manière les droits totalement et définitivement indisponibles. Il a vocation à régir les relations

¹²⁶ Level P., *L'arbitrabilité, art. préc.*, spé p 222, n°11 s.

¹²⁷ Terré F., Simler Ph., Lequette Y., *Droit civil - Les obligations, op. cit.*, p 383, n°377 s.

¹²⁸ Les articles 16 et suivants du Code civil, complétés par les dispositions issues du Code de la Santé publique, retiennent une interdiction de principe de toutes conventions portant sur la personne humaine.

économiques, c'est-à-dire « *les règles aux moyens desquelles l'Etat entend canaliser l'activité contractuelle dans le sens qui lui paraît le plus conforme à l'utilité sociale*¹²⁹ ». L'ordre public économique de direction a essentiellement, depuis l'adoption de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, pour but d'éviter les comportements anti-concurrentiels, les situations de monopole ou de position dominante qui nuisent au bon fonctionnement du marché économique et faussent le jeu de l'offre et de la demande.

Ainsi cet ordre public, qui est au service de l'intérêt général, ne pourra pas faire l'objet d'aménagements contractuels¹³⁰ excluant ainsi de nouveau la possibilité de stipuler une clause de médiation qui, en tout état de cause encourrait la sanction de la nullité.

La règle de principe postule ainsi une prohibition de toute convention portant sur les droits et règles protégés par l'ordre public politique et économique de direction. Pour autant, une évolution se confirme vers une immixtion progressive de la volonté privée en ce domaine et semble aller dans le sens d'une contractualisation de droits pourtant *a priori* indisponibles.

B. L'atténuation de la prohibition de toute manifestation de volontés.

61. L'ordre public est toujours apparu comme une notion difficilement conceptualisable, la raison tenant sans doute à son caractère nécessairement évolutif. La société évolue et en ce

¹²⁹ Terré F., Simler Ph., Lequette Y., *Droit civil - Les obligations, op. cit.*, p 386, n°383.

¹³⁰ Com., 18 février 1992, Bull. Civ. IV n°78 (Affaire de la restitution des cuves de pompistes) : « (...) *sont nulles les conventions sous quelque forme que ce soit, ayant pour objet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence* » ; Sur cette question et de manière plus générale, V. Chagny M., *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Dalloz, Vol. 32, 2004, préface Ghestin J.

sens les besoins de protection par l'ordre public doivent aussi se modifier¹³¹ ; l'étude de la jurisprudence révèle de manière symptomatique cette nécessité du changement¹³².

En conséquence, la prohibition de principe de toute immixtion de la volonté privée au sein de l'ordre public classique et économique de direction, semble connaître progressivement l'existence de brèches, au sein desquelles une convention pourrait être valablement conclue.

62. En conséquence, des droits issus d'une situation les rendant indisponibles vont par la suite devenir disponibles en raison d'un critère dit de patrimonialité.

En règle générale, leur disponibilité s'explique par leur objet qui tient au traitement des conséquences pécuniaires de certains droits pourtant issus de situations indisponibles. Ainsi, la patrimonialité permet à la volonté privée de s'exprimer, alors même que ces droits apparaissent comme étant frappés d'indisponibilité.

63. A cet égard, les contrats ayant pour objet le nom patronymique sont révélateurs de cette atténuation d'interdiction de principe de toute convention¹³³. En effet, le nom est

¹³¹ Sur cette question, V. notamment Mekki M., *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, Bibliothèque de Droit Privé, Tome 411, 2004, préface Ghestin J. ; Malaurie Ph., *L'ordre public et le contrat*, Editions Matot-Braine, Reims, 1953, préface Esmein P.-E. ; Sous la direction de Revet Th., *L'ordre public à la fin du XXème siècle*, Dalloz, 1996.

¹³² L'évolution de la jurisprudence sur la question de la licéité de la cession de la clientèle civile illustre, par exemple, l'évolution du contenu de l'ordre public. Civ. 1^{ère}, 7 novembre 2000, Bull. Civ. I n°283 ; *Contra* Civ. 1^{ère}, 3 juillet 1996, Bull. Civ. I n°287.

¹³³ Loiseau G., *Le nom objet d'un contrat*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 274, 1997, préface Ghestin J. ; du même auteur, *Des droits patrimoniaux de la personnalité en droit français*, MC Gill Journal 1997 p 319.

traditionnellement présenté comme étant inaliénable, imprescriptible et par conséquent indisponible. La justification de cette restriction tient en premier lieu à la fonction essentielle du nom patronymique à savoir l'identification de la personne physique au sein de la société. Le nom constitue ainsi un facteur de stabilité sociale, dont l'Etat est le garant. Dès lors, la règle de l'immutabilité et de l'indisponibilité du nom procèdent exclusivement de l'intérêt public attaché à l'affectation certaine et durable du nom à l'identification sociale du sujet¹³⁴.

64. Pour autant, toute convention ayant pour objet le nom patronymique n'est pas interdite. L'arrêt *Bordas* a, en effet, admis que le nom patronymique puisse se détacher de la personne de son titulaire pour devenir un signe distinctif. En l'occurrence, la Cour de cassation a retenu que : « *le principe de l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité du nom patronymique, qui empêche à son titulaire d'en disposer librement pour identifier une autre personne physique, ne s'oppose pas à la conclusion d'un accord portant sur l'utilisation de ce nom comme dénomination sociale ou comme nom commercial*¹³⁵ ». En d'autres termes, le nom est incessible et insusceptible d'être l'objet d'une convention dans la mesure où sa fonction consiste en l'identification sociale d'une personne physique. Néanmoins, le nom patronymique peut devenir un signe distinctif et en ce sens il se détache de la personne qui le porte pour s'appliquer à l'objet qu'il distingue. Le nom patronymique devenu signe distinctif est alors disponible et peut faire l'objet de toute sorte de convention en vue d'une exploitation commerciale.

65. Dès lors, la convention ayant pour objet un nom patronymique et pour effet notamment sa cession par apport à une société est pleinement licite. En conséquence, une

¹³⁴ Loiseau G., *Le nom objet d'un contrat*, Thèse précitée, p 23, n°17 : « *Il est permis d'envisager l'indisponibilité comme le moyen de préserver l'affectation d'un droit ou d'une chose en restreignant ou en supprimant le pouvoir du sujet d'en disposer en vue de satisfaire un intérêt sérieux et légitime* ».

¹³⁵ Com., 12 mars 1985, Bull. Civ. IV n°95.

clause de médiation pourra valablement être insérée dans cette convention, puisque l'objet du contrat est disponible. La convention portant sur les conditions d'utilisation de ce signe distinctif pourrait, en effet, prévoir une telle clause en vue d'organiser un éventuel traitement amiable des différends pouvant survenir. L'intérêt du recours à la clause de médiation est certes la négociation d'une solution consentie mais surtout la confidentialité attachée à ce processus¹³⁶.

66. Dans le domaine économique, une solution identique peut être retenue pour le droit de la propriété intellectuelle où il est fréquent de distinguer le titre de propriété des contrats d'exploitation qui peuvent faire l'objet d'un arbitrage¹³⁷, d'une transaction¹³⁸ ou encore d'un contrat de non-opposition¹³⁹.

¹³⁶ *Infra* n°373 s.

¹³⁷ CA Paris, 24 mars 1994, JCP éd. E 1995 I 471 n°7 obs. Burst J.-J. Mousseron J., D 1996 Somm. p 21 obs. Mousseron J. Schmidt J. ; V. Josselin-Gall M., *Arbitrage et propriétés intellectuelles*, Droit et patrimoine juin 2002 n°105, p 63.

¹³⁸ V. notamment Com., 28 janvier 2003, Bull. Civ. IV n°11. Dans cet arrêt, la Cour de cassation fait clairement la distinction entre une transaction portant sur la validité d'un brevet de celle ayant pour objet l'exploitation de celui-ci notamment par un contrat de licence. Dans cette seconde hypothèse, les parties peuvent conclure une transaction ayant cet objet en raison de la libre disponibilité de leurs droits.

¹³⁹ Philippon P., *Le contrat de non-opposition*, Thèse Montpellier I 1996.

Le contrat de non-opposition est classiquement présenté comme l'ancêtre du contrat de licence. Cet accord oblige le titulaire d'un droit de propriété industrielle, d'un droit d'auteur ou encore d'un savoir-faire à ne pas exercer d'action en contrefaçon ou en responsabilité civile pour concurrence déloyale ou parasitisme contre celui qui a accompli les actes de reproduction, de représentation, de diffusion du bien ou de l'œuvre concerné. Cet accord engendre à l'égard du débiteur une véritable obligation de ne pas agir en justice ; il doit

En conséquence, une clause de médiation pourrait par exemple être insérée dans un contrat de licence de brevet ou de marque et donner lieu à la mise en place d'un processus de médiation pour les conflits envisagés par les parties. Toutefois, on peut s'interroger sur le sort de la clause dans l'hypothèse où au cours dudit processus la question de la validité du titre venait à se poser. En effet, les parties ne peuvent transiger sur les questions se rapportant à la délivrance ou à la validité du titre de propriété industrielle, puisqu'il y a au cas particulier une compétence exclusive¹⁴⁰. Dès lors, les parties pourront soit poursuivre le processus de médiation jusqu'à son terme mais en le limitant aux seuls droits disponibles, soit adopter la prudence en y mettant fin au profit de la juridiction étatique compétente.

67. A travers ces deux exemples, il apparaît que l'ordre public classique et économique de direction n'est pas totalement imperméable à toute immixtion de la volonté privée. En effet, il convient de distinguer au sein de ces droits ceux pouvant devenir disponible en raison de leur patrimonialité, autorisant alors la conclusion d'une convention et l'insertion d'une clause de médiation. La méthode est certes casuistique et pragmatique, mais elle permet de ne pas appréhender l'ordre public classique et économique de direction comme quelque chose d'immuable et d'intangible.

La volonté privée connaît aussi, à l'heure actuelle, une autre limitation tenant à l'ordre public dit de protection, pouvant empêcher la stipulation d'une clause de médiation.

s'abstenir de toute action en contrefaçon et / ou en responsabilité civile pour un temps convenu entre les parties afin de permettre à son contractant d'exploiter le bien ou l'œuvre objet de la protection. Une telle convention est reconnue comme étant licite car l'objet du contrat est disponible en raison de sa patrimonialité.

¹⁴⁰ Article L 615-17 du Code de la Propriété intellectuelle : « *L'ensemble du contentieux né du présent titre est attribué aux tribunaux de grande instance et aux cours d'appel auxquelles ils sont rattachés (...)* ».

§2 : La protection d'un intérêt privé.

68. Une mutation profonde s'est effectivement produite, au cours du 20^{ème} siècle, puisque les pouvoirs publics et les juges ont pris conscience de l'existence et des dangers des rapports inégalitaires de puissance économique entre les parties contractantes. Cette prise en considération de l'inégalité structurelle a amené à porter une attention toute particulière à l'égard de la partie la plus faible en organisant corrélativement sa protection, notamment par l'information, la possibilité de se rétracter mais aussi en limitant sa propre liberté contractuelle quant à la disponibilité des droits objets de cette protection.

L'ordre public dit de protection¹⁴¹ a ainsi vocation à protéger les parties les plus faibles en restreignant, notamment dans certaines circonstances, la libre disponibilité de leurs droits substantiels.

Cette limitation concerne en règle générale une collectivité de personnes comme les salariés, les consommateurs, les locataires, les épargnants... Dès lors, ces deniers ne peuvent disposer de leurs droits qu'à partir du moment où ils sont en mesure de pouvoir les exercer librement, c'est-à-dire quand l'objectif de protection a été atteint. Cette exigence temporelle permet essentiellement à ces personnes d'avoir conscience de ce à quoi elles s'engagent et ainsi d'exprimer un consentement libre.

Pour la clause de médiation les difficultés porteront essentiellement sur la possibilité de l'insérer dans un contrat de travail (A) ou de consommation (B). Dans ces deux hypothèses, l'ordre public protège une collectivité de personnes en raison de leur position de faiblesse présumée. Dès lors, leurs droits seront indisponibles jusqu'à la disparition de cet état.

A. L'insertion d'une clause de médiation dans un contrat de travail.

¹⁴¹ Sur cette question, V. notamment, sous la direction de Revet Th., *L'ordre public à la fin du 20^{ème} siècle*, Dalloz, 1996 ; Couturier G., *L'ordre public de protection*, Mélanges offerts à Jacques Flour, Répertoire Defrénois, 1979, p 95.

69. La stipulation d'une clause de médiation dans un contrat de travail risque en effet de se heurter à l'indisponibilité des droits du salarié tant que demeure le lien de subordination.

Cette solution se justifie à la fois en analysant les positions retenues par la jurisprudence concernant la place de la transaction (1), mais aussi au regard de la compétence exclusive des conseils de prud'hommes telle que définie à l'article L 511-1 du Code du travail (2).

1. La place la transaction au sein du contrat de travail.

70. « Depuis la loi fondamentale du 13 juillet 1973, on a assisté à un phénomène très classique en droit, plus le licenciement personnel ou économique a été étroitement réglementé, plus le nombre de démissions, transactions... a augmenté¹⁴² ». Le recours à des techniques contractuelles plus consensuelles, notamment issues du Code civil, a eu les faveurs des services des ressources humaines ainsi que des salariés. D'un point de vue psychologique, l'évitement du traumatisme du licenciement permettait une meilleure acceptation du départ par le salarié. En outre, le recours à une méthode consensuelle permet de favoriser une négociation et ainsi chacune des parties peut davantage mettre en avant ses intérêts, notamment pécuniaires.

En ce sens, la transaction demeure une technique très usitée pour négocier les conséquences d'une rupture du contrat de travail. Le recours à la transaction a été admis par la Cour de cassation, mais sa validité et son objet sont clairement délimités¹⁴³.

71. En effet, la jurisprudence considère de manière constante que le salarié ne peut transiger qu'une fois le lien de subordination disparu¹⁴⁴ ; la rupture doit donc être définitive.

¹⁴² Ray J.-E., *Droit du travail droit vivant*, Editions Liaisons, 14^{ème} éd., 2005, p 252, n°179.

¹⁴³ Sur cette question, V. notamment Poulet L., *Transaction et protection des parties*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 452, 2004, préface Lequette Y. ; Boillot Ch., *La transaction et le juge*, PU Clermont-Ferrand LGDJ, Vol. 16, 2003, préface Le Cannu P.

En d'autres termes, la transaction ne pourra être conclue que postérieurement à la notification du licenciement, soit à la réception par le salarié de la lettre de licenciement¹⁴⁵.

Cette exigence trouve sa justification dans l'article L 122-14-7 du Code du travail, qui interdit, en son dernier alinéa, les parties au contrat de travail à renoncer par avance aux règles légales en matière de licenciement.

Le salarié voit donc ses droits rendus indisponibles, dès lors que le contrat de travail n'a pas été définitivement rompu. Le maintien du lien de subordination¹⁴⁶ interdit donc toute renonciation anticipée à ses droits ; la transaction conclue en violation de cette interdiction

¹⁴⁴ Pour la transaction V. notamment Soc., 18 février 2003, Droit social 2003 p 546 obs. Couturier G. ; Soc., 28 mai 2002, Bull. Civ. V n°182, D 2003 p 1464 note Devers A., Defrénois 2002 p 1253 obs. Lichaber R., PA 12 septembre 2002 p 4 note François L. : « *La nullité d'une transaction résultant de ce qu'elle a été conclue avant la notification du licenciement est une nullité relative instituée dans l'intérêt du salarié, et elle ne peut, dès lors, être invoquée par l'employeur* ».

¹⁴⁵ Cette exigence n'est pas requise en cas de transaction faisant suite à une démission, puisque la lettre de démission n'est assortie d'aucun formalisme. Soc., 1^{er} décembre 2004, Bull. Civ. V n°317.

¹⁴⁶ La jurisprudence sociale requiert la caractérisation d'un lien de subordination juridique et non économique. En ce sens, Civ., 6 juillet 1931, DP 1931. 1. 121 note Pic P. : « *La condition juridique d'un travailleur à l'égard de la personne pour laquelle il travaille ne saurait être déterminé par la faiblesse ou la dépendance économique dudit travailleur et ne peut résulter que du contrat conclu entre les parties ; (...) la qualité de salarié implique l'existence d'un lien juridique de subordination du travailleur à la personne qui l'emploie* ». Pour une étude récente de la notion de dépendance économique en droit du travail, V. Rivoal O., *La dépendance économique en droit du travail*, D 2006 p 891.

sera nulle¹⁴⁷. Cette prohibition a pour finalité de protéger les intérêts du salarié et éviter ainsi de sa part une renonciation hâtive et dépourvue d'un consentement libre et éclairé.

72. La clause de médiation a vocation à mettre en place, lors de la survenance d'un conflit, une négociation entre les parties contractantes en vue d'un règlement amiable de leurs difficultés. Cette issue amiable prendra, en règle générale, la forme d'un contrat de transaction.

Dès lors, la stipulation d'une clause de médiation au sein d'un contrat de travail pose la difficulté suivante. La transaction ne pouvant être conclue avant la rupture définitive dudit contrat, il apparaît ainsi quelque peu inopportun d'insérer au sein du contrat de travail une telle clause. En effet, le salarié est placé dans un état de subordination vis-à-vis de son employeur, entraînant alors une restriction de sa liberté à disposer de ses droits. En conséquence, il existe un fort risque d'illicéité eu égard à la forme que pourra prendre l'accord de conciliation. Si ce dernier revêt la qualification de transaction, il pourrait être soutenu que le salarié a, par avance, renoncé aux dispositions qui organisaient sa protection, or la jurisprudence n'admet pas une telle renonciation anticipée de la part du salarié.

L'insertion d'une clause de médiation dans un contrat de travail semble ainsi inopportune au regard de la qualification que pourrait prendre l'accord de conciliation, faute pour le salarié de pouvoir disposer de ses droits avant la rupture définitive de son contrat¹⁴⁸. Toutefois, la clause

¹⁴⁷ Soc., 14 janvier 2003, Bull. Civ. V n°6 ; Soc., 28 mai 2002, Bull. Civ. V n°182 : la Cour de cassation, dans ces deux arrêts, retient qu'il s'agit d'une nullité relative instituée dans l'intérêt du salarié.

A l'inverse, la nullité est absolue lorsqu'il s'agit d'un salarié protégé, en ce sens V. Soc., 16 mars 2005, Bull. Civ. V n°98.

¹⁴⁸ En ce sens notamment, Ancel P., Cottin M., note sous Ch. Mixte, 14 février 2003, D 2003 p 1386, spé p 1391 : « (...) ainsi alors même que la transaction est en principe licite pour régler les conséquences financières de la rupture du contrat de travail (...), il est peu

de médiation ne semble pas nécessairement être illicite ; seules les conséquences du processus de médiation et notamment la conclusion d'une transaction peuvent entraîner une annulation dudit acte. La stipulation de la clause de médiation s'avère donc d'un intérêt limité.

Pour autant, un autre argument peut être avancé en faveur de l'illicéité même de la clause de médiation : la compétence exclusive reconnue au conseil de prud'hommes.

2. L'interdiction de toute dérogation à la compétence exclusive du conseil de prud'hommes.

73. La compétence du conseil de prud'hommes est prévue à l'article L 511-1 du Code du travail : « *Les conseils de prud'hommes sont seuls compétents, quel que soit le chiffre de la demande, pour connaître des différends visés au présent article* ». La compétence du conseil est dite exclusive, puisque l'article précité énonce ensuite que : « *toute convention dérogatoire est réputée non écrite* ». Le conseil de prud'hommes est donc seul compétent pour connaître des affaires relevant des relations individuelles.

74. La compétence exclusive du conseil de prud'hommes a été nettement affirmée en matière d'arbitrage.

En dehors des hypothèses d'arbitrage dit forcé¹⁴⁹, le droit du travail, notamment dans le cadre des relations individuelles, n'admet pas qu'un contrat de travail puisse contenir en son sein

probable qu'un salarié puisse, par avance, dans le contrat, s'obliger à recourir à une médiation dans ce cas ».

¹⁴⁹ Sur la notion d'arbitrage forcé, V. Jarrosson Ch., *La notion d'arbitrage*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 198, 1987, préface Oppetit B.

Pour des illustrations de ce type d'arbitrage, on peut se référer à celui du bâtonnier concernant les litiges touchant les avocats salariés (article 7 de la loi du 31 décembre 1971 (modifiée par

une clause compromissoire. En dépit de la réécriture, par la loi NRE du 15 mai 2001, de l'article 2061 du Code civil, la doctrine est unanime pour considérer qu'une telle stipulation heurte l'ordre public en raison de l'état de dépendance dans lequel se trouve le salarié¹⁵⁰.

La compétence du conseil de prud'hommes est donc exclusive durant toute la durée de la relation contractuelle. Lors de la rupture du contrat de travail, le conseil de prud'hommes est certes toujours compétent, mais le salarié ne se trouvant plus en état de subordination, retrouve sa liberté et pourrait ainsi valablement conclure un compromis d'arbitrage avec son employeur¹⁵¹.

75. A cet égard, la stipulation d'une clause de médiation dans un contrat de travail pourrait être réputée non écrite selon les termes de l'article L 511-1 du Code précité.

En effet, la Chambre sociale a, auparavant, toujours refusé de prononcer l'irrecevabilité de l'action en présence d'une clause de conciliation ou de médiation, puisque selon elle une telle clause ne peut faire échec à la compétence exclusive des conseils de prud'hommes¹⁵². Ainsi,

la loi du 30 décembre 2006)) ou encore celui la commission arbitrale fixant l'indemnité due à un journaliste professionnel (article L 761-5 du Code du travail).

¹⁵⁰ Olivier J.-M., *Arbitrage et droit du travail*, Droit et patrimoine mai 2002 n°104, p 52, spé p 56 et les nombreuses références citées.

¹⁵¹ Pour l'arbitrage V. notamment Soc., 5 novembre 1984, JCP éd. E 1986 II 14631 note N. S., Rev. Arb. 1986 p 47 note Moreau-Borlès M.-A., qui retient qu'une fois la rupture du contrat de travail intervenue les parties sont libres et capables de compromettre.

¹⁵² Soc., 6 février 2001, n° pourvoi 98-42679 (inédit) ; Soc., 26 janvier 1994, Bull. Civ. V n°32 ; Soc., 9 décembre 1981, Bull. Civ. V n°954 ; Soc., 4 mai 1977, Bull. Civ. V n°289.

En outre, il convient de rappeler que la procédure devant le conseil de prud'hommes débute par une phase de conciliation devant les conseillers. Dès lors, la question de l'opportunité

selon sa jurisprudence, un préliminaire même obligatoire de conciliation ou de médiation ne saurait empêcher le salarié de saisir directement le conseil de prud'hommes. La protection du salarié guide une telle solution afin d'éviter de sa part toute renonciation anticipée et irréfléchie.

76. La Chambre mixte, dans son arrêt du 14 février 2003, a reconnu aux clauses de conciliation et de médiation leur pleine force obligatoire ; leur méconnaissance entraînant alors le prononcé d'une fin de non-recevoir.

Toute la difficulté consistera alors à déterminer quelle position la Chambre sociale va adopter à la suite de cet arrêt de la Chambre mixte. La généralité de l'attendu milite en faveur d'une solution identique peu important l'objet du contrat contenant une clause de conciliation ou de médiation.

Pour autant, un alignement de la Chambre sociale sur cette jurisprudence, n'est pas évident, puisqu'elle promeut et a pour constant souci de garantir l'effectivité de la protection des salariés. En outre, l'article L 511-1 du Code du travail est d'ordre public et exprime clairement la volonté du législateur de permettre au salarié de bénéficier d'une juridiction spécialisée.

En conséquence, l'insertion d'une clause de médiation dans un contrat de travail n'apparaît pas envisageable en raison de la compétence exclusive du conseil sur tous les litiges ayant traités au contrat de travail. Les parties ne peuvent donc conventionnellement évincer leur juge naturel ; la clause sera réputée non écrite¹⁵³.

d'une clause imposant un tel préalable avant la saisine du conseil de prud'hommes, se pose inévitablement.

¹⁵³ En ce sens, Pélissier J., Supiot A., Jemmaud A., *Droit du travail*, Dalloz, 23^{ème} éd., 2006, p 1230, n°1088 : « (...) il ne paraît pas que cette règle jurisprudentielle [dégagée par la Chambre mixte dans son arrêt du 14 février 2003] puisse s'appliquer à une clause (de

77. En conclusion, la clause de médiation ne semble pas pouvoir être insérée au sein d'un contrat de travail, puisqu'elle entraînerait une atteinte à l'ordre public de protection. En effet, les parties ne peuvent, par avance, déroger à la compétence exclusive du conseil de prud'hommes définie à l'article L 511-1 du Code du travail. En outre, une telle clause semble être d'un intérêt limité, puisque le processus de médiation mis en place par l'exécution de la clause, est susceptible d'aboutir à une transaction, qui ne peut être conclue avant la rupture définitive du contrat de travail.

L'ordre public de protection vient ainsi réduire la libre disponibilité des droits du salarié en lui refusant d'aménager son droit d'action par la stipulation d'une clause de médiation. La question se pose avec la même acuité à l'égard du consommateur.

B. L'insertion d'une clause de médiation dans un contrat de consommation.

78. Le consommateur est à l'heure actuelle, le bénéficiaire d'une protection, dont la finalité est de lui permettre de contracter avec liberté et lucidité. Le développement de l'ordre public de protection coïncide aussi, dans une certaine mesure, avec le développement du droit de la consommation. Le consommateur, pris isolément, se trouve dans un rapport de force déséquilibré par rapport à son contractant professionnel. Ce dernier a effectivement davantage de puissance économique pour pouvoir imposer, jusqu'à un certain point, ses conditions contractuelles.

Le développement croissant et ininterrompu des contrats d'adhésion a amené les pouvoirs publics à prendre conscience de la faiblesse du consommateur et des risques d'abus dont il pourrait être victime.

conciliation ou de médiation) qui serait insérée dans un contrat de travail et tiendrait ainsi en échec la compétence d'un conseil de prud'hommes ».

Le droit de la consommation s'est développé autour de cette problématique : la volonté de protéger le consommateur du professionnel et contre lui-même. Il impose aujourd'hui aux professionnels une réglementation stricte, formaliste et d'ordre public ; les consommateurs voient ainsi leur liberté contractuelle limitée.

La stipulation d'une clause de médiation¹⁵⁴ risque de se heurter à cette restriction de la libre disponibilité des droits du consommateur (1), elle a pourtant reçu un accueil favorable sur le terrain des clauses abusives (2).

1. La restriction apportée à la libre disponibilité des droits du consommateur.

79. L'ordre public innerve le droit de la consommation et dès lors toute stipulation pouvant entraîner une restriction ou des aménagements dans l'exercice des droits du consommateur, impose de réfléchir et de présager qu'elle pourrait être la réponse du droit de la consommation à cet égard.

En l'occurrence, la question se pose de savoir si un contrat de consommation peut contenir ou non une clause de médiation imposant un préalable obligatoire de négociation avant toute saisine du juge étatique.

Toute la difficulté consiste alors à déterminer si les droits substantiels objets du contrat de consommation, sont librement disponibles autorisant ainsi, à aménager conventionnellement le droit d'action de chacune des parties et, notamment celui du consommateur.

¹⁵⁴ De manière plus générale sur la question des MARC en droit de la consommation, V. notamment Camous E., *Règlements non-juridictionnels des litiges de la consommation*, LGDJ, Bibliothèque de Droit Privé, Tome 362, 2002, préface Calais-Auloy ; Chekli N., *Consommation et règlements alternatifs des litiges*, Rev. Lamy Droit des Affaires Février 2007 n°13 p 82 ; Paisant G., *Libres propos sur les modes alternatifs de règlement des litiges de la consommation*, *Liber Amicorum* Jean Calais-Auloy, Dalloz, 2004, p 767.

80. L'appréciation de la licéité de la clause de médiation passerait ainsi par l'étude de la disponibilité des droits substantiels. En règle générale, le consommateur est en partie privé de sa liberté contractuelle afin de lui garantir une protection effective ; les pouvoirs publics n'hésitent effectivement pas à imposer l'insertion de mentions, de clauses, de délais au sein des contrats de consommation.

Cette perte de la capacité à pouvoir définir le contenu desdits contrats restreint ainsi la liberté contractuelle des consommateurs ; ils ne peuvent donc disposer, comme ils le souhaiteraient, de leurs droits.

81. Cette restriction à pouvoir disposer en toute circonstance de ses droits dans le cadre d'un rapport contractuel de consommation, s'explique par le souci de protéger l'intégrité et la lucidité du consentement de la partie faible. Lui permettre de contracter en disposant de ses droits rendus indisponibles ruinerait l'objectif de protection voulu par les pouvoirs publics.

Cette indisponibilité produit, dans certaines hypothèses¹⁵⁵, un effet contreproductif dans le sens où la protection recherchée peut nuire aux intérêts du consommateur. Dès lors, la question s'est posée de savoir si le consommateur était irrévocablement privé de la disponibilité de ses droits, ou, si au contraire un critère temporel le libérait de cet empêchement.

82. L'interrogation s'est ainsi résolue sur le terrain de la renonciation à se prévaloir de la protection créée par le droit de la consommation, car le problème posé était souvent celui de la renonciation à un délai de réflexion¹⁵⁶, à un droit de repentir ou encore au bénéfice d'une

¹⁵⁵ Le cas le plus fréquent semble être celui de la renonciation au délai de réflexion dans le cadre notamment des contrats de prêt.

¹⁵⁶ V. notamment l'article L 312-10 du Code de la consommation.

condition suspensive¹⁵⁷. Dès lors, la personne protégée n'avait pas d'autre choix que de renoncer à ce délai de protection pour réaliser l'opération dans des conditions particulières de délai. Toute la difficulté consistait alors à déterminer si une renonciation à des droits *a priori* indisponibles était à la fois réalisable et souhaitable.

Ce passage par la renonciation pour déterminer l'étendue des pouvoirs du consommateur sur des droits indisponibles est particulièrement intéressant, car cet acte constitue sans doute l'expression la plus aboutie de la capacité pour une personne à disposer de ses droits, puisqu'elle décide par sa seule volonté unilatérale de les sortir définitivement de son patrimoine¹⁵⁸.

83. La Cour de cassation adopte sur cette question une position à la fois restrictive mais aussi, dans une certaine mesure, pragmatique.

Le principe dominant dans la jurisprudence actuelle reste celui d'une interdiction de renoncer aux dispositions protectrices édictées par le Code de la consommation. La Cour met en avant

¹⁵⁷ V. notamment l'article L 312-16 du Code précité.

¹⁵⁸ Pour une bibliographie non exhaustive sur la théorie de la renonciation en droit privé, V. notamment, Dreifuss-Netter F., *Les manifestations de volonté abdicatives*, LGDJ, Bibliothèque de Droit Privé, Tome 185, 1985, préface Tercier P. ; Grammatikas G., *Théorie générale de la renonciation en droit civil*, LGDJ, 1971 ; Ducoin Ch., *Essai d'une théorie générale de la renonciation en droit civil français*, Thèse Lyon, 1913 ; Houtcieff D., *Renonciation*, Rép. Civil Dalloz, septembre 2004 ; Seillan Y., *L'acte abdicatif*, RTD Civ. 1966 p 692 ; Bredin J.-L., *Les renonciations au bénéfice de la loi en droit privé français*, Trav. Ass. H. Capitant, Tome 13, Dalloz, 1959, p 356 ; Carbonnier J., *Les renonciations au bénéfice de la loi en droit privé*, Trav. Ass. H. Capitant, Tome 13, Dalloz, 1959, p 283 ; Raynaud P., *La renonciation à un droit*, RTD Civ. 1936 p 763 ; Lessona S., *Essai d'une théorie générale de la renonciation en droit civil*, RTD Civ. 1912 p 361.

le fait qu'il est impossible pour le consommateur de renoncer à des droits ou à des dispositions d'ordre public¹⁵⁹.

Cette position apparaît restrictive dans le sens où sa généralité semble interdire toute renonciation anticipée, même si cette opération ne cause aucun préjudice au consommateur. L'impératif de protection des intérêts et du consentement de ce dernier semble primer sur toute autre considération.

84. Pour autant, un léger assouplissement est perceptible et ce, dans le but d'aller vers une position plus pragmatique. La Cour de cassation s'est en ce sens prononcée en faveur de la faisabilité d'une telle renonciation mais sous la condition d'un critère temporel afin de favoriser l'émission d'un consentement lucide et éclairé, lorsque le consommateur souhaite disposer de droits protégés par le droit de la consommation.

La Cour de cassation a ainsi retenu que : *« s'il est interdit de renoncer par avance aux règles de protection établies par la loi sous le sceau de l'ordre public, il est en revanche permis de renoncer aux effets acquis de telles règles¹⁶⁰ »*. Cette solution s'expliquerait par la volonté des juges de ne pas ruiner la protection voulue par les pouvoirs publics. La partie protégée ne pourrait donc renoncer à ses droits qu'à partir du moment où ils sont désormais né et acquis.

¹⁵⁹ V. notamment Civ. 1^{ère} 9 décembre 1997, Bull. Civ. I n°368 : *« (...) alors que l'acceptation avait été donnée avant l'expiration du délai de dix jours suivant la réception de l'offre, et que la renonciation au bénéfice des dispositions d'ordre public de l'article L 312-10 du Code de la consommation n'est pas possible »*. V. aussi Civ. 1^{ère} 16 mars 1994, Bull. Civ. I n°100 ; Civ. 1^{ère} 17 mars 1993, Bull. Civ. I n°116 ; Civ. 1^{ère} 3 mars 1993, Bull. Civ. I n°95.

¹⁶⁰ Civ. 1^{ère}, 17 mars 1998, Bull. Civ. I n°120, JCP 1998 éd. G II 10148 note Pielieuvre S.

De manière plus générale sur la renonciation, V. Civ. 3^{ème}, 27 octobre 1975, Bull. Civ. III n°310 ; Civ. 3^{ème} 29 octobre 1970, Bull. Civ. III n°553.

Néanmoins, cet arrêt ne permet pas réellement d'y voir un infléchissement certain de la position de la Cour de cassation. La solution précitée semble davantage s'expliquer par les faits de l'espèce et de la volonté de sanctionner le comportement particulièrement malhonnête des consommateurs. Ces derniers souhaitaient en effet, profiter des dispositions du Code de la consommation pour anéantir une opération de construction d'une maison individuelle débutée alors même que leur banque leur avait refusé tout octroi de prêt. Ils souhaitaient bénéficier de la protection prévue par l'article L 312-16 du Code précité, toutefois leur comportement a été interprété par les juges comme une renonciation à se prévaloir du bénéfice de la condition suspensive.

85. En conséquence, toute la difficulté consiste à savoir quelle position adopter face à une clause de médiation insérée dans un contrat de consommation. Doit-on, par principe, retenir que le consommateur ne peut disposer de ses droits ou au contraire peut-il, dans certaines circonstances, disposer de ses droits acquis ?

Au regard de l'évolution de la jurisprudence et du souhait d'interdire le plus fréquemment toute possibilité de disposer de droits protégés par l'ordre public de protection, il semble que cela constitue un frein certain à l'insertion d'une clause de médiation. Le souci de sauvegarder les droits du consommateur oblige ainsi à ne pas lui permettre d'user, en toute circonstance, de cette technique de règlement des conflits.

Il ne semble pas qu'à l'heure actuelle, la Cour de cassation ait choisi de revenir sur cette position restrictive, et en ce sens l'arrêt du 17 mars 1998 reste un arrêt davantage d'espèce où l'acte de renonciation a vraisemblablement été utilisé pour sanctionner la mauvaise foi des consommateurs. Les dispositions d'ordre public ne doivent effectivement pas devenir un moyen de se soustraire à ses propres engagements ou de pallier à ses incompétences.

Dès lors, il apparaît que le consommateur ne dispose pas d'une capacité suffisante pour disposer de droits substantiels protégés par l'ordre public de protection et ne pourrait donc pas aménager les modalités d'exercice de son droit d'action en vue de le neutraliser temporairement. L'obligation de ne pas agir en justice serait ainsi illicite et empêcherait corrélativement l'insertion d'une clause de médiation.

2. La licéité de la clause de médiation sur le terrain des clauses abusives.

86. La forte suspicion d'illicéité de la clause de médiation dans le contrat de consommation crée ainsi un paradoxe, car les pouvoirs publics promeuvent les modes alternatifs de règlement des conflits.

Pour autant, il apparaît que ni les pouvoirs publics ni la jurisprudence n'aient analysé la licéité contractuelle de la clause de médiation en appréciant la disponibilité du droit d'action au travers du droit substantiel dont elle est le support.

Le débat sur la licéité de la clause de médiation s'est au contraire placé sur le terrain des clauses abusives. L'analyse s'est essentiellement focalisée sur la conséquence processuelle de la suspension du droit d'action à savoir la restriction apportée au droit d'accès au juge pour le consommateur. Dès lors, la référence à la législation sur les clauses abusives peut paraître surprenante, car la clause de médiation ne fait qu'organiser les modalités de résolution du conflit et en ce sens elle ne peut engendrer de déséquilibre significatif entre les parties, faute de toucher le fond du droit¹⁶¹. La question de l'atteinte au droit d'accès au juge constitue une autre problématique ayant trait à la licéité processuelle de la clause de médiation¹⁶².

87. Une loi du 28 janvier 2005 et un arrêt de la Première Chambre civile du 1^{er} février 2005 ont effectivement raisonné sur le terrain des clauses abusives en apportant certains éclaircissements sur la validité d'une clause de médiation dans un contrat de consommation.

Le caractère spécial et dérogatoire du droit de la consommation explique sans doute cette entorse à la spécificité de la clause de médiation, dont la source est conventionnelle et les effets processuels, impliquant normalement une étude de sa licéité tant au regard du droit des contrats sur la libre disponibilité de l'action en justice, que du droit processuel sur la restriction apportée au droit d'accès au juge. Ce n'est pas toutefois pas la méthode suivie par le législateur et la Cour de cassation.

¹⁶¹ En ce sens Clay Th., note sous CA Paris, 24 octobre 2005, D 2006 p 697, spé p 699, n°7.

¹⁶² *Infra* n°92 s.

88. Le législateur dans la loi du 28 janvier 2005, a effectué un ajout au point *q* de l'annexe de l'article L 132-1 du Code de la consommation. Il retient que sont susceptibles d'être abusives, les clauses visant à supprimer ou entraver l'exercice d'actions en justice ou voies de recours par le consommateur en l'obligeant : « à *passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges*¹⁶³ ». Même s'il ne s'agit que d'une liste grise¹⁶⁴, laissant au juge tout pouvoir d'appréciation, la prescription du législateur n'en est pas moins révélatrice du souci de préserver le droit d'action du consommateur.

La première chambre civile dans son arrêt du 1^{er} février 2005 retient qu'une clause de conciliation¹⁶⁵ s'appliquant dans les relations entre la société de syndic et les syndicats de copropriétaires, mais aussi à l'égard de l'ensemble des copropriétaires pris individuellement est « *exempte d'un quelconque déséquilibre significatif au détriment du consommateur [et] ne revêt pas un caractère abusif*¹⁶⁶ ».

¹⁶³ Article 6 de la loi n°2005-67 du 28 janvier 2005 tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur.

¹⁶⁴ Calais-Auloy J., Steinmetz F., *Droit de la consommation*, Dalloz, 9^{ème} éd., 2006, p 214, n°184.

¹⁶⁵ La clause de conciliation était rédigée comme suit : « *en cas de litige pour l'exécution du présent contrat, les parties s'efforcent de trouver une solution amiable. A ce titre, le syndic accepte l'intervention d'associations usagers et des syndicats professionnels, par l'intermédiaire d'une commission de conciliation. Il en est de même pour les litiges qui viennent à naître entre le syndic et un ou plusieurs copropriétaires. Toutefois, l'avis du conseil syndical sera requis pour cette commission de conciliation ; ladite commission n'émet qu'un avis qui peut ne pas satisfaire l'une ou l'autre des parties* ».

¹⁶⁶ Civ. 1^{ère}, février 2005, D 2005 p 565 obs. Avena-Robardet V., RDC 2005 p 718 obs. Fenouillet D. et p 1141 obs. Lagarde X., RTD Civ. 2005 p 395 obs. Mestre J. et Fages B., JCP éd. E 2005 p 1333 note Sauphanor-Brouillaud N. ; Voir aussi Civ. 2^{ème}, 18 novembre 2004, Pourvoi n°03-12903 (inédit).

89. Les positions du législateur et de la Cour de cassation semblent en réalité se compléter, dans le sens où elles ne visent pas les mêmes hypothèses.

La loi du 28 janvier 2005 se borne à indiquer qu'une clause imposant exclusivement le règlement par un mode alternatif de résolution des conflits, pourrait être considérée comme abusive. Le législateur souhaite que les juges déclarent abusives toute clause qui aurait pour objet de supprimer le droit d'accès à la justice et donc d'obliger le consommateur à ne passer que par un règlement amiable.

A l'inverse, la Cour de cassation retient qu'à partir du moment où la suspension du droit d'agir n'est que temporaire, il n'y a aucun déséquilibre significatif, la clause est valable au regard de l'article L 132-1 du code précité. « *La loi désigne comme suspectes les clauses qui font obstacle à toute saisine ultérieure d'une juridiction étatique en contraignant le consommateur à s'en remettre de façon exclusive à un mode alternatif de règlement des litiges*¹⁶⁷ », mais en revanche, la clause demeure valable, dès l'instant où la liberté d'agir et d'accéder à la justice est préservée par le caractère temporaire de la suspension. La solution de la Cour de cassation se justifie aussi par le caractère équilibré de ladite clause, puisqu'elle plaçait chacune des parties sur un pied d'égalité en imposant une composition paritaire de la commission de conciliation favorisant ainsi son indépendance.

90. L'insertion d'une clause de médiation dans un contrat de consommation engendre donc un certain nombre d'interrogations. Il est effectivement difficile d'affirmer ou d'infirmer la licéité d'une telle clause. En effet, les parties contractantes doivent au préalable vérifier la libre disponibilité des droits substantiels dont l'action en justice est le support. Leur indisponibilité entraînera corrélativement une impossibilité à suspendre conventionnellement leur droit d'action respectif. L'ordre public de protection organise ainsi une limitation de la liberté contractuelle du consommateur.

¹⁶⁷ Pelletier C., *Les clauses de conciliation et de médiation dans les contrats de consommation*, JPC éd. G 2005 p 493.

Pour autant, le législateur et la Cour de cassation admettent la stipulation d'une clause de médiation dans un contrat de consommation à partir du moment où le consommateur n'est pas définitivement privé de son droit d'ester en justice.

Ce paradoxe réside, en réalité, dans une différence d'appréciation de la licéité de la clause de médiation. Le législateur et la Cour de cassation se sont seulement prononcés sur les conditions requises pour que la clause soit licite d'un point de vue processuel. Le mystère demeure quant aux conditions de la licéité contractuelle de la clause de médiation qui, *a priori*, reste fragile en raison des nombreuses règles impératives venant limiter la libre disponibilité des droits du consommateur.

Une certaine prudence est donc requise à l'égard de la stipulation d'une clause de médiation dans un contrat de consommation.

* *

*

91. L'indisponibilité de la matière litigieuse devra faire l'objet d'une attention toute particulière. L'objet de l'obligation de ne pas agir en justice ne peut être valable qu'à la condition que l'action elle-même soit disponible, c'est-à-dire que chacune des parties contractantes puisse, à son égard, user de sa liberté contractuelle pour en modifier l'exercice normal. Cette disponibilité s'appréciera en fonction de celle des droits substantiels correspondants, en raison du lien très étroit existant entre le droit et l'action en justice. Dans l'éventualité où les droits substantiels seraient indisponibles, l'objet de l'obligation de ne pas agir serait entaché d'illicéité empêchant ainsi la stipulation d'une clause de médiation.

L'insertion d'une clause de médiation impose en premier lieu, d'analyser la licéité contractuelle de l'obligation de ne pas agir en justice. Dans un second temps, il convient toutefois d'apprécier la licéité processuelle de celle-ci. La neutralisation du droit d'action de chacune partie entraîne effectivement une atteinte à leur droit d'accès au juge, dès lors il

importe de vérifier que celle-ci n'est pas intolérable au point d'en interdire la stipulation. L'étude de la licéité processuelle de l'obligation de ne pas agir en justice constitue la seconde étape dans l'analyse de la validité de cette obligation.

Chapitre 2^{ème}

La licéité processuelle de l'obligation de ne pas agir en justice.

92. Le respect et l'effectivité des règles de droit ne sont pleinement assurés que si chaque sujet de droit peut réclamer la protection des droits qui lui appartiennent¹⁶⁸. Or, seul le juge semble susceptible de remplir un tel rôle, il permet la réalisation du Droit lors de son activité juridictionnelle.

En ce sens, il constitue un organe à la fois nécessaire et inhérent à tout Etat de Droit. Des citoyens privés d'un accès au juge ne disposeraient alors d'aucune possibilité pour faire sanctionner leurs droits. *«Le droit et la loi n'acquièrent leurs véritables significations et force qu'à l'instant où ils trouvent à leur disposition un juge en vue de leur réalisation. En son absence ils ne resteront que trop souvent lettre morte. Il manque le nécessaire lien entre eux et la vie¹⁶⁹»*. L'accès au juge apparaît ainsi comme un droit appartenant à tous les citoyens¹⁷⁰, dont il convient toutefois d'apprécier la valeur afin d'en délimiter les contours (Section I).

En effet, la Chambre mixte dans son arrêt du 14 février 2003 reconnaît la licéité processuelle de la clause de médiation et confirme plus fondamentalement que cette dernière ne porte pas

¹⁶⁸ Carbonnier J., *Effectivité et ineffectivité de la règle de droit*, in, *Flexible Droit*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001, p 137.

¹⁶⁹ Otto Bähr cité par Milano L., *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Dalloz, Vol. 57, 2006, préface Sudre F., p 68, n°96.

¹⁷⁰ Motulsky H., *Le droit subjectif et l'action en justice*, APD, Tome 9, Sirey, 1964, p 215, spé p 223.

une atteinte intolérable ou excessive au droit d'accès au juge de chacune des parties en dépit de la neutralisation de leur droit d'action respectif. Il importe toutefois de revenir et de détailler les conditions dans lesquelles une telle affirmation peut être tenue pour indiscutable sur le terrain processuel (Section II).

Section I : La valeur du droit d'accès au juge.

93. Droit au juge, droit à un recours juridictionnel, droit à un tribunal, droit d'être entendu, droit d'accès aux tribunaux, au juge, à la justice... Il existe à l'heure actuelle une importante diversité dans l'appréhension de cette notion de l'accès à la justice¹⁷¹, en raison sans doute d'une certaine difficulté à connaître les contours de cette notion.

Chaque sujet de droit doit, en effet, pouvoir accéder librement au juge, car « *on ne saurait concevoir un Etat de droit sans existence d'une protection juridictionnelle des droits*¹⁷² ». Cette liberté devrait être considérée comme la caractéristique de toute société fondée sur le respect de la règle de droit. La prééminence du Droit ne se conçoit guère sans la possibilité d'accéder aux tribunaux. A quoi sert-il de disposer de droits, si on ne peut les faire respecter et sanctionner autrement que par le recours à la justice privée¹⁷³ ?

Une telle situation ne pourrait être tolérée dans un Etat de droit. La justice est une fonction régaliennne, dès lors il appartient à l'Etat d'en garantir le fonctionnement et de permettre l'effectivité des droits de chacun des membres de la société. Mme Frison-Roche et M. Coulon ne disent pas autre chose : « *[l'accès à la justice] est celui qui permet à chacun d'être protégé*

¹⁷¹ Milano L., *Le droit d'accès à un tribunal...*, Thèse précitée, p 37, n°44.

¹⁷² Renoux Th., *Le droit au recours juridictionnel*, JCP éd. G 1993 I 3675.

¹⁷³ Vallimaresco A., *La justice privée en droit moderne*, Thèse Paris 1926.

*par le droit. Il est la prérogative matrice de tous les droits, puisque instrument d'effectivité de ceux-ci. En cela, il est directement l'expression de l'égalité des personnes*¹⁷⁴ ».

94. Motulsky avait clairement mis en valeur la distinction entre l'accès à la justice, le droit d'action et la demande en justice. « (...) *la faculté de saisir un tribunal, de s'adresser à lui, de poursuivre l'affirmation d'une prétention devant lui, ce n'est pas l'action en justice : c'est l'accès aux tribunaux. Celui-ci signifie que l'on est habilité à mettre le mécanisme judiciaire en mouvement : il s'agit d'une liberté générale, offerte à tous ; mais il ne s'agit pas de l'action en justice, qui exige de l'appareil juridictionnel plus que le principe d'une mise en marche*¹⁷⁵ ».

L'auteur fait ainsi de l'accès à la justice une liberté essentielle qui garantit à chaque citoyen l'accès au service public de la justice. Elle apparaît alors comme un « *droit relais*¹⁷⁶ » ; l'accès au juge constitue le maillon indispensable à toute société fondée sur la prééminence du Droit. Cette liberté permet par la suite à chaque citoyen de pouvoir mettre en œuvre son droit d'action par le biais d'une demande en justice afin que le juge dise le bien ou mal fondé de sa prétention. En d'autres termes, la liberté d'accès au juge prend des allures de droit sauvegarde des autres droits ; elle est l'expression de l'égalité des personnes devant l'accès à la justice.

95. La question de la reconnaissance d'un droit d'accès au juge à chaque citoyen apparaissait, selon le doyen Favoreu, comme étant « *évident et [qu'] énoncer cette proposition*

¹⁷⁴ Frison-Roche M.-A. et Coulon J.-M., *Le droit d'accès à la justice, in, Libertés et droits fondamentaux*, sous la direction de Cabrillac R., Frison-Roche M.-A., Revet Th., Dalloz, 12^{ème} éd., 2006, p 423, spé p 430, n°581.

¹⁷⁵ Motulsky H., *Le droit subjectif et l'action en justice, art. préc*, spé p 223.

¹⁷⁶ Milano L., *Le droit à un tribunal...*, Thèse précitée, p 51, n°68.

[pouvait] *même paraître inutile*¹⁷⁷ ». Pourtant, la Cour européenne des droits de l'Homme, la Cour de justice des Communauté européennes (§1) et par la suite le Conseil constitutionnel (§2) ont consacré l'existence et l'importance de cette notion qui, effectivement, est inhérente à notre conception générale du Droit.

§1 : Une reconnaissance internationale du caractère fondamental et universel du droit d'accès au juge.

96. La Cour européenne des droits de l'homme (A) et l'Union européenne (B) ont reconnu le caractère fondamental et universel du droit d'accès au juge comme constituant un élément essentiel à tout Etat fondé sur la prééminence du Droit.

A. La position de la Cour européenne des droits de l'homme.

97. La Cour européenne des droits de l'homme a confirmé cette vision du droit d'accès au juge dans son arrêt Golder du 21 février 1975¹⁷⁸. Elle devait résoudre la question de savoir si l'article 6 §1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme (CESDH)¹⁷⁹

¹⁷⁷ Favoreu L., *Du déni de justice en droit public français*, LGDJ, 1964, préface Waline M., p 550.

¹⁷⁸ CEDH, 21 février 1975, *Affaire Golder c/ Royaume-Uni*, Série A n°18 (Site Internet de la Cour européenne des droits de l'Homme). En l'espèce, M. Golder purgeait une peine de prison et fut accusé à tort par un gardien de l'avoir agressé au cours d'une mutinerie. Souhaitant intenter une action en diffamation, M. Golder désire contacter un avocat et en application de la législation anglaise adresse une demande au Ministre de l'Intérieur qui la rejette. S'estimant privé d'un accès au juge, M. Golder saisit la Cour européenne des droits de l'Homme.

¹⁷⁹ « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui*

se limitait à garantir un procès équitable pour une instance en cours, ou si ledit article reconnaissait un véritable droit d'accès aux tribunaux à toute personne souhaitant introduire une contestation relative à ses droits et obligations à caractère civil.

La Cour de Strasbourg énonce que : « le principe selon lequel une contestation civile doit pouvoir être portée devant un juge compte au nombre des principes fondamentaux de droit universellement reconnus ; il en va de même du principe de droit international qui prohibe le déni de justice. (...). L'article 6 §1 garantit à chacun le droit à ce qu'un tribunal connaisse de toute contestation relative à ses droits et obligations de caractère civil. Il consacre de la sorte un droit à un tribunal dont le droit d'accès, à savoir le droit de saisir un tribunal en matière civile, ne constitue qu'un aspect. (...). Le droit d'accès constitue un élément inhérent aux droits qu'énonce l'article 6 §1 ¹⁸⁰».

En ce sens, elle consacre l'idée d'un droit d'accès à la justice, qui est présenté plus simplement comme un droit au juge¹⁸¹, car « Aux yeux de la Cour, on ne comprendrait pas que l'article 6 §1 décrive en détail les garanties de procédure accordées aux parties à une action civile en cours et qu'il ne protège pas d'abord ce qui seul permet d'en bénéficier en réalité : l'accès au juge. Équité, publicité et célérité du procès n'offrent point d'intérêt en l'absence de procès¹⁸² ».

98. Ainsi, l'accès aux tribunaux n'est que l'expression de l'exercice de notre droit d'action. A partir du moment où le sujet de droit décide d'user de ce droit, la Cour européenne rappelle que celui-ci est protégé dans son exercice par un droit d'accès aux tribunaux.

décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. (...) ».

¹⁸⁰ CEDH, 21 février 1975, *Affaire Golder c/ Royaume-Uni*, § 35.

¹⁸¹ Favoreu L., Gaïa P., Ghevontian R., Mélin-Soucramanien F., Pfersmann O., Pini J., Roux A., Scoffoni G., Tremeau J., *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 3^{ème} éd., 2005, p 276, n°368.

¹⁸² CEDH, 21 février 1975, *Affaire Golder c/ Royaume-Uni*, § n°35.

«L'action se trouve donc élevée au rang de garantie fondamentale protégée par la Convention européenne des droits de l'homme, et relève, en conséquence, du contrôle supranational que ces garanties comportent¹⁸³ ».

La Cour de Strasbourg a réitéré à plusieurs reprises cette solution, en rappelant avec force le caractère fondamental et universel du droit d'accès au juge¹⁸⁴. Elle a aussi su le compléter, notamment dans l'arrêt *Airey contre Irlande*¹⁸⁵. «Le droit à un tribunal n'implique pas seulement l'obligation à la charge de l'Etat de s'abstenir d'apporter des entraves à l'accès à un tribunal, mais emporte également des obligations positives à l'effet de faciliter, le cas échéant, l'accès à la justice¹⁸⁶ ».

La Cour de Strasbourg démontre ainsi à travers sa jurisprudence l'importance capitale que revêt le droit d'accès au juge ; elle reconnaît son caractère fondamental, puisqu'il conditionne la sanction des autres droits. L'accès au juge constitue donc « une prérogative matrice de tous les autres droits¹⁸⁷ ».

¹⁸³ Bandrac M., *L'action en justice, droit fondamental*, Mélanges en l'honneur de Roger Perrot, précité, p 1, spé p 12, n°14.

¹⁸⁴ CEDH, 28 mai 1985, *Affaire Ashingdane contre Royaume-Uni*, Série A, n°93 (Site Internet de la Cour européenne des droits de l'Homme) : « Ce 'droit à un tribunal', dont le droit d'accès constitue un aspect, peut être invoqué par quiconque a des raisons sérieuses d'estimer illégale une ingérence dans l'exercice de l'un de ses droits (...) » (§55).

¹⁸⁵ CEDH, 9 octobre 1979, *Affaire Airey contre Irlande*, Série A, n°32 (Site Internet de la Cour européenne des droits de l'Homme) : « l'exécution d'un engagement assumé, en vertu de la Convention appelle parfois des mesures positives de l'Etat ; en pareil cas celui-ci ne saurait se borner à demeurer passif. (...). Or l'obligation d'assurer un droit effectif à la justice se range dans cette catégorie d'engagements » (§25).

¹⁸⁶ Renoux Th., *Le droit au recours juridictionnel*, art. préc, spé p 216, n°10.

¹⁸⁷ Frison-Roche M.-A., Coulon J.-M., *Le droit d'accès à la justice*, art. préc, spé p 430, n°581.

99. La Cour de Strasbourg a par la suite développé autour de l'article 6 §1 une série de principes processuels essentiels ayant vocation à s'appliquer dans toutes les procédures. La jurisprudence de la Cour européenne a ainsi permis de créer un véritable droit au procès équitable applicable dans les différentes procédures juridictionnelles, administratives ou ordinaires, mais qui a aussi vocation, dans certaines hypothèses, à sortir de son lit naturel pour s'appliquer en d'autres circonstances¹⁸⁸.

Sur le plan processuel, l'apport de la Cour de Strasbourg est indéniable, puisqu'elle a permis de mettre en avant plusieurs principes permettant de garantir aux justiciables un accès au juge et un procès équitable¹⁸⁹. Elle a ainsi consacré le droit à une durée raisonnable de la procédure¹⁹⁰, le droit à un tribunal indépendant et impartial¹⁹¹, le principe d'égalité des

¹⁸⁸ Sur cette question V., Debet A., *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Dalloz, Vol. 15, 2002, préface Leveneur L.

¹⁸⁹ CEDH, 30 juin 1959, *Annuaire CEDH*, Tome 2, p 371 : « le droit à un procès équitable implique que toute partie à un procès doit avoir une possibilité raisonnable d'exposer sa cause au tribunal dans des conditions qui ne la désavantagent pas d'une manière appréciable par la partie adverse, ce qui suppose que la procédure permette un débat effectivement contradictoire ».

Pour une analyse comparative de la notion de procès équitable, V. notamment Zoller E., *Procès équitable et due process of law*, D 2007 p 517.

¹⁹⁰ V. notamment, CEDH, 16 avril 2002, *Affaire Seguin c/ France*, D 2002 Somm. p 2573 obs. Fricero N. ; CEDH, 20 février 1991, *Affaire Vernillo c/ France*, série A, n°198 (Site Internet de la Cour européenne des droits de l'homme) ; CEDH, 10 juillet 1984, *Affaire Guincho c/ Portugal*, série A, 81 (Site Internet de la Cour européenne des droits de l'homme). V. aussi Cholet D., *La célérité en droit processuel*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 466, 2006, préface Guidicelli-Delage G.

¹⁹¹ Pour une présentation de la jurisprudence européenne V. *infra* n°344 s. & 355 s.

armes¹⁹², le droit à la publicité des débats¹⁹³... Ces principes offrent ainsi aux justiciables une véritable reconnaissance de leur droit d'accès au juge et la perspective d'une amélioration constante de son effectivité.

B. La position de l'Union européenne.

100. C'est à l'occasion de l'affaire¹⁹⁴ *Johnston* relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les femmes et les hommes que la Cour de justice des Communautés européennes est allée dans le sens d'une reconnaissance du droit d'accès au juge.

Dans cet arrêt en date du 15 mai 1986, la Cour, à partir des traditions constitutionnelles des Etats appartenant à la Communauté européenne, a reconnu l'existence d'un droit au recours juridictionnel comme partie intégrante des principes généraux du droit communautaire.

La Cour de justice des Communautés européennes limite cependant au seul droit communautaire l'étendue de sa reconnaissance du droit au recours juridictionnel¹⁹⁵. Cette

¹⁹² Affirmé pour la première fois dans un avis de la Commission européenne des droits de l'homme du 16 juillet 1968, *Affaire Struppat c/ RFA*, Annuaire CEDH, Tome 11, p 400. Plus récemment V. CEDH, 23 octobre 1996, *Affaire Ankerl c/ Suisse*, JCP éd. G 1997 I 4000 n°1 obs. Sudre F. ; CEDH, 27 octobre 1993, *Affaire Dombo Beheer B.V. c/ Pays-Bas*, série A, n°274 (Site Internet de la Cour européenne des droits de l'homme).

¹⁹³ CEDH, 24 novembre 1997, *Affaire Werner c/ Autriche*, JCP éd. G 1998 I 107 n°27 obs. Sudre F. ; CEDH, 22 février 1984, *Affaire Sutter c/ Suisse*, série A, n°74 ; CEDH, 8 décembre 1983, *Axen c/ Allemagne*, série A, n°72 (Site Internet de la Cour européenne des droits de l'homme).

¹⁹⁴ CJCE, 15 mai 1986 *Johnston c/ Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, *Affaire* 222/84, Rec. CJCE p 1651.

¹⁹⁵ CJCE, 15 novembre 1987, *UNECTEF c/ Heylens*, *Affaire* 222/86, Rec. CJCE p 4097.

position se justifie sans doute par une volonté de ne pas interférer dans les différents ordres juridiques européens et nationaux qui l'ont eux aussi reconnu comme étant un élément constitutif de l'Etat de droit.

101. Plus récemment, les Conseils européens de Cologne (juin 1999) et de Tampere (décembre 1999) ont abouti à une décision unique dans l'histoire de l'Union Européenne, puisqu'il a été décidé d'élaborer une « Convention » ayant pour objet les droits fondamentaux afin d'offrir aux citoyens de l'Union européenne une meilleure visibilité. Les travaux portant sur cette « Convention » ont abouti à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne proclamée par le Conseil européen de Nice le 7 décembre 2000¹⁹⁶.

La Charte s'articule autour de six chapitres : dignité, libertés, égalité, solidarité, citoyenneté et justice. Au sein de ce dernier chapitre concernant la justice, la charte précise en son article II-107 que : « *toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article (...)* ». L'Union européenne garantit ainsi le droit à un recours effectif devant un tribunal impartial ; le droit d'accès au juge est, une nouvelle fois, consacré et pleinement reconnu.

En dépit d'une valeur juridique limitée au symbole en raison de l'arrêt du processus de ratification du Traité sur l'Union européenne, la Charte des droits fondamentaux ne reste pas lettre morte, puisqu'elle constitue une source d'inspiration pour la justice communautaire¹⁹⁷.

¹⁹⁶ JOCE n°C 364, 18 décembre 2000.

¹⁹⁷ TPICE, 3 mai 2002, *Affaire Jégo-Quéré*, T-177/01, Rec. II-2365. Le Tribunal de première instance avait directement fondé sa décision sur les dispositions de la Charte des droits fondamentaux.

Cette décision audacieuse n'a pas été suivie par la CJCE qui a effectué un rappel à l'ordre quant à la valeur juridique de ladite Charte (CJCE 22 juillet 2002, *Affaire UPA*, C-50/00, Rec. CJCE I p 6677).

La reconnaissance du droit d'accès au juge ne fait donc guère de doute sur le plan international¹⁹⁸ tant au niveau de la Cour européenne des droits de l'homme que de l'Union européenne. A l'inverse, la reconnaissance interne et tout particulièrement constitutionnelle, a été plus longue.

§2 : La reconnaissance constitutionnelle du caractère fondamental et universel du droit d'accès au juge.

102. Le caractère fondamental et universel du droit d'accès à la justice a toutefois reçu, en droit français, une consécration plus lente. Il n'existe aucun texte en droit positif en ce sens. Le projet de Constitution du 19 avril 1946, rejeté par référendum, avait pourtant, en son article 11, souligné « *la fonction sociale du droit d'agir en justice*¹⁹⁹ ». Cet article énonçait que « *la loi assure à tous les hommes le droit de se faire rendre justice et l'insuffisance des ressources ne saurait y faire obstacle* ».

Il est étonnant que cette consécration fût aussi lente, car « *l'effectivité de l'Etat de droit appelle le droit au juge, à défaut duquel la garantie des droits ne serait plus assurée*²⁰⁰ ».

¹⁹⁸ D'autres instruments internationaux peuvent aussi être cités comme la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 (article 8) et Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (article 2 et 14) qui proclament que tout personne a droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus.

¹⁹⁹ Renoux Th., *Le droit au recours juridictionnel*, art. préc, spé p 211, n°1.

²⁰⁰ Hotte S., note sous Civ. 1^{ère}, 1^{er} février 2005, D 2005 p 2727, spé p 2731.

103. Pourtant, les fondements ne manquaient pas. L'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 énonce que : « *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* ». La Constitution du 4 octobre 1958 en son article 66 érige l'autorité judiciaire en gardienne de la liberté individuelle²⁰¹. L'article 4 du Code civil prohibant le déni de justice qui selon le doyen Favoreu constitue un « *manquement de l'Etat à son devoir de protection juridictionnelle de l'individu*²⁰² ». Enfin, l'abolition de la mort civile par la loi du 31 mai 1854, permet à toute personne, même déchue de ses droits, d'ester librement en justice par elle-même ou par son représentant légal²⁰³.

La doctrine, elle-même, appelait de ses vœux une telle consécration. M. R. Chapus montra qu'il était justifié « *de fonder ce que le Conseil constitutionnel appelle le libre exercice du droit d'agir en justice sur la disposition générale de l'article 16 de la Déclaration*²⁰⁴ ».

104. Face à ce manque d'assise constitutionnelle du droit d'accès au juge, la doctrine proposa le syllogisme suivant : « *premièrement, la garantie des droits et libertés est un principe à valeur constitutionnelle ; or, deuxièmement, sans droit au juge dans une société de droit, la garantie des droits et libertés n'est point assurée ; donc, troisièmement, toute loi qui*

²⁰¹ « *L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi* » (alinéa 2^{ème}).

²⁰² Favoreu L., *Le déni de justice en droit public français*, LGDJ, 1964, préface Waline M., p 560 ; du même auteur, *Résurgence de la notion de déni de justice et au droit au juge*, Mélanges offerts à Jean Waline, Dalloz, 2002, p 513.

²⁰³ Bandrac M., Mélanges en l'honneur de Roger Perrot, *précité*, spé p 6, n°7.

²⁰⁴ Chapus R., *Les fondements de l'organisation de l'Etat définis par la Déclaration de 1789 et leurs prolongements dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat*, in, Colloque des 25 et 26 mai 1989, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Puf, 1989, p 181, spé p 203.

*porterait atteinte au droit de toute personne à un juge serait non conforme au principe constitutionnel de garantie des droits*²⁰⁵ ».

Après quelques hésitations²⁰⁶, le droit d'accès au juge est consacré par le Conseil constitutionnel dans une décision du 9 avril 1996. Le Conseil retient qu' « *il résulte de l'article 16 de la DDHC qu'en principe il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction* ».

Le Conseil maintiendra cette position dans ses décisions postérieures, notamment celle relative à la loi instaurant la couverture universelle du risque maladie²⁰⁷ puis dans une décision en date du 19 décembre 2000. Le Conseil énonce désormais que « [les dispositions contestées] *ne méconnaissent pas le droit à un recours effectif qui découle de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*²⁰⁸ ».

105. La portée absolue et universelle du droit d'accès au juge permet ainsi de garantir aux justiciables un égal accès à la justice. Les pouvoirs publics se sont, en ce sens, toujours efforcés de favoriser l'effectivité de ce droit²⁰⁹.

²⁰⁵ Terneyre P., *Le droit constitutionnel au juge*, PA 1991 n°145, p 4, spé p 6.

²⁰⁶ V. notamment, Conseil constitutionnel 21 janvier 1994, décision n°93-335 ; Conseil constitutionnel 13 août 1993, décision n°93-325.

²⁰⁷ Conseil Constitutionnel, 23 juillet 1999, décision n°99-416.

²⁰⁸ Conseil Constitutionnel, 19 décembre 2000, décision n°2000-437, §44.

²⁰⁹ La récente réforme de l'assurance relative à la protection juridique (loi n°2007-210 du 19 février 2007) constitue aussi un exemple du souci des pouvoirs publics de favoriser l'accès au juge et notamment pour les classes moyennes par le biais de l'assurance en encadrant davantage la relation contractuelle.

En effet, la Justice est une fonction régaliennne de l'Etat, dès lors les pouvoirs publics doivent être en mesure de garantir la continuité du service public de la Justice en assurant son accès en tout lieu et à tout moment.

En outre, l'Etat doit aussi protéger l'égalité des justiciables devant le service public de la Justice. De cette nécessaire égalité ressort deux principes à savoir que tous les justiciables, peu important leurs ressources²¹⁰, doivent pouvoir accéder au juge et qu'ils aient tous droit à la même justice, aux mêmes juges et aux mêmes règles.

La volonté de favoriser l'accès au juge s'illustre aussi par la création récente des juges de proximité²¹¹. L'introduction de cette nouvelle juridiction met en avant le souci de réconcilier le juge et le justiciable et de créer un véritable rapport de proximité pour donner l'image d'une Justice plus accessible et moins solennelle²¹².

106. La reconnaissance et la protection constitutionnelle du droit d'accès au juge amène ainsi à douter de la possibilité d'admettre l'existence des modes alternatifs de règlement des conflits en raison de l'empêchement qu'ils créent d'accéder au juge.

²¹⁰ V. CEDH, 9 octobre 1979, *Affaire Airey contre Irlande*, série A, n°32 (Site Internet de la Cour européenne des droits de l'homme) : « *L'accès au tribunal ne doit pas se heurter à des obstacles démesurés, fussent-ils de fait comme, par exemple, des obstacles financiers* ».

V. les dispositions de la loi n°91-647 du 10 juillet 1991, complétée par la loi n°98-1163 du 18 décembre 1998 relative à l'accès au droit et à la résolution amiable des litiges.

²¹¹ V. articles L 231-1 et suivants du Code de l'organisation judiciaire.

²¹² Garapon A., *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Editions Odile Jacob, 2001, préface Carbonnier J. L'auteur décrit, avec beaucoup de réalisme, le rituel judiciaire et insiste notamment sur la distance qui se crée entre les magistrats et le justiciable ; cette distance favorisant une crainte presque révérencielle de ce dernier à l'égard de la justice.

Pourtant, les pouvoirs publics favorisent incontestablement le développement de ces techniques et la pratique contractuelle atteste d'une utilisation importante des clauses compromissaires, de conciliation et de médiation, d'expertise, d'arrangement amiable...

Dès lors, on peut s'interroger sur les raisons qui peuvent justifier l'existence de telles stipulations face au caractère fondamental du droit d'accès au juge. Comment l'obligation de ne pas agir en justice de la clause de médiation peut-elle être déclarée licite sur le plan processuel en dépit de l'atteinte qu'elle porte à ce droit ?

Section II : L'atteinte justifiée au droit d'accès au juge.

107. Le caractère fondamental et universel du droit d'accès au juge laisse présager d'une certaine difficulté à découvrir des critères suffisamment pertinents pour admettre la pleine licéité processuelle de l'obligation de ne pas agir en justice. La nature et la structure de l'obligation de ne pas agir en justice (§1) permettent cependant de déterminer les critères nécessaires à sa licéité processuelle (§2).

§1 : La recherche des critères de licéité de l'obligation de ne pas agir en justice.

108. Dans le cadre de l'obligation de ne pas agir en justice, les parties ont souhaité suspendre jusqu'au terme du processus de médiation, leur droit d'action respectif. Elles ont donc clairement mis en concurrence leur liberté contractuelle avec leur liberté d'agir en justice et d'accès au juge. La limitation conventionnelle apportée au droit d'accès au juge par chacune des parties amène toutefois à s'interroger sur la licéité processuelle de cette obligation en raison de cet effet processuel. La Chambre mixte, dans son arrêt du 14 février 2003, a reconnu la licéité de la clause de médiation, sans toutefois dévoiler les critères soutenant sa motivation.

L'obligation de ne pas agir en justice fait étrangement écho à l'obligation de ne pas faire, puisque toutes deux visent à limiter conventionnellement l'exercice d'une liberté ou d'un droit à l'égard du débiteur. Dès lors, l'appréciation de la licéité processuelle de l'obligation de

ne pas agir en justice pourrait s'appuyer sur les conditions de licéité propres aux obligations de ne pas faire.

109. L'obligation de ne pas faire vient prémunir le créancier contre un risque qui dans le futur pourrait se réaliser en raison de l'activité de son débiteur. Par l'abstention, le débiteur voit ainsi sa liberté individuelle restreinte sous certaines conditions.

La pratique contractuelle atteste de la vigueur et de l'utilité d'une telle obligation ; elle se rencontre dans la plupart des branches du droit privé²¹³. Les plus usitées sont les clauses de non-concurrence, d'exclusivité, d'habitation bourgeoise, d'inaliénabilité, de viduité, de non-divorce...

110. En acceptant par exemple la stipulation d'une clause de non-concurrence, le débiteur s'engage à ne pas retravailler dans tel secteur d'activité, sur un territoire et pour un temps donnés. Il aliène ainsi en partie sa liberté de travailler, voire sa liberté d'entreprendre. Son

²¹³ Sur cette question, V. notamment Taxil J., *La singularité de l'obligation de ne pas faire*, Thèse Aix-en-Provence 2003 ; Gerard S., *Les obligations contractuelles de ne pas faire*, Thèse Nancy 2000.

Mousseron J.-M., *Technique contractuelle*, Editions Francis Lefebvre, 2^{ème} éd., 1999, p 432, n°1141 : «*La catégorie juridique des obligations négatives ou obligations de ne pas faire reconnue par l'article 1142 a une place traditionnelle dans la classification des obligations positives ou obligations de faire. Vue l'attention modeste qui lui est portée, on se demande presque s'il ne s'agit pas d'une distinction en trompe l'œil. L'intérêt pratique de la clause de non-concurrence, exemple automatique de tous les bons manuels, suffirait à lui seul, à écarter la critique d'autant qu'elle attire l'attention sur des dispositifs voisins comme les obligations découlant d'une clause d'exclusivité, de grande importance juridique également* ».

engagement consiste en une abstention pour prévenir tout risque de dommage concurrentiel pour son ancien employeur, car il a pu avoir accès à un certain nombre d'informations stratégiques, de techniques de fabrication ou de production durant sa relation contractuelle de travail.

C'est précisément sur cette idée d'aliénation de sa liberté individuelle que la singularité de l'obligation de ne pas faire prend toute son importance. Lorsque l'on contracte un engagement, il est évident que l'on altère une part de sa liberté. On s'engage à une prestation positive dans le cadre d'une obligation de faire ou à transférer un bien pour une obligation de donner. L'altération de la liberté du débiteur n'est, dans ces deux obligations, qu'une conséquence inéluctable de leur engagement, elle vient le sécuriser. Les parties se sont avant tout engagées à l'accomplissement d'un fait positif. A l'inverse, l'obligation de ne pas faire a pour objet même une limitation de la liberté du débiteur. « *Quand il accepte le principe de l'obligation contractuelle de ne pas faire, le débiteur choisit à titre principal l'inaction, une diminution de sa liberté. Cette limitation est ce vers quoi sa volonté tend directement. Elle est l'objet de l'obligation*²¹⁴ ».

111. Il ne serait effectivement pas acceptable qu'une telle obligation anéantisse toute possibilité de retravailler pour l'ancien salarié. Dès lors, la clause de non-concurrence, pour être licite, doit être justifiée par un intérêt légitime. L'employeur, craignant un risque de dommage, doit s'assurer contre la réalité d'une telle possibilité. En effet, un technicien de surface peut-il réellement concurrencer son ancien employeur en reprenant un poste identique ? A l'inverse, le départ d'un cadre supérieur peut faire craindre la matérialisation d'un tel risque.

Les juridictions du fond ont très tôt contrôlé l'existence d'un intérêt légitime, mais elles se sont heurtées à la doctrine de la Cour de cassation pour qui l'employeur est seul juge. C'est notamment dans un arrêt du 13 octobre 1988 qu'elle énonce que « *les juges du fond n'ont pas tiré les conséquences légales de leurs constatations alors qu'ils ne pouvaient substituer leur*

²¹⁴ Gerard S., *Les obligations contractuelles de ne pas faire*, Thèse précitée, p 7, n°5.

*appréciation de l'utilité pour l'employeur de l'obligation imposée au salarié à la force obligatoire de la convention des parties*²¹⁵ ». Ce n'est que quelques années plus tard, que la Haute cour s'est résolue à modifier sa position face à la fronde des juges du fond. Dans un arrêt demeuré célèbre dit du laveur de vitres, la Cour retient « *qu'en raison des fonctions du salarié, la clause de non-concurrence n'était pas indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'employeur, la Cour d'appel a pu décider que l'employeur ne pouvait se prévaloir de cette clause*²¹⁶ ». Il appartient ainsi aux juges du fond de rechercher si l'altération de la liberté du salarié correspond à un besoin impérieux de protection de l'entreprise en raison des fonctions exercées par le salarié.

La Cour de cassation a, depuis, toujours maintenu cette position et cette condition de l'intérêt légitime. Elle a su ajouter à ce critère d'intérêt légitime d'autres éléments nécessaires à sa validité, comme une exigence d'interdiction limitée au niveau temporelle et spatiale, et, plus récemment en obligeant l'employeur à verser une contrepartie financière²¹⁷.

112. En stipulant une clause de médiation, les parties se sont clairement engagées à mettre en œuvre préalablement un processus de médiation lors de la survenance d'un conflit. A partir du moment où les parties rédigent un procès-verbal de conciliation ou de non-conciliation, elles retrouvent respectivement leur liberté d'agir en justice.

²¹⁵ Soc. 13 octobre 1988, Bull. Civ. V n°494, D 1989 p 122 note Serra Y., JCP éd. E 1989 II 271 note Amiel-Donat J.

²¹⁶ Soc. 14 mai 1992, Bull. Civ. V n°309, D 1992 p 350 note Serra Y., JCP éd. E 1992 II 247 note Amiel-Donat J.

²¹⁷ V. notamment, Soc., 10 juillet 2002, Bull. Civ. V n°239, D 2002 p 2491 note Serra Y., D 2004 Somm. p 3111 obs. Péliissier J., JCP 2002 II 10162 note Petit F., RDC 2003 p 17 obs. Rochfeld J., Defrénois 2002 p 1619 note Libchaber R., JCP éd. E 2003 I 130 n°1 obs. Morvan P.

Dès lors, la clause de médiation entraîne seulement une suspension, une neutralisation temporaire du droit d'action. Celui-ci est mis entre parenthèses jusqu'à l'issue favorable ou non du processus de médiation.

A aucun moment, les parties n'ont entendu renoncer définitivement à leur droit d'action par la stipulation d'une clause de médiation. La Chambre mixte dans son arrêt du 14 février 2003 rappelle incidemment que la clause de conciliation institue une procédure de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge. Ainsi par une lecture *a contrario* on comprend que les parties n'ont pas entendu renoncer à saisir le juge, puisque au terme du processus de médiation chacune des parties pourra de nouveau user de son droit d'action.

Dès lors, on comprend que l'obligation de ne pas faire correspond à la volonté exprimée lors de la stipulation de la clause de médiation. Les parties n'ont entendu que restreindre conventionnellement l'exercice de leur droit d'action. Elles ont effectivement mis en concurrence leur liberté contractuelle avec leur liberté d'agir en justice et d'accès au juge.

113. Toute la difficulté consiste donc à déterminer si la première peut apporter une restriction conventionnelle à la seconde et dans quelles conditions.

Le rapprochement logique avec l'obligation de ne pas faire permet d'user des critères précédemment évoqués pour la clause de non-concurrence. Toutefois, la particularité de l'objet de l'obligation de ne pas agir en justice amènera à certaines précisions, puisqu'il s'agit ici d'une licéité processuelle en raison de l'effet de neutralisation de l'action en justice.

La condition de l'intérêt légitime étant commune aux obligations de ne pas faire, ce critère s'impose par son évidence, car il convient de justifier et de démontrer l'existence et la réalité du risque contre lequel le créancier se protège. En outre, le souhait des parties est de donner une chance à la négociation d'une solution amiable et en ce sens elles neutralisent temporairement leur droit d'action et d'accès au juge, dès lors le critère temporel s'avère aussi déterminant.

La réunion de ces critères permettra donc de s'assurer de la pleine licéité processuelle de l'obligation de ne pas agir en justice.

§2 : L'application des critères.

114. Deux critères cumulatifs sont donc nécessaires à la licéité de l'obligation de ne pas agir en justice : la présence d'un intérêt légitime (§1) et d'une limitation temporelle (§2).

A. La présence d'un intérêt légitime.

115. En neutralisant leur droit d'action, les parties portent donc atteinte à leur droit d'accès au juge mais avec pour limite le champ d'application de la clause de médiation. Il existe ainsi une mise en concurrence, du droit d'accès au juge et de la liberté contractuelle des parties à aménager l'étendue de leurs prérogatives.

La Chambre mixte, dans son arrêt du 14 février 2003, a reconnu la pleine licéité d'une telle clause²¹⁸ et a admis en conséquence que des justiciables puissent porter mutuellement atteinte à leur droit d'accès au juge dans un souci de recherche préalable d'une solution consentie à leur différend.

116. L'intérêt légitime qui justifie cette licéité résiderait dans cette volonté de trouver une solution amiable au conflit qui oppose les parties contractantes. « *Les parties ont donc la liberté de rechercher conventionnellement une solution à leurs litiges par le biais des modes alternatifs, et ce, d'autant plus que dans la majorité des cas – sinon tous - il est possible de reprendre le chemin des juridictions en cas d'échec*²¹⁹ ».

²¹⁸ Ch. Mixte, 14 février 2003, *références précitées* : « (...) que, licite, la clause d'un contrat instituant une procédure de conciliation préalable et obligatoire à la saisine du juge (...) ».

²¹⁹ Jarrosson Ch., *Les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale*, RIDC 1997 p 326, spé p 335, n°27.

Cette préoccupation est à l'heure actuelle devenue prépondérante²²⁰, comme l'y invitait l'ancien Premier Président de la Cour de cassation, Pierre Bellet : « *il faut que le juge aime la justice au point de chercher à rectifier plutôt que trancher, qu'il préfère la balance au glaive*²²¹ ». Il aurait été effectivement étonnant que la Cour de cassation refuse la licéité d'une telle clause alors même qu'un puissant mouvement en faveur des modes alternatifs de règlement des conflits existe en France.

117. Toutefois, la seule référence à la recherche d'un règlement amiable ne peut suffire, il convient de vérifier que celui-ci offre aussi certaines garanties de loyauté dans la recherche d'une issue amiable ; un processus de médiation ne pouvant être une zone de non-droit.

En d'autres termes, l'intérêt légitime n'est présent qu'à la condition aussi que le processus de médiation mis en œuvre garantisse à chacune des parties certains droits élémentaires issus en partie des règles du procès équitable et plus généralement du droit processuel, notamment l'indépendance et l'impartialité du médiateur, le droit à être assisté d'un conseil, l'égalité des armes²²²... On ne peut effectivement accepter une entorse à un droit aussi fondamental que si une certaine loyauté processuelle existe au cours dudit processus.

La particularité de l'objet de l'obligation de ne pas agir en justice démontre que l'analyse de l'intérêt légitime ne peut occulter le droit processuel et plus particulièrement certaines

²²⁰ Pluyette G., *La médiation judiciaire*, Gaz. Pal. 1998 doct. p 702 : « *Depuis des années, interrogés sur le fonctionnement de la justice, les Français portent un jugement sévère, souvent inexact, parfois injuste. Mais il n'en demeure pas moins que la justice est considérée comme trop lente, trop chère, compliquée, trop lointaine, souvent incertaine, si ce n'est partielle. Ce sentiment ne cesse de s'accroître et de s'accréditer dans l'esprit du public* ».

²²¹ Cité par M. Draï P., in, Bourry d'Antin M., Pluyette G., Bensimon S., *Art et techniques de la médiation*, Litec, 2004, préface Draï P., p XII.

²²² *Infra* n°341 s.

garanties inhérentes au procès équitable, qui ont ainsi vocation à s'appliquer en dehors des procédures juridictionnelles.

B. La présence d'une limitation temporelle.

118. L'atteinte portée au droit d'accès au juge se trouve aussi justifiée en raison du caractère temporaire des effets de l'obligation de ne pas agir en justice. En effet, cette dernière se voit imposer une limite temporelle, une solution inverse entraînerait une atteinte intolérable au droit d'accès au juge ; la clause de médiation n'a pas pour but d'enfermer les parties et de leur interdire définitivement toute action en justice. Sa finalité est de laisser une chance à une négociation entre les parties pour espérer aboutir à une issue amiable, la voie contentieuse n'étant que temporairement fermée.

Il ne serait effectivement pas tolérable d'accepter une interdiction d'accès au juge durant toute la vie des parties, comme on ne pourrait valider une clause de non-concurrence interdisant toute activité professionnelle jusqu'au soixante-dixième anniversaire du débiteur.

119. La clause de médiation n'entraîne en effet aucune renonciation au juge ; les parties ont seulement organisé une suspension de leur droit d'action respectif au travers d'une obligation de ne pas faire, dès lors l'atteinte à l'accès au juge n'est que temporaire.

Cela signifie que l'exécution de l'obligation de ne pas agir est soumise à un terme, à savoir la réussite ou l'échec du processus de médiation. En effet, si les parties n'arrivent pas à se concilier, alors l'accès au juge redevient possible, et une action devant une juridiction étatique ou arbitrale pourra alors être mise en oeuvre.

La limitation temporelle de l'objet de l'obligation de ne pas agir le temps de la recherche d'une solution amiable empêche ainsi de porter une atteinte intolérable au droit d'accès au

juge²²³ et favorise inversement la négociation, puisque chacune des parties a l'assurance qu'aucune action contentieuse entrant dans le champ d'application de la clause de médiation, ne pourra être mise en œuvre.

* *

*

120. La reconnaissance de la licéité de la clause de médiation par la Chambre mixte dans son arrêt du 14 février 2003 a permis de vérifier les critères de licéité processuelle au regard de l'atteinte portée au droit d'accès au juge.

Il apparaît que la recherche d'une solution amiable entre des parties en conflit selon un processus organisé et encadré avec une exigence de loyauté va dans le sens d'une première justification de cette licéité. Il importe ensuite que les parties déterminent clairement les hypothèses de conflits pour lesquelles elles souhaitent que la clause de médiation soit mise en œuvre. Le caractère temporaire de la suspension du droit d'action de chacune des parties n'entraîne qu'une atteinte mesurée au droit d'accès achevant ainsi la justification de la solution de cette Chambre mixte.

Conclusion Titre I

²²³ V. notamment Ancel P., Cottin M., note sous Ch. Mixte, 14 février 2003, D 2006 p 1386, spé p 1399 ; Bernheim L. note sous Ch. Mixte, 14 février 2003, PA 12 mars 2003 p 13, spé p 15 ; Cadiet L. note sous Ch. Mixte, 14 février 2003, RDC 2003 p 182, spé p 183.

121. Pour garantir l'exécution de la clause de médiation, les parties se sont engagées à ne pas porter leur différend devant une juridiction étatique ou arbitrale durant le temps de la médiation. L'obligation de ne pas agir en justice a donc une source conventionnelle et un effet processuel : la suspension du droit d'action de chacune des parties. Dès lors, la validité de cette obligation implique d'étudier sa licéité tant sur le plan contractuel qu'au regard des exigences du droit processuel.

La particularité de l'obligation de ne pas agir en justice tient à son objet, puisqu'elle porte sur l'action en justice, droit subjectif processuel. Il est ainsi apparu nécessaire de vérifier dans quelles conditions un tel droit est disponible afin de permettre la conclusion de l'obligation de ne pas agir en justice et s'assurer de sa licéité contractuelle. L'étude de la disponibilité du droit d'action offre ainsi la possibilité de déterminer les domaines dans lesquels la clause de médiation peut s'appliquer et ceux où sa présence sera plus délicate, voire interdite.

Le blocage temporaire du droit d'action de chacune des parties, interdisant le recours au juge, justifie que l'on étudie dans quelles conditions l'obligation peut être licite au regard du droit processuel. La Chambre mixte a certes reconnu la pleine licéité de la clause de médiation, mais sans toutefois expliciter les critères de licéité. En dépit de ce silence, un rapprochement avec les conditions de licéité des obligations de ne pas faire apparaît nécessaire, puisque l'obligation de ne pas agir est une obligation négative. En conséquence, et en prenant en considération la spécificité de l'objet de cette obligation, sa licéité processuelle est subordonnée à la présence d'un intérêt légitime et d'une atteinte temporaire au droit d'accès au juge.

La licéité de l'obligation de ne pas agir en justice reconnue, il appartient aux parties de l'exécuter conformément à leur volonté. Cette exécution présente toutefois certaines particularités en raison de la compénétration des règles de procédure civile et de droit processuel.

Titre II

Les modalités d'exécution de l'obligation de ne pas agir en justice.

122. En créant un préalable obligatoire de médiation, les parties se sont engagées à mettre en place le processus de médiation avant toute saisine du juge étatique ou arbitral dans le but de négocier sous l'égide d'un médiateur une issue amiable à leur conflit.

L'obligation de ne pas agir en justice postule donc une inaction de chacun des débiteurs pour toutes les actions entrant dans l'objet de celle-ci. Il s'agit avant tout d'une situation d'attente au cours de laquelle le contrat initial s'exécute conformément aux prévisions des parties. La survenance d'un conflit entraîne l'application de la clause de médiation. L'obligation de ne pas agir en justice impose alors l'abstention dans le but de permettre la mise en place du processus de médiation puis, la négociation entre les parties avec l'aide du médiateur désigné. Comme toute obligation de ne pas faire, son exécution est dite négative, elle n'engendre donc aucun effet visible.

123. À l'inverse, son inexécution se manifeste clairement par la violation de l'engagement de ne pas agir en justice. L'une des parties va effectivement violer l'effet induit de cette obligation en saisissant le juge étatique ou en demandant la constitution d'un tribunal arbitral. En ne respectant pas son obligation de ne pas agir en justice, cette partie viole la clause de médiation et empêche ainsi la mise en place du processus de médiation. Toute la difficulté consistera à déterminer une sanction adéquate qui parvienne à conserver l'utilité de la stipulation d'une telle clause. Celle-ci repose avant tout sur un esprit de coopération et de loyauté mutuelle, dès lors la sanction choisie pour traiter de l'inexécution de l'obligation de

ne pas agir en justice ne doit pas engendrer une cristallisation des positions de chacun des protagonistes (Chapitre 1^{er}).

124. La situation dans laquelle se trouve chacun des débiteurs au cours de l'exécution de l'obligation de ne pas agir en justice suscite aussi quelques interrogations. En effet, la neutralisation de leur droit d'action respectif rend toute action en justice prématurée, dès lors la question du sort de la prescription des droits de chacune des parties se pose inévitablement. Une telle paralysie peut en effet s'avérer préjudiciable dans certaines situations d'urgence nécessitant des mesures provisoires ou conservatoires.

En outre, la pratique des contrats commerciaux dénote une volonté de retarder le plus possible le recours à la justice étatique, en ce sens il est fréquent d'insérer à la fois une clause de médiation ou de conciliation et une clause compromissoire. Une telle succession de clauses peut toutefois engendrer certaines difficultés inattendues en raison d'un traitement différent dans la sanction de leur inexécution.

L'ensemble de ces interrogations nous amène ainsi à constater que l'exécution de l'obligation de ne pas agir en justice engendre des effets processuels importants, dont l'impact sur la situation de chacune des parties n'est pas à sous-estimer (Chapitre 2^{ème}).

Chapitre 1^{er}

La violation de l'obligation de ne pas agir en justice.

125. La saisine du juge étatique ou arbitral par l'une des parties est constitutive d'une violation de l'obligation de ne pas agir en justice ; cette inexécution doit ainsi pouvoir être sanctionnée afin d'assurer le respect de sa force obligatoire.

La particularité de cette obligation négative tient à sa nature contractuelle mais aussi aux effets processuels qu'elle engendre. Chacune des parties à la clause de médiation s'engage à

ne pas agir en justice pour permettre la négociation d'une solution amiable, rendant ainsi toute action en justice prématurée. Le choix de la sanction retenue pour la violation de cette obligation ne semble pas s'imposer par son évidence, puisqu'il conviendra de ne pas tomber dans l'écueil de l'ineffectivité.

En raison d'une divergence entre les différentes Chambres de la Cour de cassation et d'une doctrine partagée sur le choix de la sanction adéquate, la Chambre mixte dans son arrêt du 14 février 2003 a finalement opté pour la sanction processuelle de la fin de non-recevoir²²⁴ (Section I). Cette décision peut toutefois encourir certains reproches dont il faut prendre conscience et ainsi tenter de pallier à certains de ses inconvénients (Section II).

Section I : Le choix d'une sanction processuelle.

126. La violation de l'obligation de ne pas agir en justice pose un véritable problème quant au choix de la sanction de son inexécution. En effet, la clause de médiation est une stipulation relative au règlement des conflits, dont l'objet est à la fois contractuel et processuel. Seulement et à la différence d'une clause compromissoire, aucune garantie d'aboutissement favorable n'existe ; les parties peuvent se séparer sur un constat d'échec. Retrouvant leur droit d'action, elles pourront alors saisir le juge compétent étatique ou arbitral.

La faiblesse de la clause de médiation provient de cette absence de résultat ; chacune des parties n'est astreinte qu'à une obligation de moyens de négocier les termes d'une solution amiable. Dès lors, si l'une d'elles préfère assigner directement devant le juge, elle démontre que sa volonté de coopérer et de négocier s'est quelque peu évanouie. La question se pose donc de savoir s'il convient de faire preuve de réalisme sur la nature humaine et ainsi ne pas

²²⁴ Ch. Mixte, 14 février 2003, Bull. Civ. n°1, BICC 1^{er} mai 2003 avis Benmakhlouf et rapport Bailly, D 2003 J p1386 note Ancel P. et Cottin M., RTD Civ. 2003 p294 obs. Mestre J. et Fages B., PA 12 mars 2003 p13 note Bernheim L., JCP éd. E 2003 p707 note Croze H. et Gautier D., Rev. Arb. 2003 p 403 note Jarrosson Ch., Defrénois 2003 p1158 note Libchaber R., RDC 2003 p182 et p189 obs. Cadiet L. et Lagarde X.

favoriser l'exécution forcée de la clause de médiation face à une volonté peu encline à la conciliation. L'inclination en faveur d'une telle solution risquerait de ne pas encourager la stipulation future d'une clause de médiation en lui donnant la nature d'une simple déclaration d'intention²²⁵.

127. La Chambre mixte dans son arrêt du 14 février 2003 a fait le choix d'une sanction processuelle confirmant ainsi sa volonté de donner une pleine efficacité processuelle à la clause de médiation. La Cour retient, en effet : *« qu'il résulte des articles 122 et 124 du NCPC que les fins de non-recevoir ne sont pas limitativement énumérées ; que, licite, la clause instituant une procédure de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge, dont la mise en œuvre suspend jusqu'à son issue le cours de la prescription, constitue une fin de non-recevoir qui s'impose au juge si les parties l'invoquent (...)»*²²⁶.

La Chambre mixte, dans cet arrêt, s'est donc clairement prononcée pour la fin de non-recevoir comme sanction de la violation de la clause de médiation et corrélativement de son obligation de ne pas agir en justice (§2). L'inclination en faveur d'une sanction processuelle mérite néanmoins d'être étudiée pour comprendre dans quelle mesure la solution de la Chambre mixte s'imposait (§1), alors même que la clause de médiation est une stipulation contractuelle, invitant ainsi à réfléchir sur l'éventuelle persistance et intérêt à solliciter l'application d'une sanction contractuelle (§3).

§1 : La justification du choix d'une sanction processuelle.

²²⁵ Bailly M., rapport sous arrêt Ch. Mixte, 14 février 2003, BICC 1^{er} mai 2003, spé p 5, n°5.

²²⁶ Ch. Mixte, 14 février 2003, Bull. Civ. n°1, BICC 1^{er} mai 2003 avis Benmakhlouf et rapport Bailly, D 2003 p 1386 note Ancel P. et Cottin M., RTD Civ. 2003 p 294 obs. Mestre J. et Fages B., PA 12 mars 2003 p 13 note Bernheim L., JCP éd. E 2003 p 707 note Croze H. et Gautier D., Rev. Arb. 2003 p 403 note Jarrosson Ch., Defrénois 2003 p 1158 note Libchaber R., RDC 2003 p 182 et p 189 obs. Cadiet L. et Lagarde X.

128. La clause de médiation a incontestablement une source contractuelle, puisqu'elle naît de la rencontre de deux volontés communes. Pour autant, elle développe aussi des effets processuels, puisqu'elle interdit temporairement toute action en justice afin de faciliter la mise en place du processus de médiation pour favoriser le règlement amiable du conflit. Cette dualité est à prendre en considération à partir du moment où l'on étudie les sanctions de la violation de celle-ci et plus particulièrement de l'obligation de ne pas agir en justice.

En effet, cette obligation constitue un engagement pris par chacun des contractants de ne pas agir en justice tant que le préalable de médiation n'aura pas été mis en œuvre et jusqu'à une issue favorable ou non. L'obligation de ne pas agir est ainsi vue comme une obligation de ne pas faire : s'abstenir de toute action en justice. En conséquence, cette obligation engendre des effets processuels, puisqu'elle donne à toute action en justice exercée au mépris de la clause de médiation un caractère prématuré. Elle neutralise donc temporairement le droit d'action, chacune des parties en étant privée.

Cette particularité amène à s'interroger sur la pertinence du choix pour une sanction processuelle opérée par la Chambre mixte dans son arrêt du 14 février 2003. En effet, la clause de médiation est une stipulation contractuelle, dès lors il eut été sans doute légitime de se tourner en premier lieu vers les sanctions contractuelles. Pourtant et malgré une construction jurisprudentielle difficile (B), la Chambre mixte, dans son arrêt précité, n'a fait que réitérer une position antérieurement dégagée à propos des effets processuels de l'obligation de ne pas agir en justice (A).

A. La reconnaissance des effets processuels de l'obligation de ne pas agir en justice.

129. L'affirmation d'une reconnaissance des effets processuels de l'obligation de ne pas agir en justice peut sembler relever du truisme. En effet, cette obligation a pour objet le droit d'action de chacune des parties et pour effet de le neutraliser temporairement jusqu'au terme du processus de médiation.

Il ne fait dès lors, aucun doute que cette obligation modifie la situation processuelle des parties à la clause de médiation, puisqu'elle rend toute action en justice prématurée faite

d'avoir mis en œuvre le processus de médiation et d'être arrivées à la conclusion ou non d'un accord de conciliation.

130. Cette influence de la volonté des parties sur leur situation processuelle respective doit être respectée et protégée, lorsque l'une d'elles viole l'engagement initialement pris. Toute la difficulté consiste alors à déterminer la sanction adéquate et notamment s'il est envisageable de se tourner vers le droit processuel pour régler cette inexécution.

En effet, le réflexe aurait, sans doute, été de rechercher sur le terrain des sanctions contractuelles les moyens pouvant être mis en œuvre pour satisfaire une demande d'exécution en nature. En l'occurrence, la partie défenderesse aurait, en principe, fondé sa demande sur l'article 1142 du Code civil qui, nonobstant sa lettre n'interdit pas l'exécution en nature des obligations de ne pas faire²²⁷. Cette voie semble effectivement envisageable notamment en assortissant la décision d'exécution forcée en nature d'une mesure d'astreinte, pourtant cette solution n'a jamais été retenue par la jurisprudence à l'égard de l'obligation de ne pas agir en justice²²⁸.

²²⁷ Pour un exemple récent, V. Civ. 1^{ère}, 16 janvier 2007, Pourvoi N°06-13983 (à paraître au Bulletin). En l'espèce, un éditeur avait vendu à un confrère le droit d'exploiter un ouvrage dans une collection de poche et s'était engagé à ne pas le commercialiser dans une autre collection. Faute d'avoir respecté son engagement, son partenaire contractuel l'a assigné en sollicitant le retrait des exemplaires litigieux et l'interdiction sous astreinte de la poursuite des actes de commercialisation. La Cour de cassation casse l'arrêt de la Cour d'appel qui avait refusé le prononcé de telles mesures, et rappelle ainsi que seules les obligations de faire ou de ne pas faire ayant un caractère purement personnel sont soumises à l'article 1142 du Code civil. La Cour de cassation retient ainsi que : « *La partie envers laquelle un engagement contractuel n'a point été exécuté a la faculté de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsque celle-ci est possible* ».

²²⁸ Sur cette question des sanctions contractuelles, V. *Infra* n°158 s.

131. La raison de cette exclusion tient sans doute au particularisme de l'objet de l'obligation de ne pas agir en justice. Celle-ci a effectivement pour objet un concept relevant de la procédure civile et des effets processuels, dès lors il apparaîtrait naturel de sanctionner toute violation au regard des dispositions du Nouveau Code de procédure civile.

Cette faveur pour une sanction processuelle découle, en réalité, de la volonté des parties contractantes, qui n'ont eu finalement pour objectif que d'aménager conventionnellement leur droit d'action. Elles ont avant tout voulu régler un problème de procédure et plus spécifiquement d'assurer la recevabilité ou l'irrecevabilité de leur action. Le régime juridique de leur engagement relève donc davantage des règles de procédure civile que de celle du droit des contrats²²⁹.

132. Dans l'hypothèse d'une convention de transfert d'action, les parties n'ont eu comme seule préoccupation que d'organiser la recevabilité de l'action en justice et plus particulièrement d'assurer l'habilitation à agir de la partie bénéficiaire de la transmission.

En conséquence, le traitement de la violation d'une convention de transfert de l'action en justice se résoudra par préférence sur le terrain procédural, car la volonté des parties est en ce sens. Leur convention a un objet processuel et les juges doivent s'attacher à respecter cette volonté d'assurer la recevabilité de la prétention²³⁰.

²²⁹ En ce sens, Cayrol N., *Les actes ayant pour objet l'action en justice*, Economica, 2001, préface Grua F., p 118, n°196 : « *En dépit des apparences et du vocabulaire des parties et des arrêts, ces conventions relèvent davantage de la procédure civile que du droit des contrats. (...) Bref, les juges s'attachent à la volonté des plaideurs, plutôt qu'à la volonté des cocontractants* ».

²³⁰ *Supra* n°44 s.

133. A l'inverse, les parties contractantes peuvent vouloir créer un obstacle temporaire ou définitif à la recevabilité de leur action en justice. Dans ce cas, les parties s'assurent de l'irrecevabilité de leurs prétentions futures ; leur souhait est donc d'interdire tout accès au juge tant que l'obstacle défini est présent. Dès sa disparition, les parties recouvrent leur droit d'action.

En ce sens, un arrêt²³¹ de la Cour de cassation permet d'illustrer cette idée. L'espèce portait sur l'exécution d'un contrat d'études entre deux sociétés qui prévoyait notamment dans l'une de ses stipulations qu' « *en cas de difficultés d'application de ladite convention, les parties s'engageaient avant toute action judiciaire à solliciter l'avis du directeur départemental de la construction* ». Dès lors, la clause avait pour finalité d'interdire toute action en justice ayant trait à ladite convention tant que l'avis du fonctionnaire désigné n'avait pas été requis pour se prononcer sur d'éventuelles difficultés d'application. Les parties organisaient donc un obstacle temporaire à la recevabilité de leur action en justice. Leur volonté consistait ainsi à créer un préalable obligatoire avant toute saisine de la justice étatique ou arbitrale.

La Cour de cassation a cassé et annulé l'arrêt de la Cour d'appel ayant admis la recevabilité de l'action entreprise au mépris de ladite stipulation. La Cour de cassation énonce que : « (...) *constitue une fin de non-recevoir susceptible d'être proposée en tout état de cause le moyen soutenant que l'avis d'un fonctionnaire, qui avait été contractuellement prévu de solliciter avant toute action judiciaire, n'avait pas été demandé* ». La position de la Cour de cassation est donc respectueuse de la volonté des parties de créer un obstacle temporaire à la recevabilité de leur action en justice. Dès lors, et à partir du moment où l'une d'elles demande l'exécution en nature de ladite stipulation, les juges ne peuvent que prononcer une décision d'irrecevabilité de l'action entreprise faute pour le demandeur de réunir les conditions nécessaires à la recevabilité de son action.

²³¹ Civ. 3^{ème}, 5 juillet 1989, Bull. Civ. III n°158 ; V. aussi Civ., 24 octobre 1951, D 1952 p 105 note Besson A., RTD Civ. 1952 p 254 obs. Hébraud P., Raynaud P. Arrêt dans lequel la Cour de cassation a admis qu'une clause contractuelle imposant avant toute action en justice d'organiser une expertise amiable, entraînait le prononcé d'une fin de non-recevoir en cas de violation de ladite clause.

134. Dans le cadre de la clause de médiation, la solution se doit d'être identique, dans l'hypothèse où l'une des parties a violé la clause en assignant directement son partenaire devant le juge et que l'autre partie, devenue défendeur, sollicite l'exécution en nature de la clause.

En effet, les parties ont suspendu la recevabilité de toute action en justice au respect du préliminaire de médiation et ce, jusqu'à son terme. Tant que les parties n'ont pas abouti à un accord de conciliation ou de non-conciliation, leur droit d'action respectif est neutralisé. Dès lors, le juge n'a pas d'autre choix que de rendre une décision d'irrecevabilité, dès l'instant où la partie défenderesse requiert l'exécution en nature de la clause.

Pourtant, et en dépit de solutions précédemment dégagées à propos de la violation de l'obligation de ne pas agir en justice, la jurisprudence relative à la clause de médiation ou de conciliation a connu une évolution difficile en raison de certaines divergences dans la détermination de la sanction de ladite obligation.

B. Une construction jurisprudentielle difficile.

135. Il est fréquent de présenter l'arrêt de la Chambre commerciale du 28 novembre 1995, dit arrêt *Polyclinique des Fleurs*, comme le plus symptomatique quant à la difficulté de trouver une sanction adéquate à la violation de l'obligation de ne pas agir en justice²³².

En l'espèce, des médecins avaient conclu avec la *Polyclinique des Fleurs* (la polyclinique) des conventions ayant pour objet l'exploitation d'un cabinet de radiologie et d'échographie.

²³² Com., 28 novembre 1995, Rev. Arb. 1996 p 613 note Jarrosson Ch. ; pour la petite histoire et après dix années de procédure, les protagonistes, sans doute lassés de ce contentieux, ont finalement transigé, mais en dehors de la mise en œuvre de la clause de conciliation ! Comprenez qui pourra. Voir Jarrosson Ch., note sous Civ. 2^{ème}, 6 juillet 2000, Civ. 1^{ère}, 23 janvier 2001, Civ. 1^{ère}, 6 mars 2001, Rev. Arb. 2001, p 749, spé p 764, n°27.

En cas de différend, les parties avaient prévu une clause de conciliation. Un conflit survint au cours des mois de mai et juin 1990. La polyclinique décide alors d'assigner les médecins, au début de l'année 1991, aux fins de voir prononcer la nullité des conventions conclues.

La Cour d'appel d'Aix-en-Provence déboute les médecins de leur demande en irrecevabilité de l'action de la polyclinique. Les juges retiennent que les médecins auraient implicitement renoncé au bénéfice de la clause de conciliation, et ce, en raison du retard à désigner un conciliateur et de l'échec de leur rapprochement.

La Cour de cassation casse et annule dans toutes ses dispositions l'arrêt de la Cour d'appel, puisque selon elle « *la volonté des médecins de renoncer à la procédure préalable de conciliation ne pouvait pas se déduire du seul fait qu'ils ne l'avaient pas mis en œuvre avant d'être assignés* », et d'ajouter que « *la renonciation à un droit ne résulte que d'actes manifestant sans équivoque la volonté d'y renoncer* ».

À partir de la solution de la Chambre commerciale, deux appréhensions de la sanction de l'obligation de ne pas agir en justice se sont clairement opposées au sein des Chambres de la Cour de cassation.

136. Conformément à la solution dégagée dans l'arrêt *Polyclinique des Fleurs*, la clause de médiation a été vue comme une clause dont l'efficacité repose essentiellement sur la bonne volonté et la coopération de chacun des contractants. Dès lors, la moindre expression de volonté contraire, comme la délivrance d'une assignation, pourrait être facilement perçue comme une manifestation de volonté de renoncer à l'application de ladite clause.

Dans cette hypothèse, le demandeur devrait aussi rapporter la preuve d'une renonciation tacite de son partenaire au bénéfice de la clause de médiation, donc d'une manifestation de volonté non équivoque de sa part à y renoncer²³³. La jurisprudence sur ce point est casuistique et n'admet que restrictivement la renonciation tacite ; il convient de démontrer que le titulaire du

²³³ Civ. 2^{ème}, 20 juin 2002, Bull. Civ. II n°138 : « *La renonciation à un droit ne peut résulter que d'actes manifestant sans équivoque la volonté de renoncer* ».

droit ou de la prérogative adopte un comportement directement contraire au dit droit ou à ladite prérogative. Or, l'organisation d'une défense portant sur l'inexécution de la clause de médiation et de l'obligation de ne pas agir en justice ne va certainement pas dans le sens d'une renonciation à son bénéfice.

137. Dans un autre sens, la question s'est posée de savoir s'il était réellement utile de favoriser l'exécution en nature d'une clause dont la réussite est inhérente au comportement de chacun des protagonistes. La Première Chambre civile de la Cour de cassation est allée en ce sens puisqu'elle a retenu à plusieurs reprises que « *la clause d'un contrat d'exercice professionnel subordonnant une action judiciaire à une conciliation par l'autorité ordinale, qui ne constitue pas une fin de non-recevoir et ne se trouve assortie d'aucune sanction*²³⁴ », ou encore, qu' : « (...) *un préalable de conciliation avant toute procédure ne constituait pas une fin de non-recevoir à l'action en justice, ce qui impliquait que ce préalable n'était pas obligatoire (...)*²³⁵ ».

La Première Chambre civile a, dans ces arrêts, une approche surprenante du traitement de l'inexécution de la clause de conciliation ou de médiation, puisqu'elle dénie à ces clauses toute possibilité d'exécution forcée en nature, alors même que elles ont « *force de loi* » au regard de l'article 1134 alinéa 1^{er} du Code civil. Dans l'hypothèse où les parties n'ont pas conventionnellement prévu le traitement de la violation de ces clauses, ces dernières sont dépourvues de toute sanction et finalement ne lient que les parties qui veulent bien les respecter.

Dès lors, il pourrait paraître légitime de s'interroger sur le point de savoir si la Première Chambre civile ne voit pas dans la clause de conciliation ou de médiation un engagement

²³⁴ Civ. 1^{ère}, 23 janvier 2001, Rev. Arb. 2001 p 749 note Jarrosson Ch., RTD Civ. 2001 p 359 obs. Mestre J. et Fages B. ; V. aussi Civ. 1^{ère}, 6 juin 1990, Pourvoi n°88-15838 (inédit).

²³⁵ Civ. 1^{ère}, 6 mars 2001, Rev. Arb. 2001 p 749 note Jarrosson Ch., RTD Civ. 2001 p 359 obs. Mestre J. et Fages B.

purement potestatif au sens de l'article 1170 du Code précité²³⁶. En effet, les parties sont liées mais la volonté de l'une d'elles l'autoriserait à échapper à l'exécution de son engagement. Or, la clause de conciliation ou de médiation crée des engagements réciproques à l'égard de chacune des parties tant pour l'obligation de ne pas agir en justice que pour l'obligation de négocier.

138. « *Cette solution de la Première Chambre civile est absolument fautive en droit et doit être démentie à la première occasion*²³⁷ ». En effet, la Première Chambre civile ne respecte pas la volonté des parties dans leur souhait d'organiser le traitement de la recevabilité de leurs prétentions. En neutralisant temporairement leur droit d'action, les parties ont clairement manifesté leur volonté de rendre irrecevable toute prétention émise en méconnaissance de cet engagement. Toute l'économie de la clause de médiation repose sur cette combinaison, fragile, d'une neutralisation de leur droit d'action et la recherche d'une issue amiable à leur conflit.

L'arrêt de la Chambre mixte, puis sa confirmation ultérieure²³⁸, a heureusement permis d'affirmer la pleine nature contractuelle des clauses de conciliation et de médiation, mais aussi de consacrer l'existence d'une sanction processuelle en cas de violation de l'obligation de ne pas agir en justice. La Chambre mixte s'est donc prononcée en faveur de la fin de non-recevoir, confirmant ainsi la nature processuelle des effets engendrés par l'obligation de ne pas agir en justice.

²³⁶ Article 1170 du Code civil : « *La condition potestative est celle qui fait dépendre l'exécution de la convention d'un événement qu'il est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher* ».

²³⁷ Jarrosson Ch., note sous Civ. 2^{ème}, 6 juillet 2000, Civ. 1^{ère}, 23 janvier 2001, Civ. 1^{ère}, 6 mars 2001, Rev. Arb. 2001 p 749, spé p 757, n°13.

²³⁸ Civ. 2^{ème}, 21 avril 2005, JCP éd. G 2005 II 10153 note Croze H., Procédures 2005 n°12 Comm. N°267 obs Perrot R. ; Civ. 1^{ère}, 6 mai 2003, RDC 2003 p 182 note Cadet L.

139. Le recours à une sanction processuelle est en conséquence, nécessaire pour assurer l'effectivité de l'obligation de ne pas agir en justice ; elle permet de garantir aux parties que la violation par l'une d'elles de cette obligation, n'aboutira pas au constat d'une inutilité de la clause de médiation faute de sanction adéquate. La sanction processuelle permet ainsi de respecter la volonté exprimée par les parties. La position de la Chambre mixte, dans son arrêt précité, est donc conforme au souhait de ces dernières et leur assure ainsi l'effectivité de leur obligation en reconnaissant son effet processuel de neutralisation temporaire du droit d'action.

§2 : L'admission de la fin de non-recevoir.

140. Le débat s'est donc essentiellement centré autour de la fin de non-recevoir, de l'exception de procédure au travers de l'exception dilatoire et du sursis à statuer. La Chambre mixte dans son arrêt du 14 février 2003 a admis que seule la fin de non-recevoir pouvait efficacement sanctionner la violation de l'obligation de ne pas agir en justice (A). Pourtant, le choix en faveur de l'exception de procédure et du sursis à statuer ne manquait pas de pertinence (B). Certains presque à regret doutent de la justesse de ce choix : *« Il est vrai que la qualification de fin de non-recevoir sanctionnerait plus strictement qu'une exception de procédure, ce type de clause de conciliation préalable, puisque l'action en justice serait irrecevable et non pas paralysée temporairement. Mais est-ce bien raisonnable ? Peut-on vraiment et efficacement forcer les parties à engager une phase de conciliation dans ces conditions, même si elles en avaient, par avance, accepté l'obligation, par contrat²³⁹ ? ».*

²³⁹ Guinchard S., *Mégacode, Nouveau Code de Procédure civile*, Dalloz, 1999, Commentaires sous article 126, p 230 ; V. aussi Block G., *Les fins de non-recevoir en procédure civile*, LGDJ Bruylant, 2002, préface Fricero N., p 338, n°175 s. ; Bénabent A. et Lagarde X., *La fin de non-recevoir tirée d'une clause instituant un préalable obligatoire de conciliation*, BICC 2004 Hors série n°3 p 31 ; Lagarde X., *L'efficacité des clauses de conciliation et de médiation*, Rev. Arb. 2000 p 377 ; Boillot Ch., note sous Civ. 2^{ème}, 22 novembre 2001, JCP éd. G 2002 II 10174.

141. Dans un souci de clarté, il est apparu utile de rappeler que ne peuvent entrer dans le débat sur le choix de la sanction processuelle tant la défense au fond que certaines exceptions de procédure.

La qualification de défense au fond ne peut effectivement convenir, car « *le moyen tiré de la clause de médiation ne tend pas à faire rejeter comme non justifiée sur le fond du droit la prétention de la partie adverse*²⁴⁰ ».

Dans le même sens, la diversité des exceptions de procédure invite à exclure certaines d'entre elles. Selon l'article 73 du NCPC, l'exception de procédure « *constitue tout moyen qui tend soit à faire déclarer la procédure irrégulière ou éteinte, soit à en suspendre le cours* ». On recense les exceptions d'incompétence, de litispendance et de connexité, de nullité et dilatoire²⁴¹. La violation de l'obligation de ne pas agir en justice ne pose pas un problème de compétence entre le juge et le médiateur mais de pouvoir de juger²⁴², il n'y a pas d'effet attributif de compétence au médiateur pour trancher le litige au fond. Quant aux exceptions de nullité, de litispendance et de connexité, leur étude est inenvisageable, puisque la mise en œuvre de la médiation se situe avant l'introduction de toute instance.

A. Les raisons du choix en faveur de la fin de non-recevoir.

²⁴⁰ Cadiet L. note sous Civ. 1^{ère}, 6 mai 2003, RDC 2003 p 182, spé p 187.

²⁴¹ Sur le caractère non limitatif de la liste des exceptions de procédure, Voir Desdevises Y. *Les moyens de défense – Règles générales*, Jurisclasseur Proc. Civ. Fasc. 128, spé n°24 ; Pétel-Teyssié I., *Défenses, Exceptions, Fins de non-recevoir*, Encyclopédie Dalloz Proc. Civ., spé p 5, n°44.

²⁴² En ce sens Ancel P., Cottin M., note sous Ch. Mixte, 14 février 2003, D 2003 p 1386, spé p 1388 ; Libchaber R., note sous Ch. Mixte, 14 février 2003, Defrénois 2003 p 1158, spé p 1160.

142. L'article 122 du NCPC énonce que « *constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, la chose jugée* ». A sa suite, l'article 124 complète cette idée en disposant que « *les fins de non-recevoir doivent être accueillies (...) et alors même que l'irrecevabilité ne résulterait d'aucune disposition expresse* ».

La fin de non-recevoir demande ainsi au juge de ne pas statuer au fond soit parce que la chose a déjà été jugée, soit parce qu'elle n'a pas à être jugée²⁴³ ; elle vient sanctionner le défaut de pouvoir de juger²⁴⁴. En d'autres termes, elles ont pour fonction de réguler le contentieux et d'assurer une sécurité juridique aux défendeurs. On ne peut effectivement admettre qu'une personne puisse voir sa demande en justice jugée recevable, alors qu'elle ne peut agir, faute de pouvoir disposer de son droit d'action en raison de l'autorité de la chose jugée, d'un défaut d'intérêt à agir ou de l'acquisition d'une prescription... « *Les fins de non-recevoir ont pour fonction de rationaliser les questions posées au juge : pour que le juge rende bien la justice et dise correctement le droit, il lui faut donner de bonnes réponses aux questions posées par les parties. (...). Les conditions de recevabilité de l'action en justice que sanctionnent les fins de non-recevoir peuvent toutes se comprendre comme le moyen de rationaliser les questions posées au juge de telle manière qu'il lui soit possible de leur apporter une réponse pertinente. On peut ainsi écarter les questions indiscrètes, les questions prématurées, les questions extravagantes, les questions dérisoires, etc.* ²⁴⁵ ».

143. En conséquence, la liste énoncée dans l'article 122 du NCPC ne pouvait être limitative ; l'emploi du pronom « *tel* » et l'énumération qui le suit, montre clairement une

²⁴³ Cornu G., Foyer J., *Procédure civile*, Puf, 3^{ème} éd., 1996, p 370, n°84.

²⁴⁴ Cadiet L., Jeuland E., *Droit judiciaire privé*, Litec, 5^{ème} éd., 2006, p 71, n°106.

²⁴⁵ Cayrol N., *Les actes ayant pour objet l'action en justice*, Economica, 2001, préface Grua F., p 42, n°63.

volonté de ne pas être exhaustif. La liste donnée n'est qu'une série d'exemples qui ne demande qu'à être complétée par le juge²⁴⁶.

On rencontre ainsi des cas de fins de non-recevoir notamment en droit de la famille²⁴⁷ (divorce, filiation), dans les procédures de surendettement des particuliers²⁴⁸, de la publicité foncière²⁴⁹... La liste donnée par le Nouveau code de Procédure civile n'est donc qu'indicative, toutes les fins de non-recevoir ne sont pas contenues uniquement dans ce code²⁵⁰.

La Chambre mixte dans son arrêt du 14 février 2003 n'a pas manqué de confirmer cette position, puisqu'elle reconnaît que l'expression de la volonté privée peut être à l'origine d'un motif d'irrecevabilité. L'obstacle ne sera cependant que temporaire puisqu'une fois le processus de médiation abouti, chacune des parties pourra de nouveau ester en justice²⁵¹ ; les éléments liés à la décision d'irrecevabilité auront disparu²⁵².

²⁴⁶ Cadiet L., Jeuland E., *Droit judiciaire privé, op. cit.*, p 291, n°478 s. ; Guinchard S., Ferrand F., *Procédure civile*, Dalloz, 28^{ème} éd., 2006, p 207, n°177 s.

²⁴⁷ Civ. 2^{ème}, 25 février 1981, Bull. Civ. II n°42, Gaz. Pal. 1982 p 112 note Massip J., JCP éd. G 1982 II 19737 note Lindon R., RTD Civ. 1981 p 685 obs. Normand J.

²⁴⁸ Civ. 1^{ère}, 31 mars 1992, Bull. Civ. I n°104, D 1993 p 149 note Ancel P., Rondeau-Rivier M.-Cl.

²⁴⁹ Civ. 1^{ère}, 20 octobre 1981, Bull. Civ. I n°301, RTD Civ. 1982 p 437 obs. Giverdon.

²⁵⁰ Civ. 3^{ème}, 29 mai 1991, Bull. Civ. III n°158 : « *qu'en statuant ainsi, alors qu'elle était saisie d'une fin de non-recevoir pouvant être proposée en tout état de cause et devant être prononcée même si l'irrecevabilité ne résulte d'aucune disposition expresse, la Cour d'appel a violé les textes susvisés* ».

²⁵¹ Vizioz H., obs. sous CA Rennes, 31 octobre 1946, RTD Civ. 1947 p 81. L'autorité de la chose jugée attachée à la décision d'irrecevabilité tirée de la violation de l'obligation de ne pas agir en justice n'empêchera pas chacune des parties d'introduire une nouvelle demande,

144. La violation de l'obligation de ne pas agir en justice issue de la clause de médiation est ainsi clairement sanctionnée au moyen d'une technique processuelle. Ayant pour effet de neutraliser le droit d'action de chacune des parties, cette obligation prive le juge de son pouvoir de juger²⁵³. Ce dernier ne peut connaître d'un tel litige, puisque aucune des parties ne dispose de son droit d'action, celui-ci n'étant pas encore né²⁵⁴.

La sanction choisie par cette Chambre mixte est donc pleinement justifiée, car les parties ont décidé de paralyser leur liberté d'agir en justice, elles reconnaissent qu'elles n'ont pas intérêt

puisque des évènements postérieurs sont venus modifier la situation antérieurement reconnue en justice.

²⁵² Civ. 2^{ème}, 21 avril 2005, JCP éd. G 2005 II 10153 note Croze H., Procédures 2005 n°12 Comm. n°267 obs. Perrot R. : *« Ne donne pas de base légale à sa décision une Cour d'appel qui déclare irrecevable une action en justice au motif que l'irrecevabilité de cette action engagée sans mise en œuvre préalable de la procédure de conciliation conventionnelle, était devenue irrévocable, sans rechercher si l'échec de la procédure de conciliation, mise en œuvre postérieurement à l'arrêt constatant l'irrecevabilité, ne constituait pas une circonstance nouvelle privant cet arrêt de l'autorité de la chose jugée à l'égard de la demande dont elle était saisie ».*

²⁵³ Ancel P., Cottin M.-A., note sous Ch. Mixte, 14 février 2003, D 2003 p 1386, spé p 1388 ; Cadiet L., note sous Ch. Mixte, 14 février 2003, RDC 2003 p 182, spé p 184 ; Croze H., Gautier D., note sous Ch. Mixte, 14 février 2003, JCP éd. E 2003 p 810, spé p 812, n°6 s.

²⁵⁴ En ce sens Pétel-Teyssié I., *Défenses, exceptions, fins de non-recevoir, art. préc*, p 4, n°35 : *« Une formalité doit parfois être exécutée préalablement à la demande. Tant qu'elle n'est pas accomplie, le droit d'agir n'existe pas encore. Aussi le moyen engendré par cette situation s'analyse-t-il comme une fin de non-recevoir, non comme une exception, qu'elle soit dilatoire, de nullité, voire d'incompétence ».*

à agir²⁵⁵. Elles ne la retrouveront qu'à partir du moment où le préliminaire de médiation aura été respecté et exécuté.

Le but de la clause de médiation est donc de donner une chance à l'aboutissement vers une solution amiable, et ce, avant toute démarche contentieuse. Ainsi, retenir la recevabilité de l'action, serait porter gravement atteinte à la force obligatoire de la clause et réduire sa portée à une simple déclaration d'intention. La fin de non-recevoir permet ainsi une exécution en nature de l'obligation de ne pas agir en justice, puisque indirectement les parties ne peuvent résoudre leur différend qu'en mettant en œuvre le processus de médiation. « *La fin de non-recevoir n'exprime pas le but poursuivi par les parties ; elle est seulement l'instrument technique qui assure l'efficacité de leur volonté, en l'assortissant d'une sanction. (...). La sanction de la même formalité, lorsqu'elle est conventionnellement instituée, prend la forme d'une fin de non-recevoir, parce que cette voie détournée est la seule par laquelle les parties peuvent donner effet à leur volonté (...)*²⁵⁶ ».

Le rejet de l'exception dilatoire et du sursis à statuer comme sanction de la violation de l'obligation de ne pas agir confirme le bien-fondé du choix opéré par les juges.

B. Le rejet de l'exception dilatoire et du sursis à statuer.

145. En retenant la sanction de la fin de non-recevoir, la Chambre mixte dans son arrêt du 14 février 2003 s'est clairement opposée à toute idée de suspension de l'instance engagée au mépris de la clause de médiation. Les juges ne pourront donc retenir ni une exception dilatoire (1) ni une cause de sursis à statuer (2).

²⁵⁵ En ce sens article 32 du NCPC : « *Est irrecevable toute prétention émise par ou contre une personne dépourvue du droit d'agir* ».

²⁵⁶ Hébraud P., Raynaud P., obs. sous Civ., 24 octobre 1951, RTD Civ. 1952 p 254, spé p 255.

1. Le rejet de l'exception dilatoire.

146. Une partie de la doctrine, qui n'était pas convaincue du bien-fondé de la sanction de fin de non-recevoir, a voulu offrir une autre alternative en proposant le recours à l'exception de procédure et plus particulièrement à l'exception dilatoire²⁵⁷. En effet, « (...) *la seule conséquence que la Cour de cassation semble tirer de l'existence d'une clause de conciliation est une éventuelle suspension de l'action. Mais alors, la catégorie procédurale requise pour rendre compte de cet effet de la clause ne devrait pas être celle de fin de non-recevoir mais plutôt celle d'exception dilatoire*²⁵⁸ ».

147. Selon l'article 108 du NCPC, l'exception dilatoire tend à faire suspendre l'instance lorsque l'une des parties demande le bénéfice d'un délai d'attente « *soit pour faire inventaire et délibérer, soit d'un bénéfice de discussion ou de division, soit de quelque autre délai d'attente en vertu de la loi* ».

Selon l'article 108 du code précité, l'exception dilatoire a donc pour finalité l'obtention d'un délai prévu par la loi qui ôte alors au juge tout pouvoir d'appréciation²⁵⁹ sans toutefois lui imposer son relevé d'office²⁶⁰.

²⁵⁷ Sur le rejet des autres exceptions de procédure, V. *Supra* n°141.

²⁵⁸ Lagarde X., *L'efficacité des clauses de conciliation et de médiation*, Rev. Arb. 2000 p 377, spé p 387, n°5 ; Voir aussi Bénabent A. et Lagarde X., *La fin de non-recevoir tirée d'une clause instituant un préalable obligatoire de conciliation*, BICC 2004 Hors série n°3 p 31.

²⁵⁹ Fricero N., *Suspension d'instance*, Jurisclasseur Proc. Civ. Fasc. 679, mars 2000, spé p 12, n°48.

²⁶⁰ Soc., 16 novembre 1977, Bull. Civ. V n°617 : « *l'exception dilatoire doit être opposé par la partie au profit de laquelle est établi le délai et ne peut, en cas de défaut de l'intéressé, être relevé d'office par le juge* ».

A l'inverse, les articles 109 et 110 du NCPC rendent au juge son pouvoir d'appréciation pour prononcer une exception dilatoire pour accorder un délai au défendeur pour appeler un garant²⁶¹. Dans le même sens, le juge a la faculté de prononcer la suspension de l'instance lorsqu'une partie invoque une décision frappée de tierce opposition, de recours en révision ou de pourvoi en cassation.

Dans toutes ces hypothèses, l'issue du litige sera simplement retardée du fait de la suspension de l'instance. Il convient de noter que comme toute exception de procédure, l'exception dilatoire doit être soulevée *in limine litis* à peine d'irrecevabilité²⁶².

148. Lors de la survenance d'un différend, l'une des parties au lieu d'exécuter la clause de médiation, préférera saisir directement le juge en assignant son partenaire. La violation de l'obligation de ne pas agir en justice est donc consommée.

A la demande de l'autre partie, le juge pourrait être ainsi amené à prononcer une exception dilatoire. L'intérêt d'une telle sanction est d'entraîner la suspension de l'instance afin d'obliger les parties à respecter le préliminaire de médiation dans son entier déroulement²⁶³, à la différence de la fin de non-recevoir qui obligera l'une ou l'autre des parties à réintroduire une action.

Le recours à l'exception dilatoire a le mérite de respecter une certaine cohérence dans le comportement procédural des parties. En effet, il est fréquent que l'inexécution de la clause de médiation soit invoquée par l'une des parties au seuil de l'instance ; cette position permet ainsi au juge de faire respecter le préliminaire de médiation en renvoyant ces dernières au respect de leur volonté initiale mais aussi de garantir aux parties un règlement plus rapide de

²⁶¹ Civ. 1^{ère}, 22 avril 1976, Bull. Civ. I n°136.

²⁶² Article 74 du NCPC : « *Les exceptions doivent, à peine d'irrecevabilité, être soulevées simultanément et avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir (...)* ».

²⁶³ Lagarde X., *L'efficacité des clauses de conciliation et de médiation*, art. préc, spé p 387.

leur litige car le juge n'est pas dessaisi de l'affaire. Deux autres arguments en faveur de l'exception dilatoire pouvaient aussi être mis en avant.

149. Le premier argument ne manquait pas de pertinence, puisqu'il reposait sur une lacune de la jurisprudence. En créant une exception dilatoire, l'instance est d'ores et déjà engagée mais suspendue le temps d'un essai de négociation. Dès lors, les parties bénéficient de tous les effets processuels de la demande en justice, à savoir l'interruption de la prescription²⁶⁴.

Jusqu'à l'arrêt de la Chambre mixte²⁶⁵, aucune précision n'avait été donnée quant à la prescription. En l'absence de clause en ce sens, celle-ci continuait à courir en dépit de la mise en œuvre du règlement amiable. Il était dès lors tentant de prolonger les négociations afin de bénéficier de l'écoulement du délai de la prescription. La qualification d'exception de procédure offrait ainsi par la création du lien d'instance une sécurité aux parties ; elles ne risquaient pas de voir leur droit se prescrire durant le temps dédié à la recherche d'une issue amiable.

150. Le second argument prenait en considération la pratique contractuelle qui insère fréquemment dans un même contrat à la fois une clause de médiation et une clause compromissoire²⁶⁶. Dans cette hypothèse, l'échec du processus de médiation entraîne l'application de la clause compromissoire et ainsi un recours à l'arbitrage. Toute la difficulté

²⁶⁴ Article 2244 du Code civil : « Une citation en justice (...) interrompt la prescription ainsi que les délais pour agir ».

²⁶⁵ Lacune comblée depuis l'arrêt de la Chambre mixte du 14 février 2003 qui très explicitement affirme que de la mise en œuvre de la médiation jusqu'à son issue, le cours de la prescription est suspendue. *Infra* n°199 s.

²⁶⁶ Pour des développements plus approfondis sur l'articulation entre procédure arbitrale et clause de médiation, V. *Infra* n°232 s.

dans l'enchaînement de ces clauses tient à leur sanction respective en cas d'inexécution, notamment par la saisine du juge étatique. Une identité de sanction processuelle faciliterait alors leur exécution, sans craindre la perte du bénéfice de l'une ou de l'autre de ces stipulations.

La jurisprudence, notamment dans un arrêt de la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation, retient que « *l'exception tirée de l'existence d'une clause compromissoire est régie par les dispositions qui gouvernent les exceptions de procédure*²⁶⁷ ». Sans préciser toutefois sa nature, l'exception tirée de l'existence d'une clause compromissoire doit être soulevée au seuil de l'instance au risque d'en perdre le bénéfice²⁶⁸.

Dès lors, retenir pour la violation de la clause de médiation une exception dilatoire simplifierait le traitement de l'inexécution de ces deux clauses, en offrant ainsi une identité de régime juridique. « *En effet, la partie inexactement assignée qui se prévaudrait en premier lieu de la clause de conciliation se verrait reprocher de ne pas avoir invoqué in limine litis la clause compromissoire et en perdrait de ce fait le bénéfice*²⁶⁹ ». Une identité de sanctions permettrait ainsi d'éviter des manœuvres dilatoires et de difficiles discussions sur la réalité de la renonciation à la clause compromissoire.

²⁶⁷ Civ. 2^{ème}, 22 novembre 2001, JCP éd. G 2002 II 10174 note Boillot Ch., Rev. Arb. 2002 p 371 note Théry Ph., Procédures 2002 n°1 obs. Perrot R., RTD Com. 2002 p 46 obs. Loquin E., Contrats Conc. Consom. 2002 n°41 obs. Leveneur L.

²⁶⁸ La solution dégagée par l'arrêt se comprend dans le sens où il s'agit effectivement de savoir quel juge est compétent dans le litige opposant les parties : juge étatique ou juge arbitral ? La convention d'arbitrage investit un particulier du pouvoir de juger de manière temporaire, mais il n'existe pas d'effet d'exclusion à l'égard du juge étatique ; le litige est seulement soustrait de la juridiction normalement compétente, au profit de l'arbitre. Il n'existe donc pas de contestation du pouvoir de juger de la juridiction étatique saisie mais seulement de son aptitude à pouvoir connaître du litige. Le législateur ne s'est donc pas trompé en parlant d'incompétence des juridictions étatiques au sein de l'article 1458 du NCPC.

²⁶⁹ Lagarde X., note sous Com., 17 juin 2003, RDC 2004 p 417, spé p 418.

A l'appui de ce raisonnement, les auteurs invoquent aussi qu'il serait étonnant de prévoir une sanction plus rigoureuse²⁷⁰ pour la clause de médiation, une fin de non-recevoir, alors que cette stipulation est moins efficace qu'une clause compromissoire, aucune garantie de résolution du conflit n'existant. « *Pourquoi qualifier la clause de conciliation de façon plus rigoureuse que la clause compromissoire ou même que la clause attributive de compétence, alors même que son efficacité est moins grande*²⁷¹ ». Le souhait est donc d'éviter que le bénéfice de la clause compromissoire ne soit perdu faute d'avoir soulevé l'exception de procédure à temps.

151. Ces arguments, aussi pertinents soient-ils, ne peuvent toutefois emporter la conviction. Le choix en faveur de l'exception dilatoire manque en effet de cohérence, deux raisons essentielles vont en ce sens.

152. La clause de médiation est une stipulation contractuelle qui provient d'un accord privé. Aucun texte n'en donne une définition ni ne définit les contours de son régime juridique.

Dès lors, il est difficile de se référer aux exceptions dilatoires qui ne peuvent être soulevées qu'en certaines hypothèses et uniquement lorsque la loi a prévu un délai d'attente pour l'une des parties à l'instance. Etant l'expression de la liberté contractuelle des parties, on ne voit pas

²⁷⁰ A la différence de l'exception dilatoire, la fin de non-recevoir entraîne le prononcé d'une décision d'irrecevabilité ayant autorité de la chose jugée et emportant dessaisissement du juge étatique.

²⁷¹ Boillot Ch., note sous Civ. 2^{ème}, 22 novembre 2002, spé p 2027.

à quel délai légal pourrait-il être fait référence pour justifier le recours à l'exception dilatoire²⁷² ?

En réalité, l'exception dilatoire ne pourrait venir sanctionner la violation de l'obligation de ne pas agir en justice que si un texte créait une véritable exception de médiation. Dans cette hypothèse, le juge aurait l'obligation ou la faculté, selon les termes dudit texte, de prononcer la suspension de l'instance afin de permettre la mise en place du processus de médiation.

153. Pour autant, cette proposition n'est pas à suivre car elle nie l'objet de l'obligation de ne pas agir en justice. En effet, le prononcé d'une exception dilatoire par le juge étatique pour sanctionner la violation de ladite obligation induit nécessairement la recevabilité de l'action entreprise or l'obligation de ne pas agir en justice a justement pour effet de neutraliser temporairement le droit d'action et de priver corrélativement le juge de son pouvoir de juger.

En conséquence, une telle sanction ne respecte pas l'objet de l'obligation et la volonté des parties qui a été de rendre prématurée toute action en justice et ce, jusqu'au terme du processus de médiation. La sanction de l'exception dilatoire ne peut donc être retenue, faute pour le juge de pouvoir user de son pouvoir juridictionnel. La clause de médiation doit être exécutée avant toute saisine du juge, donc avant toute instance.

2. Le rejet du sursis à statuer.

154. Selon l'article 378 du NCPC, « *la décision de sursis à statuer suspend le cours de l'instance pour le temps ou jusqu'à la survenance de l'événement qu'elle détermine* ». Il

²⁷² Jarrosson Ch. note sous Civ. 2^{ème}, 6 juillet 2000, Civ. 1^{ère}, 23 janvier 2001, Civ. 1^{ère}, 6 mars 2001, Rev. Arb. 2001 p 749, spé p 762, n°22 : « (...) *mais cela doit être également le cas de l'exception dilatoire (article 108 NCPC), non seulement parce que le cas qui nous intéresse n'est pas prévu par un texte, mais aussi parce que l'idée de délai qu'elle recèle nécessite un début et une fin (...)* ».

s'agit d'une mesure à la fois souple et efficace, puisqu'elle permet au juge de suspendre l'instance sans être dessaisi du litige²⁷³. La décision de sursis à statuer relève du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond hors les cas où cette mesure est prescrite par la loi²⁷⁴.

En effet, il est classique de distinguer au sein des causes de sursis à statuer celles qui s'imposent au juge en raison d'un texte²⁷⁵ et celles qui demeurent facultatives. Pour ces dernières, une autre distinction est faite entre celles qui ont une origine légale²⁷⁶ et celles qui sont purement prétorienne.

La jurisprudence admet effectivement que le juge dispose d'un véritable pouvoir discrétionnaire pour apprécier l'opportunité du prononcé d'un sursis à statuer ainsi que ses modalités²⁷⁷. Cette faculté prétorienne se justifie essentiellement dans un souci d'assurer une bonne administration de la justice comme l'impose l'article 3 du NCPC²⁷⁸.

²⁷³ V. article 379 du NCPC.

²⁷⁴ Cornu G., Foyer J., *Procédure civile*, Puf, 2^{ème} éd., 1996, p 597, n°141.

²⁷⁵ Le législateur impose le sursis à statuer notamment pour les exceptions dilatoires de l'article 108 du NCPC, pour les questions préjudicielles ou encore pour la règle « *le criminel tient le civil en l'état* ».

²⁷⁶ Le législateur prévoit en effet dans certaines hypothèses un sursis facultatif pour appeler un garant, en matière de nullités en droit des sociétés notamment pour permettre à la société de régulariser une acte nul (article 1844-13 du Code civil) ou encore pour suspendre la tentative de conciliation en matière de divorce (article 252-2 du Code précité).

²⁷⁷ Civ. 2^{ème}, 24 novembre 1993, Bull. Civ. II n°338 ; Civ. 2^{ème}, 29 mai 1991, Bull. Civ. II n°168 ; Civ. 1^{ère}, 16 juin 1987, Bull. Civ. I n°196 ; Civ. 2^{ème}, 14 janvier 1964, Bull. Civ. II n°38.

²⁷⁸ Article 3 du NCPC : « *Le juge veille au bon déroulement de l'instance ; il a le pouvoir d'impartir les délais et d'ordonner les mesures nécessaires* ».

155. Dans cette dernière hypothèse, la violation de l'obligation de ne pas agir en justice pourrait trouver une sanction efficace dans le prononcé d'un sursis à statuer. L'instance serait alors suspendue jusqu'au terme du processus de médiation²⁷⁹.

Cependant et à l'instar de l'exception dilatoire, l'admission d'une telle sanction se heurte à deux critiques majeures.

156. En premier lieu, il convient de rappeler que le juge reste libre de décider ou non de surseoir à statuer, il s'agit d'une faculté puisque issue d'un pouvoir discrétionnaire²⁸⁰.

On pourrait donc arriver à cette idée que « *la marge d'appréciation accordée au juge pourrait être intéressante puisqu'elle lui laisserait évaluer en opportunité si les chances d'aboutissement d'une solution amiable ne sont pas irrémédiablement compromises par l'attitude des parties, ou si celles-ci n'ont pas renoncé à cette voie*²⁸¹ ».

Une telle solution n'apparaît pas admissible puisque le juge doit respecter et promouvoir la force obligatoire de la clause de médiation. Le risque serait alors d'abandonner à la discrétion du juge la sanction de la violation de la clause.

²⁷⁹ CA Fort-de-France, 20 décembre 1996, RGDP 1998 p 166 note Jarrosson Ch. : « *Le défaut de recours préalable à la procédure de conciliation prévue par un contrat ne constituait pas une fin de non-recevoir, mais une simple cause de sursis à statuer* ».

²⁸⁰ Cadiet L., Jeuland E., *Droit judiciaire privé, op. cit*, p 433, n°678 s. ; Cornu G., Foyer J., *Procédure civile, op. cit, ibid.* ; Vincent J., Guinchard S., *Procédure civile*, Dalloz, 27^{ème} éd., 2003, p 875, n°1172. La Cour de cassation admet que dans cette hypothèse le juge n'a pas à motiver sa décision, V. Civ. 1^{ère}, 4 octobre 1983, Bull. Civ. I n°216 ; Com., 9 février 1970, JCP éd. G 1970 IV 5703.

²⁸¹ Boillot Ch., note sous Civ. 2^{ème}, 22 novembre 2002, spé p 2027.

157. En outre, la volonté des parties a été de retarder la naissance de leur droit d'action jusqu'au terme du processus de médiation, dès lors la recevabilité d'une telle action ne peut être acceptée. « *Admettre que le juge pourra surseoir à statuer postule donc une violation de la clause de conciliation préalable. En effet, le sursis à statuer présupposant que le juge soit saisi, il s'insère nécessairement dans le cours de l'instance*²⁸² ».

En conséquence, la violation de l'obligation de ne pas agir en justice ne peut trouver une sanction efficace et effective dans l'exception de procédure et du sursis à statuer ; seule la fin de non-recevoir offre cette cohérence en dépit de quelques inconvénients. Pour autant, la fin de non-recevoir ne constitue pas la seule sanction lors de la violation de l'obligation de ne pas agir en justice ; la partie victime de l'inexécution peut préférer agir ou compléter sa demande en usant des sanctions propres au droit des contrats.

§3 : La persistance des sanctions contractuelles.

158. La Chambre mixte dans son arrêt du 14 février 2003, ne s'est prononcée que sur une demande en exécution en nature de la clause de médiation. La partie défenderesse, a effectivement opposé au demandeur son défaut de droit d'action en raison de l'existence d'une clause de médiation, et a sollicité l'exécution de celle-ci.

A l'inverse, la partie défenderesse peut ne pas vouloir uniquement l'exécution en nature de la clause de médiation, mais aussi invoquer le manquement contractuel en recherchant la responsabilité contractuelle de son partenaire (A).

La partie défenderesse conserve en outre, la possibilité d'user des sanctions propres au droit commun des contrats, puisque la clause de médiation est une stipulation contractuelle et n'est donc pas exclusive des dispositions relatives à la résolution (B).

A La responsabilité contractuelle.

²⁸² Jarrosson Ch., note sous CA Fort-de-France, 20 décembre 1996, spé p 168.

159. La délivrance d'une assignation au mépris de l'interdiction conventionnelle d'agir en justice jusqu'au terme du processus de médiation constitue un manquement contractuel, puisque cette partie viole son engagement de ne pas agir. L'autre partie, devenue défendeur, pourra effectivement solliciter l'exécution en nature de la clause et faire prononcer l'irrecevabilité de l'action entreprise. La partie défenderesse, victime de ce manquement, a aussi la possibilité de demander une indemnisation au titre du préjudice éprouvé (1).

Cependant, la demande, mettant en œuvre la responsabilité contractuelle de la partie demanderesse, ne peut permettre une réparation de tous les dommages subis notamment concernant les frais engagés au titre du procès. En effet, certaines dispositions du Nouveau Code de procédure civile semblent exclure, sans doute au nom du principe de spécialité, l'application de la responsabilité contractuelle pour l'indemnisation des frais engagés au titre du procès (2).

1. La mise en oeuvre de la responsabilité contractuelle.

160. La partie défenderesse devra démontrer la réalité du manquement contractuel (a) et déterminer l'étendue de son préjudice réparable (b).

a. La détermination du manquement contractuel.

161. Les parties à une clause de médiation ont souscrit à une obligation de ne pas agir en justice, leur interdisant temporairement d'accéder au juge du fait de la neutralisation conventionnelle de leur droit d'action.

En assignant son partenaire au mépris de la clause de médiation, cette partie, devenue demanderesse à l'action, inexécute son obligation de ne pas agir en justice. Cette obligation postule, en effet, une inaction de chacune des parties tant qu'un accord de conciliation ou de non-conciliation n'a pas été conclu. Elles sont privées de toute possibilité

d'ester en justice. Cette obligation bilatérale est une obligation de ne pas faire, puisque les parties contractantes ne se sont engagées qu'à s'abstenir temporairement.

162. L'obligation de ne pas faire est toujours présentée comme une obligation de résultat, puisqu'elle consiste dans l'interdiction d'un fait précis ; aucun aléa ne vient donc s'immiscer. Le débiteur promet un résultat : ne pas construire, ne pas se réinstaller, ne pas faire concurrence²⁸³...

Lorsqu'une obligation est présentée comme de résultat, le créancier voit son action en responsabilité contractuelle facilitée. En effet, la Cour de cassation rappelle que dans cette hypothèse l'obligation de résultat emporte, en cas d'inexécution, une présomption de faute et de causalité²⁸⁴ ; le débiteur ne pourra alors se libérer que par la démonstration d'un cas fortuit ou de force majeure.

163. Dans le cadre de l'obligation de ne pas agir en justice, le manquement ne fait guère de doute. Le demandeur à l'action peut difficilement soutenir qu'il a respecté son obligation lui interdisant d'agir en justice jusqu'au terme du processus de médiation. Il n'a effectivement pas atteint le résultat promis.

La partie défenderesse n'aura ainsi aucune difficulté à démontrer l'inexécution du fait de son caractère flagrant ; elle bénéficiera en outre d'une présomption de faute et de causalité.

²⁸³ Terré F., Simler Ph., Lequette Y., *Droit civil - Les obligations*, Dalloz, 9^{ème}, 2005, p 578, n°588.

²⁸⁴ Civ. 1^{ère}, 16 février 1988, Bull. Civ. I n°42 : « *L'obligation de résultat emporte à la fois présomption de faute et présomption de causalité entre la prestation fournie et le dommage invoqué (...)* ».

164. Il apparaît, en outre, utile de s'interroger sur le comportement du demandeur. En effet, la délivrance et le placement de l'assignation caractérisent très clairement l'inexécution de l'obligation de ne pas agir en justice, mais cette attitude du demandeur ne démontre-t-elle pas la conscience qu'il a de violer son engagement ?

Le demandeur ne peut effectivement pas ignorer qu'en saisissant la justice étatique ou arbitrale, il inexécute de manière flagrante la clause de médiation ainsi que son obligation de ne pas agir en justice. Sa démarche est en conséquence, volontaire et manifestement illicite. Dès lors, le manquement contractuel du débiteur prend des allures de faute lourde voire dolosive²⁸⁵. Il connaît ses obligations, mais pourtant il se place de manière délibérée dans l'inexécution²⁸⁶. La délivrance et le placement d'une assignation ne peuvent constituer des actes manifestant une imprudence ou une ignorance.

La démonstration de l'existence d'une faute lourde, assimilable au dol selon la jurisprudence²⁸⁷, empêche alors le contractant de voir limité le montant de la réparation du préjudice causé aux seuls dommages prévus ou prévisibles selon les termes de l'article 1150 du Code civil.

²⁸⁵ Com., 3 avril 1990, Bull. Civ. IV n°108 : « *La faute lourde est caractérisée par un comportement d'un extrême gravité, confinant au dol et dénotant l'inaptitude du débiteur de l'obligation à l'accomplissement de la mission contractuelle qu'il avait accepté* ».

Plus récemment, V. les arrêts relatifs au contrat de messagerie rapide, Ch. Mixte, 22 avril 2005, Bull. Civ. n°4, D 2005 p 1864 note Tosi P., JCP éd. G 2005 II 10066 note Loiseau G., JCP éd. E 2005 p 1446 note Paulin Ch., RDC 2005 p 673 obs. Mazeaud D. & p 753 obs. Delebecque Ph.

²⁸⁶ Néanmoins, la partie demanderesse pourrait aussi énoncer qu'elle n'avait pas d'autre choix que d'agir en justice en raison de l'inertie, fautive ou non, de son partenaire contractuel.

²⁸⁷ Req., 24 octobre 1932, DP 1932. 1. 176 note E. P.

L'intérêt de rapporter une telle preuve n'est pas négligeable pour la partie défenderesse, car le débiteur fautif devra alors réparation de l'intégralité du dommage, même imprévisible²⁸⁸. Dans l'éventualité où une telle démonstration ne pourrait être apportée, toute la difficulté consistera à déterminer l'étendue du préjudice réparable.

b. L'étendue du préjudice.

165. L'inexécution de l'obligation de ne pas agir en justice engendre certainement un dommage matériel pour la partie défenderesse mais en raison de l'exclusion des frais engagés au titre du procès²⁸⁹, l'indemnisation risque d'être limitée.

166. La partie défenderesse peut effectivement invoquer au titre de son dommage matériel la publicité réalisée par la saisine du juge étatique. En effet, l'attrait majeur de la médiation, comme de l'arbitrage, est la discrétion qui entoure ces différents modes de règlement des conflits et des litiges. La médiation est gouvernée par un principe de confidentialité²⁹⁰, que les parties ne peuvent écarter que d'un commun accord. Aussi, l'assignation, puis la tenue de l'instance et le prononcé d'une, ou plusieurs, décisions créent une publicité et révèlent aux tiers l'existence d'un différend entre les parties contractantes.

Que l'objet de celui-ci soit sensible en raison de sa nature, cas des contentieux portant sur une invention non-brevetée, ou mette à jour des difficultés économiques ou financières, la publicité d'un litige engendre fréquemment un préjudice d'ordre patrimonial à la partie

²⁸⁸ Un autre intérêt tient au fait que la preuve d'une faute lourde ou dolosive permet de ne plus appliquer une éventuelle clause limitative de responsabilité. Toutefois, cette question fera l'objet de développements plus approfondis dans le cadre de l'étude sur la responsabilité du médiateur et des parties, *Infra* n°452 s.

²⁸⁹ *Infra* n°169 s.

²⁹⁰ *Infra* n°373 s.

attraite en justice. Il est rarement de bon augure de dévoiler ses difficultés à ses partenaires économiques ou concurrents.

167. Pour autant, le préjudice est-il réparable ? La réponse semble positive, puisque l'obligation de ne pas agir en justice permet de garantir cette confidentialité en neutralisant le droit d'action de chacune des parties, empêchant normalement toute révélation aux tiers de l'existence d'un conflit. Dès lors, le dommage est nécessairement prévisible lors de la conclusion du contrat au sens de l'article 1150 du Code civil.

Dans l'éventualité où la faute est reconnue comme lourde voire dolosive, la question de la prévisibilité du dommage ne se pose plus ; le demandeur devra alors une réparation intégrale.

168. La question de l'évaluation d'un tel préjudice est toutefois délicate, puisque l'évaluation des pertes subies ou du gain manqué dépendra essentiellement des particularités de l'espèce²⁹¹. La révélation d'un différend peut ne porter qu'une atteinte à la réputation ou à l'honneur de la partie défenderesse, mais aussi et surtout la connaissance des données et de l'objet du différend peut créer un préjudice significatif qui, dans certaines hypothèses, fragilisera l'activité économique de cette partie. Le calcul de l'indemnité pourra donc avoir pour assiette le montant du litige auquel on affectera un pourcentage représentant le préjudice subi.

2. L'éviction de la responsabilité contractuelle pour le remboursement des frais engagés au titre du procès.

169. Le principal dommage subi par la partie défenderesse consiste effectivement à engager des frais pour organiser sa défense dans un procès qui n'a pas lieu de se tenir au regard de la

²⁹¹ Sur cette question, V. Bouchon F., *L'évaluation des préjudices subis par les entreprises*, Litec, 2002.

neutralisation conventionnelle affectant leur droit d'action respectif²⁹². Il apparaît ainsi évident que cette partie cherchera à recouvrer les sommes versées à ce titre.

170. La logique aurait voulu que cette partie inclut dans sa demande en réparation du manquement contractuel les sommes versées au titre du procès. Toutefois, la Cour de cassation refuse de considérer que les sommes engagées pour la conduite d'un procès puisse constituer un préjudice réparable. Elle énonce en ce sens que : « *les frais non compris dans les dépens ne constituent pas un préjudice réparable et ne peuvent être remboursés que sur le fondement de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile*²⁹³ ».

La Cour de cassation écarte donc la logique de la réparation et exclut la règle de l'indemnisation intégrale. Cet arrêt permet aussi de consacrer la spécialité et l'autonomie de cette règle sur les dispositions du droit commun. Dorénavant, les plaideurs devront clairement identifier les sommes versées au titre du procès et formuler, sur le fondement de l'article 700 du NCPC, une demande spécifique pour le remboursement de ces frais.

171. Cette prévalence de l'article 700 du NCPC est pleinement justifiée, puisque cette disposition traite spécifiquement du sort des dépenses non incluses dans les dépens.

²⁹² La partie défenderesse pourra aussi joindre à sa demande fondée sur l'article 700 du NCPC, une demande pour sanctionner l'exercice abusif de l'action en justice. En effet, la partie demanderesse agit avec une certaine malveillance voire mauvaise foi à l'égard de son partenaire, puisqu'elle ne peut ignorer la neutralisation conventionnelle de son droit d'action. Dès lors, la partie défenderesse semble en mesure de pouvoir réclamer des dommages et intérêts à ce titre et solliciter en outre la condamnation du demandeur à une amende civile selon les termes de l'article 32-1 du NCPC.

²⁹³ Civ. 2^{ème}, 8 juillet 2004, Bull. Civ. II n°365, Droit et procédures 2005 Comm. n°29 note Winckel F., D 2004 IR p 2195 et les observations.

L'article 700 du NCPC confère au juge un véritable pouvoir modérateur pour fixer le montant de l'indemnité forfaitaire. Le fondement de cet article n'est pas la faute, puisqu'il n'est pas nécessaire d'en rapporter la preuve²⁹⁴. Il a avant tout vocation à protéger le droit d'accès au juge et à conférer à ce dernier le pouvoir de fixer l'indemnité au regard de considérations d'équité et en fonction de la situation économique du plaideur. Le juge dispose à cet égard d'un pouvoir discrétionnaire²⁹⁵.

172. L'originalité de ce dispositif est de donner une place prépondérante à l'équité pour fixer le montant de l'indemnisation. Toutefois, il convient en premier lieu, de respecter certaines conditions préalables : l'existence d'une instance, la succombance de l'une des parties, la détermination du montant des frais non inclus dans les dépens et enfin une demande de condamnation au titre de l'article 700 du NCPC.

L'article 700 du NCPC a un champ d'application très large et concerne toutes les juridictions de l'ordre judiciaire que celles-ci statuent ou non sur le fond du litige²⁹⁶.

Le remboursement des frais irrépétibles intervient en parallèle avec celui des dépens, dès lors il importe de rappeler que seule la partie succombante peut être condamnée à verser une somme au titre des frais irrépétibles²⁹⁷. Il existe un lien logique et insusceptible d'être rompu entre la condamnation aux dépens et celle relative aux frais irrépétibles.

L'article 700 du NCPC ne concerne que les sommes engagées au titre du procès et non comprises dans les dépens. La partie n'a pas à produire une facture détaillant l'ensemble des

²⁹⁴ Civ. 2^{ème}, 20 juillet 1980, Bull. Civ. II n°189.

²⁹⁵ Civ. 2^{ème}, 10 octobre 2002, Bull. Civ. II n°219, Droit et procédures 2003 Comm. 97 note Douchy M.

²⁹⁶ Civ. 3^{ème}, 19 novembre 1980, Bull. Civ. III n°183, RTD Civ. 1981 p 680 obs. Normand J. ; Soc., 21 février 1979, Bull. Civ. V n°159.

²⁹⁷ Civ. 3^{ème}, 27 février 1985, Bull. Civ. III n°41 ; Civ. 2^{ème}, 3 janvier 1980, Bull. Civ. II n°1.

frais mais elle doit, pour emporter la conviction du juge, détailler un minimum lesdits frais. Ils comprennent généralement les honoraires des avocats, les frais de déplacement, de séjour et d'hébergement, les frais engagés pour l'obtention de certaines pièces ou encore les honoraires versés à des conseils spécialisés. Toutefois, ces frais ne peuvent être pris en compte qu'à la condition d'avoir été exposés dans le cadre de l'instance qui a donné lieu à condamnation²⁹⁸.

Enfin, la partie souhaitant recouvrer ces sommes doit formuler une demande incidente en ce sens, car le juge n'est pas tenu, à la différence des dépens, de se prononcer sur le sort des frais irrépétibles²⁹⁹. La demande devra donc être portée à la connaissance de la partie défaillante selon la forme prévue à l'article 68 du NCPC.

173. Le dispositif consacré à l'article 700 du NCPC ne permet pas toujours une réparation intégrale des frais engagés à l'occasion du procès. En effet, il est rare que les juges octroient sur le fondement de l'article 700 du Code précité, une indemnité équivalente aux sommes dépensées. Une partie, quelque fois, substantielle du coût d'un litige reste alors à la charge de la partie « gagnante ».

Une telle situation est pour le moins difficile à admettre, lorsque la partie demanderesse a violé un engagement lui interdisant toute action en justice. Faire supporter à la partie défenderesse une fraction des sommes engagées serait pour le moins inique.

Face à une telle réalité judiciaire, les parties, lors de la stipulation de la clause de médiation peuvent prévenir une telle éventualité en ajoutant à ladite stipulation soit une clause pénale soit une clause de remboursement des frais de justice³⁰⁰. La première est sans doute à

²⁹⁸ Civ. 2^{ème}, 19 novembre 1986, Bull. Civ. II n°171.

²⁹⁹ Civ. 3^{ème}, 13 novembre 1986, Bull. Civ. III n°159 ; Civ. 3^{ème}, 5 avril 1978, Bull. Civ. III n°151.

³⁰⁰ Mousseron J.-M., *Technique contractuelle*, Editions Francis Lefebvre, 3^{ème} éd. par Mousseron P., Raynard J., Seube J.-B., 2005, p 674, n°1680 s. ; Cadet L., *Les clauses relatives au litige*, Jurisclasseur Contrats Distribution Fasc. 190, spé p 29, n°76 s.

déconseiller, car le juge dispose d'un pouvoir modérateur fondé sur l'article 1152 du Code civil. La préférence pourrait donc aller à la seconde, puisque la Cour de cassation reconnaît qu'elle ne saurait être qualifiée de clause pénale³⁰¹. La clause de remboursement des frais de justice permettra ainsi de prévoir les modalités de remboursement des frais liés au procès et de déterminer qui en aura la charge définitive. Cette stipulation offrira à la partie défenderesse une indemnisation plus favorable.

La recherche d'une indemnisation au titre de la violation de l'obligation de ne pas agir en justice constitue effectivement une voie d'action possible, comme celle portant sur une éventuelle demande en résolution.

B. La rupture du lien contractuel.

174. L'inexécution de l'obligation de ne pas agir en justice par l'une des parties constitue une violation de la clause de médiation, mais aussi du contrat la contenant. Dès lors, la partie assignée peut s'interroger sur l'opportunité de demander la résolution totale ou partielle du contrat en raison de cette inexécution partielle.

175. L'article 1184 du Code civil confère au juge un pouvoir important d'appréciation quant à la gravité des manquements invoqués³⁰². Si l'inexécution totale des obligations du

³⁰¹ Civ. 1^{ère}, 16 janvier 1985, JCP éd. G 1986 II 20661 note Paisant G., RTD Civ. 1986 p 103 obs. Mestre J.

³⁰² Civ., 14 avril 1891, DP 1891. 1. 329 note Planiol M., S 1894. 1. 391 : « (...) lorsque le contrat ne contient aucune clause expresse de résolution, il appartient aux tribunaux de rechercher, dans les termes du contrat et dans l'intention des parties, qu'elles sont l'étendue et la portée de l'engagement souscrit par celle d'entre elles qui y aurait manqué complètement, et, en cas d'inexécution partielle, d'apprécier, d'après les circonstances de fait, si cette inexécution a assez d'importance pour entraîner la résolution (...) ».

contrat pose moins de difficultés pour en prononcer la résolution, l'inexécution partielle suscite à l'inverse davantage de questions³⁰³.

Il appartiendra effectivement au juge de mesurer la gravité et l'importance des manquements pour vérifier si le contrat est réellement en péril et justifieraient ainsi le prononcé de sa résolution. La Cour de cassation a confirmé cette position en précisant la démarche à suivre ; elle énonce en effet que : « *la résolution peut être prononcée par le juge en cas d'inexécution partielle dès lors qu'elle porte sur une obligation déterminante de la conclusion du contrat*³⁰⁴ ». En d'autres termes, il conviendra de prouver que l'obligation inexécutée constituait dans l'esprit des parties une obligation déterminante les ayant amené à conclure ledit contrat.

Dès lors, la question se pose de savoir si la violation de l'obligation de ne pas agir en justice pourrait entraîner la résolution du contrat. Il apparaît difficile de donner une réponse univoque à cette interrogation, car elle dépend en réalité de ce qu'ont voulu les parties. Il importera de prouver qu'elles ont fait de cette obligation soit une condition déterminante de leur engagement, soit un élément essentiel de leur relation contractuelle. Dans cette hypothèse, le juge pourrait être amené à prononcer la résolution du contrat.

176. Pour autant, un certain scepticisme se dégage d'une telle solution. La résolution du contrat n'apparaît effectivement pas comme une solution totalement satisfaisante, puisque l'on fait aussi disparaître une relation économique. Le juge, confrontée à une telle demande, pourrait s'interroger sur la pertinence de prononcer une sanction aussi définitive et ainsi user de son pouvoir d'appréciation en calquant l'étendue de la résolution sur celle de l'inexécution. La résolution partielle permet effectivement d'assouplir la rigidité de l'article 1184 du Code civil qui n'offre que le choix d'une résolution totale du lien contractuel. Cet assouplissement

³⁰³ Sur cette question, Rigalle-Dumetz C., *La résolution partielle*, Dalloz, Vol. 30, 2003, préface Jamin Ch.

³⁰⁴ Com., 2 juillet 1996, Bull. Civ. IV n°198 (2^{ème} moyen).

jurisprudentiel permet de combler une lacune et d'introduire dans le contrat des idées « *d'équilibre, d'équité et de juste*³⁰⁵ ».

L'échappatoire consisterait alors à accéder à la demande de la partie assignée mais à limiter la résolution à la seule clause de médiation, sous la condition que le contrat puisse survivre amputé de cette stipulation. Une telle solution permettrait ainsi une certaine proportionnalité entre l'inexécution et la sanction.

177. Dans l'éventualité où les parties contractantes souhaiteraient anticiper ce type de difficultés, il ne leur est pas interdit d'insérer une clause résolutoire au sein du contrat³⁰⁶. L'insertion d'une telle stipulation aurait alors un effet hautement dissuasif et démontrerait la volonté des parties de faire de la correcte exécution de la clause de médiation un élément important de leur relation contractuelle globale.

La clause résolutoire pourrait ainsi prévoir que l'inexécution de l'une des obligations issues de la clause de médiation entraînera, avec ou sans mise en demeure préalable³⁰⁷, la résolution du contrat dans son entier. Dans cette hypothèse, la résolution se produira de plein droit par le seul effet de la stipulation ; le juge ne pouvant que constater l'acquisition de la résolution. Il importe toutefois de préciser que la clause devra faire l'objet d'une rédaction minutieuse et

³⁰⁵ Rigalle-Dumetz C., *La résolution partielle*, Thèse précitée, p 14, n°16.

³⁰⁶ En ce sens, Grignon Ph., *L'obligation de ne pas agir en justice*, Mélanges Christian Mouly, Litec, 1998, Tome II, p 115, spé p 130, n°25.

³⁰⁷ Civ. 1^{ère}, 3 février 2004, Bull. Civ. I n°27, JCP éd. G 2004 II 10149 note Treppoz E. : « *une clause résolutoire de plein droit ne peut être déclarée acquise au créancier, sauf dispense expresse et non équivoque, sans la délivrance d'une mise en demeure restée sans effet (...)* ».

déterminer les cas de manquement entraînant la résolution³⁰⁸. L'insertion d'une telle stipulation doit faire de la part des parties l'objet d'une réflexion spéciale au regard des risques susceptibles d'être encourus.

178. En choisissant une sanction processuelle, la Chambre mixte offre la garantie d'une véritable exécution en nature de l'obligation de ne pas agir en justice, sans toutefois exclure les sanctions contractuelles.

Le régime juridique de la fin de non-recevoir comporte cependant des dispositions qui, dans une certaine mesure, pourraient créer certaines difficultés en cas d'inexécution de l'obligation de ne pas agir en justice.

Section II : Les incertitudes de la sanction processuelle.

179. Le choix de la fin de non-recevoir comme sanction de la violation de l'obligation de ne pas agir en justice semble correspondre à la nature duelle de la clause de médiation. Pour autant, l'application du régime juridique de cette sanction révèle certaines imperfections qui peuvent entraîner des conséquences malheureuses ou surprenantes dans le traitement de l'inexécution de la clause de médiation.

La jurisprudence et la doctrine ont pu relever deux hypothèses dans lesquelles le régime juridique de la fin de non-recevoir prévu par le Nouveau code de procédure civile entraine en contradiction avec la finalité même de la clause de médiation. En effet, la possibilité de soulever en tout état de cause la fin de non-recevoir pose un véritable problème de répartition des rôles du juge et des parties dans le cadre d'une demande d'exécution en nature forcée de l'obligation de ne pas agir en justice (§1). Enfin, la faculté de pouvoir échapper à la sanction

³⁰⁸ Civ. 3^{ème}, 24 février 1999, Bull. Civ. III n°54 ; Civ. 3^{ème}, 12 octobre 1994, Bull. Civ. III n°178 ; Civ. 3^{ème}, 7 décembre 1988, Bull. Civ. III n°176 ; Civ. 1^{ère}, 25 novembre 1986, RTD Civ. 1987 p 313 obs. Mestre J.

de la fin de non-recevoir par une régularisation permet un contournement original de la solution énoncée par la Chambre mixte dans son arrêt du 14 février 2003 (§2).

§1 : L'invocation de la fin de non-recevoir.

180. La violation de l'obligation de ne pas agir en justice est, en règle générale, constatée par l'introduction d'une instance en dépit du préliminaire obligatoire de médiation.

Ainsi, le comportement du demandeur permet de supposer qu'il a, *a priori*, renoncé au bénéfice de la clause de médiation. En conséquence, il appartiendra au défendeur de demander au juge le respect de la clause de médiation et de constater alors l'absence de droit d'action de son partenaire contractuel. Toute la difficulté réside dans cette combinaison entre le comportement du défendeur dans sa volonté de mettre en œuvre le processus de médiation et le régime juridique de la fin de non-recevoir et plus particulièrement au regard de l'article 123 du NCPC (A).

A l'inverse, le juge ne pourra donc conformément à la solution dégagée par la Chambre mixte dans l'arrêt du 14 février 2003 que prononcer une fin de non-recevoir si l'une ou l'autre des parties, en l'occurrence le défendeur, l'invoque ; cette position mérite toutefois d'être discutée dans le sens d'une approche plus pragmatique de l'office du juge (B).

A. Le rôle des parties.

181. La Chambre mixte dans son arrêt précité a retenu que la fin de non-recevoir s'impose au juge à la condition que les parties l'invoquent. L'une d'elles doit ainsi adopter une démarche positive afin que la clause de médiation puisse recevoir exécution. L'intérêt d'une telle stipulation est d'être effectivement rapidement mise en œuvre dans le but de donner toutes ces chances à la négociation d'une solution consentie. L'écoulement du temps étant rarement un facteur favorisant le rapprochement amiable des parties, il est logique que le processus de médiation soit mis en place avant toute action contentieuse.

En ce sens, l'article 123 du NCPC énonçant que « *les fins de non-recevoir peuvent être proposées en tout état de cause* » risque de ne pas faciliter la mise en place dudit processus. Cet article permettrait alors au défendeur de se réserver la faculté de soulever au moment le plus opportun, notamment pour la première fois en appel, la fin de non-recevoir tirée de la violation de la clause de médiation. On pourrait dès lors s'interroger sur les motivations de ce dernier dans cette hypothèse ; il n'est pas évident qu'il soit animé du seul souci de voir la clause de médiation exécutée. « *Le plaideur malicieux est celui qui, sans être de mauvaise foi (...), entend tirer parti des ressources que lui offre le droit judiciaire pour gêner son adversaire sinon lui nuire, pour se dérober et échapper, en la tournant, à une disposition légale, pour gagner du temps, pour s'assurer certaines possibilités qu'il mettra en œuvre à l'heure et de la manière qu'il aura choisie comme étant particulièrement défavorables à son adversaire*³⁰⁹ ».

182. Ce comportement de « *plaideur malicieux* » stigmatisé par Solus doit toutefois pouvoir être limité voire sanctionné lorsque le contournement nuit à l'effectivité de la sanction ou à la finalité de l'objet de la sanction.

La Cour de cassation dans sa formation commerciale³¹⁰ a récemment eu à connaître de cette question de l'articulation entre la sanction de la violation d'une clause de médiation et la possibilité pour le défendeur de pouvoir la soulever en tout état de cause.

En l'espèce, les juges ont été confrontés à un contentieux classique de recouvrement de loyers impayés. Le protocole d'accord contenait une clause de conciliation imposant un préalable obligatoire de conciliation avant toute saisine du juge étatique. Le bailleur a toutefois assigné directement son locataire sans respecter ladite stipulation. Le locataire a comparu et conclu au

³⁰⁹ Solus H., *Les préoccupations d'ordre psychologiques du Code de procédure civile*, Mélanges offerts à Léon Julliot de la Morandinière, Dalloz, 1964, p 511, spé p 517.

³¹⁰ Com., 22 février 2005, RDC 2005 p 1141 note Lagarde X., RTD Civ. 2005 p 450 obs. Perrot R.

fond lors de la première instance, mais en appel, il s'est prévalu de la violation de la clause de conciliation et a demandé le prononcé de l'irrecevabilité de l'action entamée.

La Cour d'appel de Toulouse a refusé de prononcer l'irrecevabilité au motif que le locataire ne pouvait invoquer en appel pour la première fois la clause de conciliation et a confirmé la condamnation du locataire au paiement des loyers.

La Cour de cassation casse et annule l'arrêt d'appel en retenant que « *la clause d'un contrat instituant une procédure de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge constitue une fin de non-recevoir qui s'impose au juge si les parties l'invoquent et qu'elle peut être proposée en tout état de cause* ».

183. La cassation de l'arrêt de la Cour d'appel de Toulouse était pourtant inévitable. Le raisonnement suivi par la Cour de cassation est le fruit d'un syllogisme parfait³¹¹.

L'article 123 du NCPC permet au plaideur de pouvoir soulever en tout état de cause une fin de non-recevoir³¹². Or, depuis l'arrêt de la Chambre mixte en date du 14 février 2003, le non-respect du préliminaire de conciliation ou de médiation entraîne le prononcé d'une fin de non-recevoir. Dès lors, il ne fait aucun doute que la fin de non-recevoir puisse être soulevée en tout état de cause même pour la première fois en appel³¹³.

³¹¹ Lagarde X., note sous Com., 22 février 2005, spé p 1145.

³¹² Civ. 2^{ème}, 5 février 2004, Bull. Civ. II n°43 ; Civ. 2^{ème}, 11 mai 2000, Jurisdata n°2000-001926 ; Civ. 2^{ème}, 26 juin 1996, Procédures 1996 n°249 obs. Perrot R. ; Civ. 1^{ère}, 20 octobre 1981, Bull. Civ. I n°301 ; Com., 27 juin 1977, Bull. Civ. IV n°157.

³¹³ Le bailleur pourra sans aucun doute demander le versement de dommages et intérêts en raison de la stratégie dilatoire du locataire sur le fondement de l'article 123 du NCPC. La volonté du locataire de retarder sa condamnation définitive ne fait ici guère de doute. En ce sens, Perrot R., obs. sous Com., 22 février 2005, spé p 451 s.

184. La solution, justifiée juridiquement, n'en demeure pas moins critiquable, car elle offre une arme redoutable aux plaideurs. Au cas particulier, le contentieux a débuté en 1998 et se termine par un arrêt de cassation en 2005 qui prononce l'irrecevabilité de la demande. De ce fait et sauf opposition de la Cour de renvoi, les parties devront se retrouver pour essayer de se concilier. Il aura fallu presque dix années de procédure pour rappeler une évidence. Il y a dans ce contentieux un petit air familial provenant de l'arrêt *Polyclinique des Fleurs* !

La critique ne porte pas sur la nature de la sanction mais sur les dangers qu'entraîne l'application de son régime juridique. En octroyant la faculté de soulever en tout état de cause cette fin de non-recevoir notamment pour la première fois en appel, l'article 123 du NCPC permet alors à l'une des parties de retarder « artificiellement » l'issue du différend. « *La clause de conciliation devient alors une « bombe à retardement ». Entre les mains de plaideurs de mauvaise foi, c'est une arme d'une efficacité excessive*³¹⁴ ».

Il peut en effet apparaître quelque peu incohérent de conclure au fond en première instance, et de soulever en appel une fin de non-recevoir tirée de la violation de la clause de médiation. Le plaideur donne le sentiment de rechercher davantage à faire durer l'instance et échapper ainsi à une condamnation, plutôt que d'avoir une volonté réelle de parvenir à une solution amiable. Il est étonnant qu'à aucun moment l'argument de la loyauté processuelle n'ait été soulevé au regard de cette stratégie dilatoire qui transparait dans les faits³¹⁵.

Il est, en effet, étonnant que la Cour d'appel de Toulouse et notamment son conseiller de la mise en état n'ait pas usé de cet argument d'une possible condamnation à de lourds dommages et intérêts, afin d'inciter les parties, et notamment le locataire, à respecter leur volonté initiale.

³¹⁴ Lagarde X., note sous Com., 22 février 2005, spé p 1146.

³¹⁵ Sur cette question V. Boursier M.-E., *Le principe de loyauté en droit processuel*, Dalloz, Vol. 23, 2003, préface Guinchard S.

En dépit d'indices dans le comportement du locataire laissant transparaître une renonciation de sa part à se prévaloir de la fin de non-recevoir, il importe de vérifier cette hypothèse et de déterminer les critères nécessaires à sa présence.

185. La présence d'une clause de médiation dans un contrat impose de la mettre en œuvre préalablement à toute action contentieuse. A partir du moment où l'une des parties assigne son partenaire contractuel devant le juge compétent, la clause est inexécutée. La comparution et le développement d'une défense au fond du défendeur laisse entendre que ce dernier ne souhaite pas demander l'exécution forcée de la clause de médiation. Ces indices permettraient alors de supposer que les deux parties ont décidé successivement de renoncer au bénéfice de ladite clause. Il est effectivement surprenant que l'hypothèse de la renonciation n'ait pas été envisagée.

Pourtant la solution de la Chambre mixte dans son arrêt du 14 février 2003 laissait sous-entendre cette idée. La fin de non-recevoir s'impose au juge « *si les parties l'invoquent* » ; *a contrario* leur silence et leur volonté de s'affronter devant le juge va davantage dans le sens d'une volonté de renoncer à l'application de ladite clause et à l'invocation de la fin de non-recevoir. Cette dernière ayant une source conventionnelle, il ne paraîtrait pas incongru que « *la délivrance d'une assignation ou la défense au fond sans invocation de la clause vaudrait « présomption de renonciation* », à charge pour les parties de justifier de circonstances

L'invocation de la clause de médiation par le locataire au cours de l'instance d'appel laisse supposer un manque de loyauté de sa part. Cette situation fait étrangement écho à celle rencontrée dans le cadre des clauses résolutoires et du comportement malveillant du créancier invoquant l'acquisition de la clause. En effet, la jurisprudence refuse l'application de la clause résolutoire à partir du moment où celle-ci n'est pas invoquée de bonne foi par le créancier selon les termes de l'article 1134 alinéa 3^{ème} du Code civil. Une telle argumentation pourrait s'avérer utile dans le cadre d'une invocation tardive de la clause de médiation, même si en règle générale, le débat se concentrera sur le terrain procédural, puisque la clause de médiation prive le juge de son pouvoir juridictionnel l'empêchant ainsi de connaître de tout débat portant sur le fond.

*propres à établir que leur démarche contentieuse n'est pas significative d'une démarche abdicative*³¹⁶ ».

186. Toute la difficulté réside dans la preuve de cette volonté abdicative, qui selon la jurisprudence peut être expresse ou tacite ; dans cette dernière hypothèse elle nécessite un acte positif³¹⁷, car la renonciation ne se présume pas. « (...) *décider le contraire, faire découler une renonciation tacite de la seule inertie du titulaire d'un droit, ce serait rendre inutile l'institution légale de la prescription extinctive, puisque rien ne distinguerait plus cette renonciation tacite d'une sorte de prescription abrégée, laissée à l'arbitraire des tribunaux*³¹⁸ ».

La question se pose alors de savoir si la comparution et le développement d'une défense au fond du défendeur emportent à son égard renonciation tacite à se prévaloir du bénéfice de la clause de médiation et donc de la fin de non-recevoir tirée de sa violation.

187. La démonstration d'une volonté non équivoque de renoncer tacitement au bénéfice de la clause n'est pas évidente, car il convient de scruter le comportement du défendeur. A partir de quel moment peut-on avoir la certitude que la contradiction dans son attitude permet d'y voir une renonciation ? Dans le cas d'espèce, l'ambiguïté se situe au niveau de l'appel, puisque le locataire soulève la fin de non-recevoir tirée de la violation de la clause de médiation, alors qu'en première instance il a développé une défense au fond sans mentionner l'existence de celle-ci ni son souhait de la voir exécuter.

³¹⁶ Lagarde X., note sous Ch. Mixte, 14 février 2003 et Civ. 1^{ère} 6 mai 2003, RDC 2003 p 189, spé p 195.

³¹⁷ Civ. 3^{ème}, 29 novembre 2000, Bull. Civ. III n°176.

³¹⁸ Carbonnier J., obs. sous Civ., 10 juin 1941, RTD Civ. 1940-41 p 602.

La cohérence du comportement procédural du locataire est douteuse, car en nouant le lien d'instance et en acceptant de conclure au fond, l'esprit de coopération et de négociation inhérent à la clause de médiation s'évanouit. La clause « *n'a plus guère de sens à partir du moment où d'un commun accord les deux contractants ont décidé de croiser le fer devant un tribunal*³¹⁹ ». Il semble que les deux partenaires y renoncent successivement en saisissant le juge à partir du moment où l'objet du conflit entre dans le champ d'application de la clause de médiation. Chacun des partenaires contractuels réalisent à son tour un acte positif qui va dans le sens d'une renonciation tacite ; l'un en assignant son cocontractant, l'autre en procédant à une défense au fond. Demander l'exécution de la clause de médiation en appel c'est entrer en contradiction avec la réalité procédurale que l'on a créée en première instance et ce, au mépris du devoir de loyauté processuelle³²⁰.

La solution de la Cour de cassation surprend donc par son mutisme sur cette question, puisque l'interprétation de la volonté de renoncer à une prérogative fait l'objet d'un contrôle de sa part³²¹. Les moyens du pourvoi ne l'invitaient sans doute pas à se prononcer sur ce point ; on

³¹⁹ Perrot R., obs. sous Com., 22 février 2005, spé p 451.

³²⁰ On retrouve dans l'arbitrage cette idée qu'il y a renonciation à se prévaloir des irrégularités commises dans la procédure arbitrale dès lors qu'elles n'ont pas été immédiatement dénoncées. Toute solution contraire serait une prime à la mauvaise foi et à l'acceptation de comportements incohérents et dilatoires. En ce sens Cadiet L., *La renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procédure arbitrale*, Rev. Arb. 1996 p 3.

³²¹ Ch. Mixte, 26 avril 1974, Bull. mixte n°1, D 1975 p 249 note Boré J., JCP éd. G 1975 II 18157 concl. Gégout G.

Ce moyen relatif à l'existence d'une renonciation ne pouvait être soulevé pour la première fois devant la Cour de cassation qu'à l'unique condition qu'il soit de pur droit. Le moyen de pur droit est celui qui ne se réfère à aucune considération de fait qui ne résulterait pas des énonciations des juges du fond (Civ. 1^{ère}, 16 février 1994, Bull. Civ. I n°68). En l'occurrence, il n'apparaît pas à la lecture de l'arrêt de la Cour d'appel, que le moyen puisse être qualifié de pur droit et ainsi amener à un relevé d'office.

regrette cependant qu'elle n'y fasse pas une référence même implicite pour la Cour d'appel de renvoi.

La sanction choisie par la Chambre mixte est certes la seule correspondant à l'esprit de la clause de médiation, mais il semble nécessaire d'adapter son régime juridique pour ne pas faire de ces clauses un instrument dilatoire. Donner à ces clauses des effets trop importants risque de les étouffer au point de les rendre inutiles. « (...) *Cela signifie donc bien que les magistrats ne seront pas plus royalistes que le roi et qu'ils n'imposeront pas le respect de la clause aux parties qui n'en veulent pas*³²² ». Il semble que dorénavant la piste de la renonciation tacite ne soit pas à omettre. Elle éviterait ainsi d'entretenir un contentieux qui ne fera que rappeler l'évidence du préliminaire obligatoire de médiation ; la démonstration d'une renonciation tacite permettra sans doute de mieux appréhender de tels comportements et ainsi éviter le développement de contentieux sur ce point.

B. L'office du juge.

188. La Chambre mixte dans son arrêt précité, énonce qu'il appartiendra à l'une des parties de faire preuve de diligence et d'une certaine cohérence en soulevant elle-même la fin de non-recevoir tirée de la violation de la clause de médiation, ce qui laisse à cette dernière la possibilité de l'opposer en tout état de cause notamment pour la première fois en appel.

Le juge n'est donc pas autorisé à suppléer sa carence, il n'en a ni le devoir, ni le pouvoir. En d'autres termes, il ne peut et n'a pas l'obligation de relever d'office une fin de non-recevoir d'origine conventionnelle. Cette situation a contribué à la solution énoncée par la Chambre commerciale dans son arrêt du 22 février 2005, qui discrédite l'intérêt d'un recours à un préalable de médiation, essentiellement s'il faut dix années de procédure pour s'en rappeler. Sans doute, le juge dans le cadre de son office dispose-t-il de pouvoirs permettant d'éviter ce type de contentieux.

³²² Jarrosson Ch., note sous Ch. Mixte, 14 février 2003, Rev. Arb. 2003, p 403, spé p 410, n°9.

189. La position adoptée par cette Chambre mixte découle en réalité de la classification tripartite des fins de non-recevoir énoncée à l'article 125 du NCPC qui définit l'office du juge en la matière : « *celles qui doivent, peuvent ou ne peuvent pas être relevées d'office par le juge*³²³ ».

En effet, le législateur, sous l'impulsion de la jurisprudence³²⁴, a pu considérer que certaines fins de non-recevoir pouvaient revêtir un tel degré de gravité que leur relevé d'office s'imposait au juge ; dans cette hypothèse, il ne dispose d'aucune autre alternative que de la relever d'office.

A l'inverse, l'article 125 alinéa 2^{ème} du NCPC octroie au juge une simple faculté de soulever d'office « *la fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt, du défaut de qualité ou de la chose jugée*³²⁵ ». Cette catégorie intermédiaire, sur mesure³²⁶, est une « *sorte de garde-fou contre les actions fantaisistes*³²⁷ ».

³²³ Block G., *Les fins de non-recevoir en procédure civile*, LGDJ Bruylant, 2002, préface Fricero N., p 348, n°179.

³²⁴ Les fins de non-recevoir tirées de l'état des personnes, V. notamment Civ. 1^{ère}, 5 février 2002, D 2002 Somm. p 2018 obs. Granet M., RTD Civ. 2002 p 494 obs. Hauser J. ; Civ. 1^{ère}, 24 novembre 1987, D 1988 p 101 note Huet-Weiller D. ; Civ. 1^{ère}, 19 mai 1976, Bull. Civ. I n°184 ; du défaut de motivation, V. notamment Civ. 1^{ère}, 9 novembre 2004, JCP éd. G 2004 IV 3441.

³²⁵ A compter du 1^{er} janvier 2005, Décret N°2004-836 du 20 août 2004, articles 3 et 59.

³²⁶ Block G., *Les fins de non-recevoir en procédure civile*, Thèse précitée, p 350, n°179.

³²⁷ Guinchard S., *Mégacode Nouveau Code de Procédure Civile*, Dalloz, 1999, Article 126, p 231, n°17.

Enfin, la dernière catégorie rassemble toutes les autres fins de non-recevoir que le juge ne peut ni ne doit relever d'office³²⁸. Il appartient alors aux seules parties de les soulever lors de l'instance. C'est donc à cette catégorie que la Chambre mixte dans son arrêt du 14 février 2003 a rattaché la fin de non-recevoir tirée de la violation de la clause de médiation en raison de son origine purement conventionnelle³²⁹.

En conséquence, le juge dans le cadre de son office, est tributaire de la diligence du défendeur, puisque lui seul pourra demander le prononcé de la fin de non-recevoir. Il est néanmoins possible de contester cette situation d'attente dans laquelle se trouve le juge.

190. Les juges de la Cour d'appel de Toulouse ont senti toute la malice du locataire dans sa demande d'exécution de la clause de médiation et ont préféré la déclarer irrecevable. Laissant de côté la possible démonstration d'une renonciation tacite, il semble que les juges d'appel ont manqué d'audace dans le cadre de leur office. La solution à laquelle ils aboutissent est juste mais pour une raison différente.

En créant une obligation de ne pas agir en justice, les parties reconnaissent que toute action entrant dans l'objet de la clause sera temporairement impossible. En d'autres termes, elles s'imposent l'accomplissement d'une formalité, la médiation et ce, préalablement à toute demande en justice. Ainsi, il n'est pas interdit de penser que leur droit d'action n'existe pas

³²⁸ Les fins de non-recevoir tirées de la prescription, V. notamment Civ. 3^{ème}, 19 décembre 2000, Bull. Civ. III n°197 ; Civ. 2^{ème}, 14 février 1990, JCP éd. G 1990 IV 140 ; Civ. 1^{ère}, 8 novembre 1978, Bull. Civ. I n°340 ; de la tardiveté d'une action en rescision, V. notamment Civ. 3^{ème}, 6 mars 1979, Bull. Civ. III n°56 ; du défaut de lien suffisant entre la demande principale et incidente, V. notamment Soc., 23 novembre 1995, D 1996 Somm. p 135 obs. Julien P.

³²⁹ En ce sens Cadiet L. note sous Ch. Mixte, 14 février 2003 et Civ. 1^{ère} 6 mai 2003, RDC 2003 p 182, spé p 188.

encore, parce qu'elles n'ont finalement pas intérêt à agir³³⁰. Celui-ci n'est pas né, «*tant que la procédure de médiation n'a pas été mise en œuvre car nul ne sait alors si l'avantage attendu de l'exercice de l'action en justice ne leur sera pas procuré par une solution amiable du litige*³³¹ ».

En conséquence, la violation de la clause de médiation entraînerait le prononcé d'une fin de non-recevoir qui sanctionnerait le défaut d'intérêt à agir du demandeur. Un tel changement permet une modification de l'office du juge ; il pourrait alors la relever d'office³³², invitant ainsi les parties à se prononcer sur la mise en œuvre ou non du processus de médiation. On évacuerait, *a priori*, le contentieux lié à la recevabilité de la demande. Cette faculté permettrait ainsi de clarifier les positions de chacun des plaideurs et d'organiser un débat loyal et contradictoire³³³, tout en respectant la nature de la clause de médiation.

Dès lors, l'arrêt du 22 février 2005 aurait pu aboutir à une solution différente si les juges de première instance avaient eu la faculté de soulever d'office la fin de non-recevoir, obligeant les parties à se prononcer sur leur volonté d'appliquer ou non la clause de médiation. «*En termes d'économie de procédure et de cohérence du Code, on est en droit de se demander pourquoi un juge qui constaterait, des éléments de la procédure, une fin de non-recevoir ne pourrait la soumettre d'office aux débats des parties. Pourquoi devrait-on attendre le degré*

³³⁰ Article 31 du NCPC : «*L'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention (...)* ».

³³¹ Cadiet L., note sous Ch. Mixte, 14 février 2003 et Civ. 1^{ère} 6 mai 2003, RDC 2005 p 182, spé p 188.

³³² Sur la pertinence et l'opportunité de conserver une classification tripartite des fins de non-recevoir, Voir Block G., *Les fins de non-recevoir en procédure civile, Thèse précitée*, p 364, n°185 s.

³³³ Ch. Mixte, 10 juillet 1981, D 1981 p 637 concl. Cabannes J., RTD Civ. 1981 p 677 obs. Normand J. et p 905 Obs. Perrot R. : «*qu'en relevant d'office une fin de non-recevoir, sans inviter les parties à présenter leurs observations, la Cour d'appel a violé le texte susvisé* ».

d'appel ou la cassation pour évoquer cette fin de non-recevoir, alors que le juge aurait pu la constater antérieurement des éléments du dossier³³⁴ ? ».

Il ne sert à rien de posséder un pouvoir juridictionnel si son exercice est cloisonné dans un cadre rigide. La crainte d'une inflation des pouvoirs du juge et d'un risque d'arbitraire se trouve tempérée par l'application systématique du principe du contradictoire. La protection des parties est donc assurée en vue d'une plus grande loyauté dans les débats. Il importe d'avoir une approche plus pragmatique de l'office du juge en lui permettant de se prononcer au plus tôt sur la recevabilité de l'action entreprise afin d'engager plus sereinement le débat sur le fond du litige.

191. Il faut donc prendre garde au régime juridique de la fin de non-recevoir notamment en son article 123, car elle offre à l'une des parties une arme redoutable pour retarder artificiellement l'issue du conflit. La Cour de cassation a pourtant confirmé que la fin de non-recevoir tirée de la violation de la clause de médiation pouvait l'être en tout état de cause même pour la première fois en appel³³⁵. Cette faculté, contestable, peut être combattue au moyen de deux techniques. D'une part, il s'agit pour les juges de rechercher si l'attitude du défendeur permet de déceler une renonciation tacite à se prévaloir du bénéfice de la clause de médiation. D'autre part, il est envisageable de modifier l'approche adoptée par la Chambre mixte dans son arrêt du 14 février 2003 à l'égard de la nature de la fin de non-recevoir ; il n'est pas interdit de penser qu'elle vient en réalité sanctionner un défaut d'intérêt à agir, permettant ainsi au juge de s'assurer auprès des parties de leur volonté de renoncer à la clause de médiation.

Dans le même sens, la possibilité pour les parties de demander sur le fondement de l'article 126 du NCPC la régularisation de la fin de non-recevoir peut amener à un contournement original de ladite sanction.

³³⁴ Block G., *Les fins de non-recevoir en procédure civile, Thèse précitée, ibid.*

³³⁵ Com., 22 février 2005, *Arrêt précité.*

§2 : Une altération originale de la sanction retenue : la régularisation.

192. L'obligation de ne pas agir en justice contenue dans la clause de médiation interdit toute action en justice le temps du processus de médiation ; situation confirmée par la Chambre mixte dans son arrêt en date du 14 février 2003. En choisissant la sanction de la fin de non-recevoir, elle consacre l'idée selon laquelle l'obligation de ne pas agir en justice a bien pour effet de neutraliser temporairement le droit d'action de chacune des parties. Dès lors, le juge saisi d'un litige, ne pourra admettre la recevabilité de l'action entreprise au mépris de la clause de médiation.

Toutefois, certaines dispositions du Nouveau code de procédure civile relatives à la fin de non-recevoir altèrent plus ou moins fortement l'efficacité et l'effectivité de la sanction retenue. La faculté accordée à chacun des plaideurs par l'article 126 du NCPC de pouvoir régulariser sa situation processuelle entraîne une altération originale de ladite sanction.

193. L'article 126 du NCPC énonce que « *dans les cas où la situation donnant lieu à fin de non-recevoir est susceptible d'être régularisée, l'irrecevabilité sera écartée si sa cause a disparu au moment où le juge statue (...)* ». La loi permet ainsi d'enlever à la demande en justice tous les vices d'irrecevabilité dont elle pouvait être atteinte³³⁶.

Avant la réforme du Code de procédure civile, la faculté de pouvoir procéder à la régularisation des fins de non-recevoir se heurtait au principe de l'immutabilité du litige, qui

³³⁶ Garsonnet E., *Traité théorique et pratique de procédure*, Paris, 1882, p 618 : « *Il est vrai qu'elles [les fins de non-recevoir] n'opposent pas toutes un perpétuel obstacle à l'action et que le demandeur n'aura souvent qu'à régulariser sa situation pour rendre sa demande recevable : il se munira, s'il est incapable, des autorisations nécessaires ; il substituera son action personnelle à l'action irrégulière de son procureur ; il réparera son oubli du préliminaire de conciliation, mais il restera toujours ceci que sa demande est écartée dans sa forme actuelle comme s'il s'agissait d'une véritable défense* ».

empêchait toute prise en considération d'une possible évolution de la situation procédurale de chacune des parties. Celle-ci, intérêt ou qualité pour agir, était irrémédiablement fixée pour toute la durée de la procédure ; si un changement intervenait, il n'en était pas tenu compte et l'on devait alors engager une nouvelle instance à condition qu'aucune prescription ou forclusion ne soient entre temps intervenues.

Deux arrêts de la Cour de cassation³³⁷ ont permis une évolution et un assouplissement du principe de l'immutabilité du litige. En effet, il apparaissait inique de ne pas tenir compte d'un changement dans la situation des plaignants et de les obliger à introduire une nouvelle instance. La régularisation permettait alors « *de sauver des situations défectueuses lorsque le vice est réparable*³³⁸ ».

Lors de la réforme du Code de procédure civile, cette jurisprudence audacieuse fut consacrée à l'article 126. Elle est traditionnellement présentée comme un instrument d'équité, la régularisation participe à l'économie des procédures et au désengorgement des tribunaux³³⁹.

194. « *La régularisation qui suppose une réparation ou une suppression d'un vice, nécessite la réfection de l'élément vicié. La réfection véritable impliquerait le recommencement complet de la procédure dès son origine, au même titre qu'un acte refait comporte tous les éléments nécessaires à la validité. Au contraire, pour régulariser un acte ou une procédure, on fait en quelque sorte une économie de moyens, en n'ajoutant que l'élément qui faisait défaut, en ne remplaçant que l'élément vicié*³⁴⁰ ». La régularisation

³³⁷ Civ., 22 février 1972, JCP éd. G 1972 II 17111 note Lindon R. ; Civ. 1^{ère}, 12 novembre 1969, JCP éd. G 1970 II 16195 obs. R. L., RTD Civ. 1970 p 211 obs. Hébraud P. et Raynaud P.

³³⁸ Hébraud P., Raynaud P., obs. Civ. 1^{ère}, 12 novembre 1969, spé p 211.

³³⁹ Block G., *Les fins de non-recevoir en procédure civile, Thèse précitée*, p 378, n°194.

³⁴⁰ Dupeyron Ch., *La régularisation des actes nuls*, LGDJ, Bibliothèque de Droit Privé, Tome 127, 1973, préface Hébraud P., p 170, n°244.

permet d'éviter le prononcé d'une irrecevabilité en prenant en considération l'évolution de la situation litigieuse. Ainsi une partie qui n'a pas qualité pour agir risque de se voir opposer une fin de non-recevoir, à moins pour elle de régulariser à temps sa situation.

Selon l'article 126 du NCPC, il est possible de procéder à la régularisation de la situation en première instance mais avant que le juge statue. Plus précisément, elle doit intervenir avant la clôture des débats si la procédure est orale et, avant l'ordonnance de clôture si la procédure est avec représentation obligatoire³⁴¹, sous la réserve qu'aucune forclusion ne soit intervenue³⁴².

La jurisprudence a, en outre, reconnu que la régularisation pouvait aussi intervenir en cause d'appel même si la fin de non-recevoir avait été déjà examinée par le tribunal³⁴³. La Cour de cassation exprime ainsi sa volonté de favoriser la régularisation afin d'éviter des situations problématiques. Elle n'hésite donc pas à exiger du juge qu'il vérifie si la cause de l'irrecevabilité n'avait pas disparu au moment où il statue³⁴⁴.

195. Cette bienveillance accordée par le législateur et sous le contrôle des juges peut avoir une conséquence pour le moins étonnante. Il a été en effet décelé, dans une étude sur la pertinence du choix de la sanction de fin de non-recevoir, une faille qui pourrait nuire, dans une certaine mesure, à la sanction de la violation de l'obligation de ne pas agir en justice telle que définie par la Chambre mixte dans son arrêt du 14 février 2003.

³⁴¹ Civ. 2^{ème}, 3 juin 1998, Bull. Civ. II n°173, RTD Civ. 1998 p 740 obs. Perrot R.

³⁴² Com., 8 juin 1999, D 1999 IR p 178 ; Civ. 2^{ème}, 18 novembre 1981, Gaz. Pal. 1982 p 209 note Viatte J., RTD Civ. 1984 p 170 obs. Perrot R.

³⁴³ Civ. 3^{ème}, 15 novembre 1985, Bull. Civ. III n°215.

³⁴⁴ Com., 19 juin 1979, Bull. Civ. IV n°208 : « *Qu'en statuant ainsi sans rechercher si la cause de l'irrecevabilité n'avait pas disparu dans l'intervalle séparant l'introduction de la demande du jugement, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ».

Le raisonnement est le suivant³⁴⁵ : « (...) peut-on, alors que l'instance a été introduite hâtivement sans que le préalable de conciliation ait été suivi, finalement y satisfaire pendant que l'instance piétine dans les greffes ? Et finalement arriver devant le juge en régularisation en disant : « Oui, bien sûr, quand j'ai délivré mon assignation, il n'y avait pas eu le préalable de conciliation, mais maintenant que nous sommes devant vous, et on a essayé de se concilier mais on n'y est pas arrivé ? ».

On se trouve alors dans une situation originale, puisque la clause de médiation est violée à la suite de l'introduction de la demande en justice. Toutefois le juge ne pourra prononcer l'irrecevabilité de l'action entreprise car les parties se sont prêtées au jeu de la médiation avant que le juge ne statue, régularisant ainsi la situation donnant lieu à une fin de non-recevoir. Leur défaut d'intérêt à agir est alors couvert.

La situation décrite est inédite et pourtant elle est en parfaite conformité avec le régime juridique de la fin de non-recevoir. « On perçoit là le caractère paradoxal de la qualification de fin de non-recevoir, qui couvre naturellement une situation définitive et qui est appliquée ici à une situation provisoire³⁴⁶ ».

Cette faculté de pouvoir régulariser leur situation procédurale permet finalement aux parties de respecter leur engagement initial. Elles ont certes mis en place le processus de médiation en laissant toutefois l'impression qu'il pourrait s'agir d'un simulacre. Mais qu'importe, peut-être ont-elles réellement essayé de dialoguer.

196. On peut néanmoins s'interroger sur l'intérêt d'une telle démarche, alors même que les parties ont la faculté de renoncer au bénéfice de la clause de médiation et que la Chambre mixte a déclaré que le cours de la prescription était suspendu le temps du processus.

³⁴⁵ Bénabent A., *La fin de non-recevoir tirée d'une clause instituant un préalable obligatoire de conciliation*, BICC 2004 Hors Série n°3 p 31, spé p 33.

³⁴⁶ Croze H., Gautier D., note sous Ch. Mixte, 14 février 2003, JCP éd. 2003 p 707, spé p 713, n°10.

Confronté à une telle situation, le juge ne semble pas tellement avoir d'autre choix que de reconnaître la disparition de la cause d'irrecevabilité du fait de la mise en œuvre du processus de médiation. La régularisation entraîne ainsi une altération originale de la sanction retenue, puisque la violation de la clause de médiation est couverte grâce à la lenteur fréquente des procédures juridictionnelles³⁴⁷.

* *

*

197. *« Il est certain qu'une clause contractuelle imposant aux parties de rechercher une solution amiable de leur différend les prive du pouvoir de saisir le juge tant que cette*

³⁴⁷ Cette situation ne doit pas être confondue avec l'hypothèse dans laquelle l'une des parties a violé la clause de médiation entraînant alors le prononcé d'un jugement d'irrecevabilité. La question se posait alors de savoir si l'introduction d'une nouvelle demande en justice postérieurement à l'échec du processus de médiation, ne risquait pas de se heurter à l'autorité de la chose précédemment jugée. Conformément à l'article 480 du NCPC, la décision prononçant l'irrecevabilité de la demande bénéficie de l'autorité de la chose jugée. Toutefois, il est important de noter que le respect postérieur du préliminaire de médiation constitue une circonstance nouvelle insusceptible d'empêcher l'introduction d'une nouvelle demande en justice et ce, en dépit d'un précédent jugement d'irrecevabilité.

La Cour de cassation s'est en effet récemment engagée en ce sens puisqu'elle a retenu que : *« (...) sans rechercher si l'échec de la procédure de conciliation, mise en œuvre postérieurement (...), ne constituait pas une circonstance nouvelle privant cet arrêt de l'autorité de la chose jugée à l'égard de la demande dont elle était saisie (...) »* (Civ. 2^{ème}, 21 avril 2005, JCP 2005 éd. G II 10153 note Croze H., Procédures décembre 2005, comm. n°267 obs. Perrot R.). Sur la notion de jugement rendu en l'état, V. *infra* n°235 s.

*recherche n'a pas été entreprise*³⁴⁸ ». L'obligation de ne pas agir en justice a effectivement pour effet de suspendre temporairement le droit d'action de chacune des parties. Ce n'est qu'à l'issue du processus de médiation qu'elles retrouveront leur liberté d'agir en justice.

La violation de cette obligation peut amener à une demande en exécution en nature. En raison des effets processuels engendrés par celle-ci, la jurisprudence et notamment la Chambre mixte dans son arrêt du 14 février 2003 ont opté pour la qualification de fin de non-recevoir. En dépit des critiques qu'une partie de la doctrine³⁴⁹ adresse à l'égard de cette solution, la qualification retenue permet une sanction efficace et effective de la violation de l'obligation de ne pas agir en justice. Cette inclination logique en faveur de la fin de non-recevoir, n'exclut en rien que la partie défenderesse puisse préférer agir sur le fondement du droit des contrats en recherchant la responsabilité contractuelle de son partenaire ou encore la rupture du lien contractuel les unissant.

L'étude des dispositions relatives à la fin de non-recevoir a aussi permis de constater que dans deux hypothèses, le régime juridique de celle-ci pouvait nuire à la sanction de la violation de l'obligation de ne pas agir. La possibilité de l'opposer en tout état de cause peut s'avérer préjudiciable car on retarde alors artificiellement l'issue du conflit. Enfin, la faculté de pouvoir procéder à la régularisation de la fin de non-recevoir aboutit à une situation inédite et originale, puisque la violation de la clause de médiation est réparée grâce à un défaut inhérent au service public de la Justice.

L'étude du traitement de l'inexécution de l'obligation de ne pas agir en justice laisse souvent de côté quelques incertitudes liées aux effets processuels de cette obligation, qu'il convient pourtant de ne pas négliger.

³⁴⁸ Cadiet L. note sous Civ. 1^{ère}, 6 mai 2003, RDC 2003 p 182.

³⁴⁹ V. notamment Bénabent A., Lagarde X, *La fin de non-recevoir tirée d'une clause instituant un préalable obligatoire de conciliation*, BICC 2004 Hors Série n°3 p 31.

Chapitre 2^{ème}

Les effets de l'obligation de ne pas agir en justice.

198. L'obligation de ne pas agir en justice s'exécute de manière négative, puisqu'elle astreint chacune des parties à n'entreprendre aucune action en justice avant que le préalable de médiation n'ait été accompli. Cette abstention crée toutefois certaines difficultés.

La Chambre mixte dans son arrêt du 14 février 2003 a admis que « *la clause instituant une procédure de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge, dont la mise en œuvre suspend jusqu'à son issue le cours de la prescription (...)*³⁵⁰ ». La Cour reconnaît ainsi que la suspension du droit d'action de chacune des parties créée par l'obligation de ne pas agir a nécessairement une influence sur le déroulement de la prescription³⁵¹. Cette dernière peut difficilement continuer à s'écouler alors même que les parties ne peuvent faire valoir leurs droits autrement qu'au cours du processus de médiation ; ainsi est évité le risque d'opposition d'une nouvelle fin de non-recevoir (Section I).

L'obligation pour les parties de mettre en place le processus de médiation lors de la survenance d'un conflit et de négocier une solution amiable peut prendre un certain temps. Durant cette période, la situation personnelle de chacune des parties peut évoluer de manière négative à la suite du conflit les opposant. Dès lors, certaines mesures provisoires doivent pouvoir être prises pour sauvegarder les droits menacés. Le médiateur étant dépourvu de tout

³⁵⁰ Ch. Mixte, 14 février 2003, Bull. Civ. n°1 ; BICC 1^{er} mai 2003 avis Benmakhlouf et rapport Bailly, D 2003 p 1386 note Ancel P. et Cottin M., RTD Civ. 2003 p 294 obs. Mestre J. et Fages B., PA 12 mars 2003 p 13 note Bernheim L., JCP éd. E 2003 p 707 note Croze H. et Gautier D., Rev. Arb. 2003 p 403 note Jarrosson Ch., Defrénois 2003 p 1158 note Libchaber R., RDC 2003 p 182 et p 189 obs. Cadiet L. et Lagarde X.

³⁵¹ L'échec comme la réussite de la médiation entraîne la fin de la suspension du cours de la prescription, puisque la Chambre mixte dans son arrêt précité n'émet à juste titre aucune distinction.

pouvoir juridictionnel, ne pourra imposer de telles mesures, seul le juge le peut en vertu de sa *jurisdictio* et de son *imperium*. Ainsi se pose la question du traitement de l'urgence face à l'effet processuel engendré par l'obligation de ne pas agir en justice (Section II).

L'étude du régime juridique de la fin de non-recevoir issue de la violation de l'obligation de ne pas agir ne serait pas complète, si l'on ne prenait en considération une certaine réalité contractuelle. En effet, il n'est pas rare de trouver au sein d'un même contrat une hiérarchie dans les clauses relatives aux litiges. Les parties peuvent décider de stipuler une clause de médiation et une clause compromissoire ; l'échec de la première entraînant la mise en œuvre de la seconde. On pressent dès lors que l'articulation entre ces deux clauses risque de ne pas aller de soi³⁵². L'exercice relèvera sans doute de l'acrobatie, mais son utilité n'est pas à démontrer en raison des enjeux économiques de ces procédures (Section III).

Section I : La suspension du cours de la prescription.

199. La prescription constitue un moyen de consacrer en droit une situation de fait au bout d'un certain temps. Cette institution se justifie dans un double souci de ne pas encombrer les tribunaux par de trop anciens différends et d'éviter un dépérissement des preuves³⁵³. Ainsi, une attention toute particulière doit être portée par les créanciers aux effets du temps sur leurs droits, à défaut une fin de non-recevoir tirée de l'accomplissement de la prescription pourra leur être opposée.

Dans le souci d'éviter une telle situation, la Chambre mixte a retenu que « *la mise en œuvre [de la clause de conciliation obligatoire] suspend jusqu'à son issue le cours de la*

³⁵² Jarrosson Ch. note sous Ch. Mixte, 14 février 2003 et CA Paris 23 mai 2001, Rev. Arb. 2003 p 403, spé p 409, n°7.

³⁵³ Terré F., Simler Ph. Lequette Y., *Droit civil - Les obligations*, Dalloz, 9^{ème} éd., 2005, p 1386, n°1472.

*prescription*³⁵⁴ ». Il reste cependant à justifier théoriquement un tel *obiter dictum* (§1) et à dégager des solutions pratiques quant à sa mise en œuvre (§2).

§1 : La justification théorique.

200. La justification théorique de la position de la Chambre mixte dans son arrêt précité ne va pas de soi. En effet, les solutions retenues tant par les pouvoirs publics que par la jurisprudence sur la question de la prescription dans le cadre de conciliations prévues par des textes, créent une étrange impression d'absence d'unité (A). Pour pallier à ces difficultés, d'aucuns ont pu proposer le recours à l'adage « *Contra non valentem agere non currit praescriptio* » comme possible solution pour éviter toute prescription des droits en raison de l'écoulement du temps passé à la recherche d'une solution amiable (B). Pour autant, la Chambre mixte ne semble pas réellement consacrer une application dudit adage, mais davantage créer une nouvelle cause de suspension du cours de la prescription (C).

A. Un dispositif légal et jurisprudentiel contradictoire.

201. Le préliminaire obligatoire et conventionnel de médiation n'appartient pas aux différentes causes d'interruption ou de suspension de la prescription prévues par la loi³⁵⁵. Dès lors, il n'est pas impossible que les parties soucieuses de respecter leur engagement et négociant une issue amiable à leur différend, soient privées d'agir devant le juge en raison de l'écoulement du temps. En d'autres termes, l'une d'elles lui opposera une fin de non-recevoir tirée de la prescription libératoire.

Cette conséquence créerait ainsi un réel sentiment d'injustice ou plutôt d'incompréhension. L'acquisition de la prescription est certes un élément à prendre en considération puisqu'elle a

³⁵⁴ Ch. Mixte, 14 février 2003, *Arrêt précité*.

³⁵⁵ Articles 2242 à 2250 du Code civil.

pour fonction de consolider des situations de fait et de permettre un droit à l'oubli³⁵⁶. Il apparaît difficilement compréhensible que l'une des parties puisse opposer une telle fin de non-recevoir, alors même qu'aucune d'elles ne pouvait ni interrompre ni suspendre le cours de la prescription du fait de la neutralisation de l'action ! « *A l'impossible nul n'est tenu* », serait-on tenté de répliquer. Un conflit existe donc entre l'obligation de ne pas agir en justice issue de la clause de médiation et l'écoulement du temps permettant l'acquisition de la prescription libératoire. « *Il peut sembler assez singulier qu'à l'heure où notre droit recherche des solutions amiables, un effort de conciliation de la part du créancier puisse en fin de compte se retourner contre lui*³⁵⁷ ».

202. La faveur actuelle pour les règlements amiables contraste avec la relative absence de cohérence sur la question de la prescription. En effet, le rapprochement entre la clause de médiation et d'autres techniques de résolution amiable des conflits ne permet pas réellement de dégager une solution unique pour le traitement de la prescription.

203. Les pouvoirs publics semblent pour leur part faire preuve d'une certaine cohérence, lorsqu'ils envisagent la question de la prescription. Ainsi, dans le cas d'une conciliation extrajudiciaire menée par un conciliateur de justice, l'article 5 du décret du 20 mars 1978 énonce que « *la saisine du conciliateur de justice n'interrompt ni ne suspend la prescription, les délais de déchéance ou de recours* ». La solution est sévère et risque de sérieusement dissuader les parties intéressées par ce type de conciliation lorsqu'elles apprendront que l'écoulement du temps a eu un effet sur leurs droits respectifs.

A l'inverse, la contestation portant sur l'application de l'article L 611-7 du Code la Propriété intellectuelle relatif aux inventions réalisées par un salarié dans ou hors le cadre de sa mission

³⁵⁶ Mazeaud D., *Ordre public et aménagements de la prescription*, in, *Les désordres de la prescription*, sous la direction de Courbe P., PU Rouen, 2000, p 85.

³⁵⁷ Mestre J., obs. sous Civ. 2^{ème}, 5 octobre 1988, RTD Civ. 1989 p 751, spé p 752.

de travail peut amener à la saisine de la Commission nationale sur les inventions des salariés. Dans cette hypothèse, l'article R 615-26 du Code précité retient que la saisine (obligatoire) de la commission paritaire de conciliation suspend toute prescription.

A travers ces deux exemples, on constate que selon le degré de coercition existant pour le recours à la conciliation, il existe alors un effet sur la prescription. Le cours de la prescription est donc suspendu à partir du moment où le processus de conciliation est préalable et obligatoire, dans le cas contraire les parties doivent prendre conscience de ce risque en concluant une convention de suspension de prescription. Cette défaveur pour la conciliation non obligatoire ne participe pas à son attraction, puisque l'une des parties pourrait voir son droit prescrit, alors même qu'elle a entrepris une démarche de règlement amiable de son différend.

204. L'examen de la jurisprudence permet d'aboutir à une solution inverse, puisque le caractère obligatoire ou non d'une tentative de conciliation n'entraîne ni interruption ni suspension du cours de la prescription.

Ainsi, dans le cadre de la procédure de saisie sur rémunération, l'article R 145-9 du Code du travail énonce que : « *la saisie des rémunérations est précédée, à peine de nullité, d'une tentative de conciliation devant le juge d'instance* ». En dépit du caractère obligatoire de la conciliation, la Cour de cassation dans un arrêt du 8 juin 1988 a retenu que « (...) *la requête adressée aux fins de conciliation n'est pas interruptive de la prescription*³⁵⁸ ». La solution de la Cour de cassation est difficile à comprendre puisque le créancier n'avait pas d'autre issue pour procéder à la saisie que de présenter préalablement une requête aux fins de conciliation. La Cour considère en effet que cette démarche ne traduit pas de la part du créancier une réelle volonté d'empêcher son débiteur de prescrire.

La Cour de cassation adopte une position similaire dans l'hypothèse inverse où le préalable de conciliation est facultatif. Ainsi dans le cadre des baux commerciaux, la fixation du loyer peut être source de contentieux important, aussi les pouvoirs publics ont créé une Commission

³⁵⁸ Civ. 2^{ème}, 8 juin 1988, JCP éd. G 1989 II 21199 note Taisne J.-J., RTD Civ. 1989 p 751 obs. Mestre J.

départementale de conciliation qui s'efforce de rapprocher à l'amiable les parties en émettant notamment un avis sur le montant du loyer. La saisine de ladite Commission reste à la discrétion des parties³⁵⁹, ainsi la question s'est posée de savoir si le recours à cette dernière avait une quelconque influence sur le cours de la prescription. Dans un arrêt en date du 18 février 1998, la Troisième Chambre civile a retenu que : « *la saisine de la commission départementale de conciliation, qui ne fait pas obstacle à celle du juge des loyers, n'a pas d'effet interruptif de la prescription*³⁶⁰ ».

205. La Cour de cassation, à travers ces arrêts, marquent ainsi son attachement à la lettre des textes du Code civil relatifs à la prescription, puisqu'elle considérait, jusqu'à récemment³⁶¹, que les causes d'interruption et de suspension du cours de la prescription étaient limitativement énumérées³⁶².

³⁵⁹ Civ. 3^{ème}, 3 février 1993, Bull. Civ. III n°13 : « (...) *la Cour d'appel qui relève qu'à la date des débats devant elle, aucune des parties n'avait saisi la commission départementale de conciliation visée à l'article 23-6-1 du décret du 30 septembre 1953, retient exactement qu'elle n'était pas tenue de surseoir à statuer sur la fixation du nouveau loyer* ».

³⁶⁰ Civ. 3^{ème}, 9 février 1998, Bull. Civ. III n°38, Defrénois 1998 p 1192 obs. Duplant-Miellet.

³⁶¹ *Infra* n°214 Note 1.

³⁶² Sur le caractère limitatif des causes d'interruption du cours de la prescription, V. Req., 2 mars 1908, S 1910. 1. 366 ; Req., 25 juin 1884, DP 1885. 1. 77 ; Req., 10 mai 1876, DP 1878. 5. 113.

Sur le caractère limitatif des causes de suspension de la prescription, la seule lecture de l'article 2251 du Code civil permettait d'asseoir cette position, nonobstant la brèche ouverte avec l'application de l'adage *Contra non valentem*, en ce sens V. Ghestin J., Billiau M. Jamin Ch., *Le régime des créances et des dettes*, LGDJ, 2005, p 1182, n°1160 ; Sohm-Bourgeois A.-M., *La prescription acquisitive*, Rép. Dalloz Civil, mars 2002, spé p 25, n°275 s.

Dès lors qu'un texte légal n'a pas prévu une cause de suspension ou d'interruption du cours de la prescription, le juge ne peut suppléer cette carence. Il appartiendra alors aux parties de porter une attention toute particulière à l'écoulement du temps pour ne pas se voir fermer le recours au juge. « *Rechercher la conciliation ou interrompre la prescription, il faut choisir*³⁶³ ! ».

Toutefois, il semble que le recours à un vieil adage utilisé par les canonistes en vue de lutter contre les injustices de la prescription pourrait justement aider à trouver une solution plus équilibrée sur la question de l'écoulement du temps dans le cadre notamment d'un processus de conciliation ou de médiation.

B. L'adage « *Contra non valentem agere non currit praescriptio* ».

206. Cet adage fut systématisé par Bartole dans la célèbre formule : « *Contra non valentem agere non currit praescriptio*³⁶⁴ ». Cette maxime repose avant tout sur l'équité et le pouvoir modérateur du juge³⁶⁵. Les canonistes étaient scandalisés par l'institution même de la prescription, car l'écoulement du temps, selon eux, ne pouvait engendrer la disparition de droits. Dès lors, ils ont confié au juge le soin d'adapter cette règle permettant ainsi le rejet de

³⁶³ Mestre J., obs. sous Civ. 2^{ème}, 8 juin 1988, RTD Civ. 1989 p 751.

³⁶⁴ Roland H., Boyer L., *Adages du droit français*, Litec, 4^{ème} éd., 1999, p 109, n°60 : « *La prescription ne court pas contre celui qui a été empêché d'agir* » ; Carbonnier J., *Notes sur la prescription extinctive*, RTD Civ. 1952 p 171 ; Carbonnier J., *La règle Contra non valentem agere non currit praescriptio*, Rev. Crit. 1937 p 155.

³⁶⁵ Sur cette question V. notamment, Fischer J., *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, PUAM, 2004, préface Le Tourneau Ph.

la prescription, lorsque l'injustice était trop criante. Une sorte de mesure de grâce était instaurée³⁶⁶.

Le souvenir de l'équité des Parlements et de l'arbitraire des juges³⁶⁷ a amené le législateur de 1804 à anéantir un tel pouvoir. Désormais, les causes de suspension de la prescription relèvent du domaine de la loi comme l'énonce l'article 2251 du Code civil : « *la prescription court contre toutes les personnes, à moins qu'elles ne soient dans quelque exception établie par une loi* ». La cause semblait dès lors entendue. A moins que les parties aient prévu une suspension conventionnelle de la prescription³⁶⁸, les pourparlers ou les négociations en vue d'un règlement amiable n'interrompent ni ne suspendent le cours de la prescription.

207. Pourtant, la jurisprudence ne va pas hésiter à utiliser de nouveau cette maxime en vue de relever de la prescription acquise un créancier empêché d'agir en justice. Elle énonce de manière constante que : « *la prescription ne court pas contre celui qui est dans l'impossibilité absolue d'agir, par suite d'un empêchement quelconque résultant soit de la loi, soit de la convention ou de la force majeure*³⁶⁹ ».

³⁶⁶ Amrani-Mekki S., *Le temps et le procès civil*, Dalloz, Vol. 11, 2002, préface Cadiet L., p 233, n°248.

³⁶⁷ « *L'arbitraire du juge prendra la place des textes précis de la loi* » Murlon F. cité par Lassere-Kiesow V., *La prescription, les lois et la faux du temps*, JCP éd. N 2004 p 772, spé p 778, n°19.

³⁶⁸ Cario R., *Les modifications conventionnelles de la prescription extinctive*, PA 6 novembre 1998 p 9.

³⁶⁹ Com., 13 avril 1999, JCP éd. G 1999 II 10222 note Fages B. ; Civ., 22 décembre 1959, JCP éd. N 1960 II 11494 note P.E. ; Req., 28 novembre 1938, DH 1939. 1. 99 ; Req., 22 juin 1853, DP 1853. 1. 302.

L'adage ne se comprend que dans le cadre d'une impossibilité de fait et non de droit. Dans cette seconde hypothèse, le droit d'action n'est pas encore né en raison de la nature du droit en cause (créance à terme, créance conditionnelle...) ou encore pour des motifs de bon sens (le vice de violence n'a pas cessé, l'éviction n'a pas encore eu lieu empêchant ainsi la mise en œuvre de la garantie...). Dans ces cas, le point de départ de la prescription est retardé, on applique alors l'adage « *actioni non natae non praescribitur*³⁷⁰ ». On ne pourra ainsi dans cette hypothèse reprocher à une personne de n'avoir pas agi puisque la loi ne le lui permettait pas encore³⁷¹.

A l'inverse, l'adage *Contra non valentem* n'a de sens qu'en présence d'un obstacle de fait qui a placé le créancier dans un état d'impossibilité absolue. L'écho à la force majeure est ici symptomatique. Il apparaît ainsi important de s'interroger sur le champ d'application de cet adage, d'analyser dans quelles circonstances il peut être appliqué et quels sont ses effets.

208. En règle générale, l'adage a vocation à s'appliquer à de véritables cas de force majeure, rendant ainsi compte d'une impossibilité absolue d'agir durant le temps où le délai de prescription s'écoule. Traditionnellement, le créancier pouvait demander l'application de l'adage si une inondation, un fait de guerre, un cataclysme l'avait mis dans l'impossibilité absolue d'agir avant l'extinction du délai³⁷².

³⁷⁰ « *Actio non natae non praescribitur* », Roland H., Boyer L., *op. cit.*, p 10, n°7.

³⁷¹ Carbonnier J., *La règle Contra non valentem agere non currit praescriptio*, Rev. Crit. 1937 p 155 spé p 166 : « (...) on peut poser que, si dans les prétendus cas d'obstacle légal la prescription ne court pas, c'est tout simplement parce qu'il n'y a rien qui puisse se prescrire, celui contre qui elle est alléguée n'ayant pas encore de droit, ou du moins pas encore d'action. Ce n'est plus la règle *Contra non valentem agere* qui est en cause, mais bien un autre adage : *Actioni non natae non praescribitur* ».

³⁷² Carbonnier J., *La règle Contra non valentem...*, art. préc, spé p 170 s.

Puis, la jurisprudence s'est ému de certaines situations qui sans traduire une impossibilité absolue d'agir amenaient à des situations quelque peu iniques. Dès lors, les juges ont commencé à élargir le champ d'application de l'adage en prenant en considération l'impossibilité morale d'agir qui en réalité exprimait davantage une impossibilité relative d'agir en justice. L'exemple topique était celui des pourparlers et négociations en vue d'un règlement amiable du différend opposant créancier et débiteur. En engageant de telles discussions, il semblait moralement difficilement acceptable que l'une des parties agisse en justice : « (...) *c'est que le créancier serait singulièrement gêné pour prendre des mesures de défiance contre un co-contractant avec qui il discute encore amiablement. Il y a, pour lui, une impossibilité morale d'agir tant que les pourparlers se prolongent*³⁷³ ».

Dans un premier temps, la jurisprudence a admis qu'une telle situation pouvait amener à l'application de la règle *Contra non valentem*³⁷⁴, élargissant ainsi le contenu de la notion dans un souci d'équité. Elle a par la suite abandonné cette solution dans le sens d'un raidissement en retenant que « *ni l'expertise, ni les pourparlers ne pouvaient suspendre le délai de prescription*³⁷⁵ ». Quelle que soit l'intensité des démarches entreprises pour le règlement non juridictionnel des conflits, la prescription accomplie est définitivement acquise. La solution est regrettable, puisqu'elle conduit les parties à délaisser les modes alternatifs de règlement des conflits pour préférer l'action contentieuse dans le but d'éviter l'accomplissement de la prescription notamment pour les brefs délais.

³⁷³ Carbonnier, *La règle Contra non valentem...*, art. préc, spé p 176.

³⁷⁴ Req., 28 novembre 1938, DH 1939.1. 99 qui admet l'application de l'adage dans le cadre d'un règlement du différend par le biais d'une expertise amiable ; CA Aix, 20 décembre 1920, S 1922. 2. 46 ; Req., 29 octobre et 17 novembre 1913, S 1914. 1. 149 pour une hypothèse de pourparlers pour une avarie dans un contrat de transport.

³⁷⁵ Civ. 2^{ème}, 5 octobre 1988, Bull. Civ. II n°188, D 1989 p 209 note Choppin de Janvry S., RTD Civ. 1989 p 751 obs. Mestre J. ; V. aussi Civ. 1^{ère}, 13 novembre 1996, Bull. Civ. I n°389 et Civ. 1^{ère}, 14 février 1989, Bull. Civ. I n°76 qui refusent toute suspension ou interruption de la prescription dans le cadre de pourparlers entre un assuré et son assureur.

209. En réalité, le retour à l'exigence d'une impossibilité absolue a pour but d'éviter que les délais de prescription ne soient vidés de leur substance par un accueil trop favorable de la règle *Contra non valentem*. La crainte tient au risque d'un allongement automatique des délais ; « *le créancier serait donc autorisé à remonter indéfiniment dans son passé, à en extraire tous les cas de force majeure, qui sont inévitables dans une vie humaine (...), à additionner les jours de maladie aux jours de grève, et à se prévaloir de circonstances indifférentes pour allonger à son gré le délai légal*³⁷⁶ ». Cette appréhension s'avère cependant infondée, car elle repose en réalité sur une incertitude quant au mécanisme de la règle *Contra non valentem*.

En effet, tant la jurisprudence que la doctrine hésitent sur les effets réels de cette règle. S'agit-il d'un cas de suspension du cours de la prescription³⁷⁷ ou d'une mesure exceptionnelle visant à permettre au créancier d'agir en dépit de l'accomplissement de la prescription³⁷⁸ ?

Apporter une réponse à cette interrogation est nécessaire en raison des effets propres à chacune de ces hypothèses ; les parties ne sont effectivement pas placées dans la même situation. Ainsi, l'éventuelle application de l'adage à la clause de médiation importe de

³⁷⁶ Carbonnier J., *La règle Contra non valentem...*, art. préc, spé p 183.

³⁷⁷ En ce sens Terré F. Simler Ph., Lequette Y., *Droit civil - Les obligations*, op. cit, p 1403, n°1493.

³⁷⁸ Flour J., Aubert J.-L., Flour Y., Savaux E., *Les obligations Le rapport d'obligation*, Armand Colin, 4^{ème} éd., 2006, p 339, n°498 ; Malaurie Ph., Aynès L., Stoffel-Munck Ph., *Les obligations*, Defrénois, 2^{ème} éd., 2005, p 654, n°1215 ; Roland H., Boyer L., op. cit, p 112 ; Bruschi M., *La prescription en droit de la responsabilité civile*, Economica, 1997, préface Sériaux A., p 208, n°159 ; Camous E., *Règlements non juridictionnels des litiges de la consommation*, LGDJ, Bibliothèque de Droit Privé, Tome 362, 2002, préface Calais-Auloy J., p 302, n°747 ; Carbonnier J., *La règle Contra non valentem...*, art. préc, spé p 185 : « (...) l'impossibilité d'agir n'est pas une cause de suspension de la prescription, mais bien un motif de restitution contre la prescription accomplie ».

connaître ses modalités d'application et ses effets, car une suspension du cours de la prescription n'engendre pas les mêmes conséquences qu'un relèvement exceptionnel de la prescription acquise.

210. Dans la première hypothèse, la règle viendrait ainsi compléter les cas de suspension de la prescription prévue par la loi. Elle agirait comme un correctif face à des situations inévitables. Dès lors, le cours de la prescription serait suspendu durant toute la période où l'impossibilité aurait existé ; le délai se trouverait alors allongé de la durée de la suspension³⁷⁹.

211. Dans la seconde hypothèse, il s'agit de revenir sur une prescription d'ores et déjà accomplie. Il n'y a aucune suspension, le temps est restauré mais seulement pour permettre au créancier d'agir en justice afin que le juge se prononce sur sa prétention. La règle *Contra non valentem* apparaît alors comme une mesure exceptionnelle qui ne peut recevoir application que dans des hypothèses limitées. Selon la jurisprudence, la règle *Contra non valentem* ne peut s'appliquer si le créancier au moment de la disparition de l'impossibilité avait encore le temps nécessaire pour agir en justice. En d'autres termes, l'impossibilité doit avoir débuté au cours de l'accomplissement de la prescription et n'avoir cessé qu'après l'expiration du délai de prescription.

212. La Cour de cassation semble retenir la seconde hypothèse, puisqu'elle énonce que : « la règle selon laquelle la prescription ne court pas contre celui qui est dans

³⁷⁹ Civ. 1^{ère}, 4 juillet 1986, Bull. Civ. I n°16 : « (...) la prescription ne court pas contre celui qui est dans l'impossibilité d'agir par la suite d'un empêchement quelconque résultant soit de la loi, soit de la convention ou de la force majeure ; que, l'intérêt des mineurs étant en cause dans les conditions rapportées par l'arrêt, le délai de prescription de deux ans s'étant dès lors trouvé augmenté de la durée de sa suspension (...) ».

l'impossibilité d'agir par suite d'un empêchement quelconque résultant soit de la loi, soit de la convention ou de la force majeure, ne s'applique pas lorsque le titulaire de l'action disposait encore, au moment où cet empêchement a pris fin, du temps nécessaire pour agir avant l'expiration du délai de prescription³⁸⁰ ». Cette solution démontre ainsi que l'empêchement n'a pas pour finalité d'augmenter le délai du temps de la suspension, il ne s'agit que d'une mesure visant à assurer au créancier un délai suffisant pour agir en justice sitôt l'empêchement disparu³⁸¹.

Dans l'hypothèse où la négociation en vue d'un règlement amiable se serait poursuivie au-delà du délai de prescription, le créancier pourrait alors exceptionnellement bénéficier d'un délai pour saisir le juge.

213. Néanmoins, le refus actuel de la jurisprudence de prendre en considération les démarches de règlements non juridictionnel des différends sur le cours de la prescription laisse augurer d'une solution peu satisfaisante pour des parties soumises à une clause de médiation.

En effet, l'obligation de ne pas agir en justice contenue dans ladite clause entraîne une neutralisation du droit d'action de chacune des parties. Dès lors, jusqu'au terme du processus de médiation, les parties ne peuvent agir en justice et, faute d'avoir prévu conventionnellement une suspension ou une interruption de la prescription, celle-ci continue à courir. Il serait alors effectivement tentant pour celle à qui l'on oppose une fin de non-recevoir tirée de la prescription de demander son rejet par le biais de la maxime *Contra non valentem* et ainsi d'obtenir un délai supplémentaire pour saisir le juge de ses prétentions.

³⁸⁰ Com., 18 décembre 2001, PA 27 novembre 2002 p 16 note Cagnoli P. ; Com., 11 janvier 1994, Bull. Civ. IV n°22, RTD Civ. 1995 p 114 obs. Mestre J.

³⁸¹ Bruschi M., *La prescription en droit de la responsabilité civile, Thèse précitée*, p 208, n°159 : « *La prorogation accordée en raison de l'obstacle de force majeure ne doit pas avoir pour effet d'assurer au créancier un délai pour agir d'une durée nécessairement égale à celle qui restait à courir lorsque l'empêchement a surgi* ».

C. La position de la Chambre mixte.

214. Dans un remarquable *obiter dictum*, la Chambre mixte, dans son arrêt du 14 février 2003, précise sa position et énonce que la clause de conciliation obligatoire suspend la prescription dès sa mise en œuvre et jusqu'à son issue.

L'intervention de la Cour de cassation est sur ce point salvatrice, et semble s'insérer dans une politique d'assouplissement quant à la possibilité de modifier le déroulement du cours de la prescription et plus particulièrement ses conditions de suspension et d'interruption³⁸². La volonté individuelle pénètre ainsi dans une sphère qui, auparavant, était qualifiée d'ordre public³⁸³.

La Chambre mixte confirme ainsi cette pénétration de la liberté contractuelle dans l'aménagement du cours de la prescription et reconnaît donc le plein effet processuel de l'obligation de ne pas agir en justice. En neutralisant le droit d'action de chacune des parties, elle admet de manière induite que cette suspension s'applique également à la prescription. Laisser le cours de celle-ci s'écouler, alors même que le droit d'action des parties contractantes est suspendu, aurait amené à une solution peu cohérente. La neutralisation n'est que temporaire et en ce sens ne doit pas conduire à une neutralisation définitive en raison de l'écoulement du temps. Il existe une imbrication nécessaire et logique entre l'action en justice et la prescription.

³⁸² La jurisprudence admet en effet que les parties puissent insérer dans leur contrat une clause qui prévoit les modalités de suspension ou d'interruption de la prescription dérogeant aux cas prévus par la loi ; V. en ce sens Civ. 1^{ère}, 25 juin 2002, Bull. Civ. I n°174, D 2003 p 155 note Stoffel-Munck Ph., RTD Civ. 2002 p 815 obs. Mestre J., Fages B. qui admet que l'article 2044 du Code civil n'est pas d'ordre public autorisant ainsi à prévoir d'autres modalités (en l'espèce lettre simple) pour interrompre la prescription ; Com., 30 mars 2005, Bull. Civ. IV n°75 qui autorise les parties après la naissance de l'obligation à suspendre conventionnellement le délai de prescription.

³⁸³ V. Stoffel-Munck Ph., note sous Civ. 1^{ère}, 25 juin 2002, D 2003 p 155, spé p 156, n°2 s.

215. Les termes employés par la Cour laisse toutefois douter de la nature de cette suspension. L'interrogation est effectivement permise, puisqu'il importe de savoir si la Cour a fait application de l'adage *Contra non valentem* ou si au contraire elle a créé une véritable cause de suspension.

La plupart des commentateurs de l'arrêt de la Chambre mixte y ont vu plutôt une application de l'adage précité³⁸⁴.

La plasticité dans l'appréhension des effets de la règle *Contra non valentem* autorise en effet à pouvoir parler de suspension de la prescription. La clause de conciliation ou de médiation peut être vue comme créant un véritable empêchement d'agir en justice tant que le processus de médiation n'a pas abouti. La prescription sera ainsi suspendue et le délai allongé de la durée dudit processus.

Pour autant, il est difficile de réellement y voir une référence à l'adage précité, car la Cour de cassation ne reprend pas son attendu classique lorsqu'elle applique la règle *Contra non valentem*. Ainsi, on pourrait tirer de cette constatation deux conséquences.

216. La première inviterait à comprendre que la Cour de cassation a pris implicitement position sur les effets de la dite règle en restreignant son champ d'application à la seule restauration du droit d'action du créancier pour lui permettre de saisir le juge sitôt l'empêchement disparu.

La deuxième conséquence serait que la Cour de cassation s'est autorisée à créer une nouvelle cause suspension du cours de la prescription, qui aurait ainsi vocation, à terme, à s'appliquer à

³⁸⁴ Cadiet L., note sous Ch. Mixte, 14 février 2003, RDC 2003 p 182, spé p 189, Jarrosson Ch., note sous Ch. Mixte, 14 février 2003, Rev. Arb. 2003 p 403, spé p 413, n°15 s., Ancel P., Cottin M., note sous Ch. Mixte, 14 février 2003, D 2003 p 1386, spé p 1390, Bernheim L., note sous Ch. Mixte, 14 février 2003 PA 12 mars 2003 p 13, spé p 16.

l'ensemble des modes non juridictionnels de règlement des conflits. Une telle position constituerait à la fois un revirement au regard des solutions antérieurement adoptées et aussi une réelle prise de distance par rapport aux termes précis de l'article 2251 du Code civil.

La Chambre mixte, dans cet arrêt, semble donc prendre pleinement en considération les effets processuels de l'obligation de ne pas agir en justice. La Cour reconnaît ainsi que la suspension conventionnelle du droit d'action de chacune des parties crée nécessairement une véritable cause de suspension du cours de la prescription. Cette conséquence ne serait ainsi qu'une conséquence logique de l'effet processuel de cette obligation.

L'affirmation de la suspension du cours de la prescription amène néanmoins à résoudre certaines questions pratiques.

§2 : La mise en œuvre en pratique de la suspension de la prescription.

217. La Chambre mixte dans cet arrêt du 14 février 2003 retient que le cours de la prescription est suspendu de la mise en œuvre de la clause de médiation jusqu'à son issue ; le délai de prescription est donc arrêté le temps du processus de médiation et reprendra ensuite son cours. La lecture de cette solution laisse pourtant un goût amer ; pourquoi la Cour de cassation énonçant à juste titre la suspension de la prescription ne précise-t-elle pas davantage sa position sur ces notions de « *mise en œuvre* » et d' « *issue* » ?

Il faut au contraire louer cette prudence de la Chambre mixte, car elle rappelle implicitement que cette décision appartient aux seules parties ; elles sont libres de déterminer les modalités pratiques de mise en œuvre de ladite clause et de son issue. Cela relève de l'exercice de leur liberté contractuelle³⁸⁵.

³⁸⁵ A l'inverse, l'article 7 de la Proposition de directive sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale du 22 octobre 2004 qui, sans laisser beaucoup de place à la liberté contractuelle, adopte une position assez similaire : « 1. Le délai de prescription concernant la plainte qui fait l'objet de la médiation est suspendu à partir du moment où, après survenance du litige : (a) les parties conviennent de recourir à la médiation ; (b) le

218. L'importance de ces notions n'est toutefois pas à négliger, puisqu'elles définissent la période au cours de laquelle le cours de la prescription sera suspendu. Ainsi, il est conseillé aux parties de déterminer dans la clause de médiation ou à défaut dans le contrat de médiation l'acte constatant la mise en œuvre de la clause de médiation et celui attestant de son issue. Il est néanmoins possible de suggérer quelques éléments de solutions.

219. La mise en œuvre de la clause de médiation pourrait débiter lors de l'expression par l'une des parties de sa volonté de recourir à la médiation. En d'autres termes, la suspension du cours de la prescription pourrait commencer dès cet acte officiel de notification, la forme de celle-ci relevant de la liberté contractuelle des parties. En règle générale, la clause de médiation prévoira la forme de cette notification qui, le plus souvent se réalisera par le biais d'une lettre recommandée avec accusé de réception³⁸⁶, le cachet de la poste faisant foi. Le cours de la prescription sera donc suspendu à compter de cette date.

La liberté dans la détermination de la date de mise en œuvre de la clause de médiation recommande cependant d'adopter une certaine prudence dans ce choix. Il est ainsi déconseillé de prévoir que la nomination du médiateur puisse valoir mise en œuvre de la clause de

recours à la médiation est ordonné par un tribunal ; (c) l'obligation de recourir à la médiation prend naissance en vertu du droit national d'un Etat membre. 2. Lorsque la procédure de médiation prend fin sans avoir abouti à un accord, le délai recommence à courir à partir du moment où la médiation s'est terminée sans accord transactionnel, à compter de la date à laquelle soit l'une des parties soit les deux, soit le médiateur déclarent que la médiation est terminée ou s'en retirent effectivement. Ce délai dure en tout cas au moins un mois à partir de la date à laquelle il recommence à courir, sauf s'il s'agit d'un délai dans lequel une action doit être intentée pour empêcher qu'une mesure provisoire ou analogue cesse d'exercer ses effets ou soit révoquée ».

³⁸⁶ *Supra*, n°256 s.

médiation, ce serait sans doute offrir une arme de blocage au cocontractant malicieux ou indélicat.

220. Quant à l'issue du processus de médiation, la date de la signature par les parties du procès-verbal de non conciliation semble être une solution équilibrée³⁸⁷. Elle marque ainsi la fin de la suspension du cours de la prescription, qui coïncide avec l'arrêt de la neutralisation du droit d'action de chacune des parties.

Pour autant, l'inévitable refus de l'une des parties de signer le procès-verbal de non conciliation peut se poser. Dans cette hypothèse et afin de ne pas perdre inutilement du temps, l'autre partie pourrait officiellement prendre acte du refus de signer le procès-verbal de non conciliation en informant son partenaire qu'à défaut de réaction de sa part dans un délai relativement bref (une quinzaine de jours), il saisira le juge compétent d'une demande en justice³⁸⁸.

Il existe donc une véritable cohérence dans l'exécution de la clause de médiation ; les parties ne risquent pas de voir leur droits se prescrire par l'écoulement du temps lors du processus de médiation.

L'échec du processus de médiation marque le désaccord persistant des parties sur l'élaboration d'une solution amiable à leur conflit. Cet échec leur permet de retrouver leur liberté d'agir en justice devant le juge étatique et arbitral, mais a aussi pour conséquence d'entraîner l'arrêt de la suspension du cours de la prescription. Le délai de prescription recommençant à courir, les parties devront alors veiller à l'écoulement du temps afin d'éviter la prescription de leurs droits, tout particulièrement pour les prescriptions brèves.

³⁸⁷ La solution est identique si l'une des parties ou les deux ou encore le médiateur décide d'user de leur faculté de mettre fin au processus de médiation. Dans cette hypothèse, un procès-verbal de non-conciliation est signé et entraîne l'arrêt de la suspension du cours de la prescription. V. *infra* n°439 s.

³⁸⁸ Cadiet L., *note précitée* sous Ch. Mixte, 14 février 2003, RDC 2003, p 182, spé p 189.

L'obligation de ne pas agir en justice paralyse donc temporairement le droit d'action de chacune des parties, pour autant cette affirmation ne semble pas aussi inébranlable qu'il y paraît. Certaines situations peuvent permettre le recours à la justice en dépit d'une telle obligation.

Section II : Le traitement de l'urgence.

221. Le besoin de célérité inhérent à la vie économique implique de résoudre cette difficulté du traitement de l'urgence. La suspension de l'action produite par l'obligation de ne pas agir en justice empêche-t-elle véritablement tout recours devant la justice ? L'étude de la jurisprudence et de la doctrine notamment au travers de l'exemple de l'arbitrage permettent de constater qu'il existe deux exceptions à cette neutralisation de l'action en justice ; ce sont les référés (§1) et la procédure sur requête (§2).

§1 : Les référés.

222. L'urgence de la situation dans laquelle peut se trouver l'une des parties lui permet-elle de déroger à son engagement de ne pas agir en justice ? Son action devant le juge des référés devrait *a priori* entraîner le prononcé d'une fin de non-recevoir conformément à la volonté des parties de neutraliser leur droit d'action respectif.

L'urgence est toutefois traditionnellement présentée comme source de dérogation au droit commun³⁸⁹ ; dès lors, l'interdiction d'agir issue de la clause de médiation devrait pouvoir s'effacer devant l'urgence et la nécessité de sauvegarder ses droits.

³⁸⁹ Jestaz Ph., *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, LGDJ, Bibliothèque de Droit Privé, Tome 87, 1968, préface Raynaud P.

223. En dépit de leur différence de nature et de régime, un détour par les solutions admises pour l'arbitrage ne s'avère pas superflu. Selon M. Jarrosson, « *l'arbitrage est l'institution par laquelle un tiers, règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties, en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celles-ci*³⁹⁰ ». L'arbitre dispose ainsi du pouvoir juridictionnel amputé cependant de l'*imperium*. Etant perçu comme un juge et disposant d'importants pouvoirs confiés par les parties, ces dernières peuvent-elles néanmoins agir devant la juridiction des référés ? La stipulation d'une clause compromissoire ou la conclusion d'un compromis pourrait effectivement empêcher la saisine des référés en raison de l'incompétence des juridictions étatiques affirmée par l'article 1458 du NCPC.

Sans revenir sur l'évolution de la jurisprudence³⁹¹, il convient de distinguer les solutions retenues pour le référé conservatoire et le référé provision.

224. Pour le premier, la jurisprudence admet que les parties, même liées par une clause compromissoire, peuvent saisir en cas d'urgence la juridiction des référés sur le fondement de l'article 808 du NCPC ; il importe peu à cet égard que le tribunal arbitral ait été saisi ou non³⁹². Cette solution trouve son fondement dans les pouvoirs de l'arbitre. Ce dernier peut effectivement prononcer des mesures provisoires grâce à son pouvoir juridictionnel ; cependant, amputé de l'*imperium*, leur exécution se trouvera suspendue à la bonne volonté des parties ou à une demande d'exequatur. Dès lors, un risque de perte de temps peut être à déplorer face à l'urgence et à la nécessité de sauvegarder ses droits. La saisine du juge des référés permet ainsi aux parties d'obtenir avec plus de célérité et d'efficacité ces mesures. Il

³⁹⁰ Jarrosson Ch., *La notion d'arbitrage*, LGDJ, Bibliothèque de Droit Privé, Tome 198, 1987, préface Oppetit B., p 372, n°785.

³⁹¹ Pour une excellente synthèse Voir, Loquin E., *Compétence arbitrale – Conflits entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire*, Jurisclasseur Procédure Civile Fasc. 1034, spé p 4, n°9 s.

³⁹² Civ. 1^{ère}, 8 juin 1995, Rev. Arb. 1996 p 127 obs. Pellerin P. ; Civ. 1^{ère}, 20 mars 1989, Rev. Arb. 1989 p 494 note Fouchard Ph., RTD Civ. 1989 p 624 obs. Perrot R.

n'y a pas de mise en concurrence des pouvoirs de l'arbitre et du juge des référés, mais au contraire une coexistence et ce dans l'intérêt des parties. « *Le juge étatique intervient plus comme un auxiliaire du tribunal arbitral que comme son concurrent*³⁹³ ».

225. La solution est différente pour le référé provision. Cela tient à la nature même de ce référé qui, victime de son succès, permet d'obtenir assez fréquemment la totalité de la somme susceptible d'être demandée au principal³⁹⁴, à condition que l'existence de l'obligation ne soit pas « *sérieusement contestable*³⁹⁵ ». Afin d'éviter de porter atteinte aux prévisions des parties et d'ôter à l'arbitrage tout intérêt, la jurisprudence a su renforcer les conditions d'ouverture du référé provision. Deux éléments cumulatifs sont nécessaires à l'intervention du juge des référés : le tribunal arbitral ne doit pas avoir été constitué et il doit y avoir urgence à demander l'octroi de la provision³⁹⁶. « *En présence d'une convention d'arbitrage, la recevabilité du référé provision ne peut être comprise que comme une dérogation exceptionnelle au principe exprimé par l'article 1458 NCPC*³⁹⁷ ».

³⁹³ Loquin E., *Compétence arbitrale – Conflits entre la compétence arbitrale et la compétence judiciaire, art. préc.*, spé p 5, n°12.

³⁹⁴ Cadiet L., Jeuland E., *Droit judiciaire privé*, Litec, 5^{ème} éd., 2006, p 412, n°634.

³⁹⁵ Article 809 alinéa 2^{ème} NCPC : « *Dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier (...)* ».

³⁹⁶ Com., 29 juin 1999, *Droit et patrimoine* juin 2000 p 123 obs. Mestre J. ; Civ. 2^{ème}, 21 octobre 1997, Bull. Civ. n°108, RTD Com. 1997 p 434 obs. Loquin E. ; Civ. 1^{ère}, 29 mars 1989, *Arrêt précité* ; Civ. 1^{ère}, 14 mars 1984, Rev. Arb. 1985 p 69 note Couchez G. ; Voir aussi Melin-Soucramanien B., *Le juge des référés et le contrat*, PUAM, 2000, préface Mestre J., p 39, n°35 s. & p 270, n°430 s.

³⁹⁷ Loquin E., obs. sous Civ. 2^{ème}, 21 octobre 1997, spé p 435.

226. La possibilité pour chacune des parties de saisir le juge des référés alors même qu'elles se sont clairement engagées à n'entreprendre aucune action en justice, se pose avec d'autant plus d'acuité qu'une différence notable oppose arbitre et médiateur.

En effet, ce dernier ne dispose d'aucun pouvoir juridictionnel ; il n'a ni *jurisdictio*, ni *imperium*. Il est « *un simple tiers qui propose éventuellement, de concert avec les parties elles-mêmes, une solution à un problème juridique, solution qui ne s'imposera aux parties que si elles décident de la retenir*³⁹⁸ ». En conséquence, le médiateur, à l'inverse de l'arbitre et du juge des référés, ne peut prononcer de mesures conservatoires ni provisoires ; il ne fait que rapprocher les parties vers une solution négociée et consentie. Il ne joue qu'un rôle d'entremetteur³⁹⁹. Cette absence de tout pouvoir juridictionnel⁴⁰⁰ accroît naturellement les interrogations sur la possibilité d'une saisine des référés.

227. L'intervention de la juridiction des référés doit conserver un caractère exceptionnel, en raison de la priorité donnée par les parties au règlement conventionnel et extra judiciaire de leurs différends. Ainsi, la question de la saisine du juge des référés ne se posera qu'à partir du moment où il y a urgence. C'est en ce sens que s'est prononcée la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 13 octobre 2006 : « *La clause instituant une procédure de médiation préalable à la saisine du juge constitue une fin de non-recevoir qui s'impose au juge si une partie l'invoque. Toutefois, une telle clause ne prive pas le juge des référés du pouvoir d'allouer,*

³⁹⁸ Jarrosson Ch., *La notion d'arbitrage*, Thèse précitée, p 187, n°374.

³⁹⁹ Guinchard S., Bandrac M., Douchy M., Ferrand F., Lagarde X., Magnier V., Ruiz Fabri H., Sinopoli L. et Sorel J.-M., *Droit processuel – Droit commun et droit comparé du procès*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2003, p 950, n°609 : « *A la différence d'un médiateur, [l'arbitre] reçoit mission de trancher le litige. La décision qu'il rend ne constitue pas une simple proposition sur laquelle les parties sont invitées à se mettre d'accord, elle est un jugement par lequel l'arbitre fait œuvre juridictionnelle (...)* ».

⁴⁰⁰ Lagarde X., note sous Civ. 1^{ère}, 1^{er} février 2005 et Com., 22 février 2005, RDC 2005 p 1141, spé p 1144.

*dans les conditions de l'article 873 du nouveau code de procédure civile, une provision au créancier si l'urgence justifie de passer outre le processus de règlement amiable du conflit*⁴⁰¹ ».

Ainsi, aucune fin de non-recevoir ne pourra être opposée si la saisine de la juridiction des référés obéit à ce critère d'urgence. On laisse de côté la clause de médiation et son obligation de ne pas agir en justice dans le but de sauvegarder les intérêts menacés de l'une des parties. Il s'agit en l'occurrence d'éviter à l'une d'elles la réalisation d'un préjudice imminent, qui pourrait être irréparable⁴⁰². Notons que la preuve de l'urgence doit résulter de la nature de l'affaire, et non des convenances et diligences des parties⁴⁰³; le critère se veut donc objectif⁴⁰⁴.

228. Au vu de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, il convient néanmoins de conseiller aux parties d'insérer dans la clause de médiation la réserve des référés et de ses conditions d'exercice.

Il apparaît effectivement judiciaire de préciser que la mise en œuvre d'une procédure de référé n'emporte aucunement renonciation au caractère préalable et obligatoire de la clause de médiation, ni au processus de médiation s'il est en cours. L'évidence de cette solution tient au caractère provisoire de l'ordonnance de référé, elle ne touche pas le fond du droit.

⁴⁰¹ CA Paris, 13 octobre 2006, R.G. n°06/13726 ; V. aussi CA Paris, 4 juillet 2001, BICC 2002 n°125 ; CA Paris, 23 mai 2001, Rev. Arb. 2003 p 403 note Jarrosson Ch. : « *L'existence d'un préliminaire obligatoire de conciliation n'exclut pas que la partie intéressée puisse, en cas d'urgence, saisir le juge des référés d'une demande tendant au prononcé d'une mesure relevant de ses attributions* ».

⁴⁰² Vuitton J., Vuitton X., *Les référés*, Litec, 2003, p 9, n°16.

⁴⁰³ CA Amiens, 10 février 1954, Gaz. Pal. 1954 p 245, RTD Civ. 1954 p 540 obs. Hébraud P.

⁴⁰⁴ Vuitton J., Vuitton X., *Les référés*, *op. cit.*, p 10, n°20.

§2 : La procédure sur requête.

229. Le particularisme de la procédure sur requête apparaît immédiatement à la lecture de l'article 493 du NCPC : « *L'ordonnance sur requête est une décision provisoire rendue non contradictoirement dans les cas où le requérant est fondé à ne pas appeler la partie adverse* ». L'absence de caractère contradictoire est l'essence même de cette procédure ; celle-ci doit donc demeurer exceptionnelle.

Il n'est d'ailleurs pas interdit de croire qu'il s'agit là d'une compétence exclusive du juge étatique. En effet, il est le seul à pouvoir porter atteinte de manière momentanée au principe du contradictoire⁴⁰⁵.

230. L'arbitre, en dépit de son pouvoir juridictionnel, ne peut prononcer de telles ordonnances, puisque sa sentence pourra être annulée, faute d'avoir respecté le principe du contradictoire (article 1484 4° du NCPC). La Cour de cassation a rendu un arrêt en ce sens : « *l'existence d'une clause compromissoire ne prive pas le président du Tribunal de commerce du pouvoir qu'il tient de l'article 875 NCPC d'ordonner sur requête toutes les mesures urgentes dont les circonstances exigent qu'elles ne soient pas prises contradictoirement*⁴⁰⁶ ». Ainsi, une clause compromissoire ne peut faire échec à une procédure sur requête, ce qui laisse entendre que cette procédure participe avant tout de l'*imperium* du juge étatique⁴⁰⁷.

⁴⁰⁵ Loquin E., obs. sous Com., 10 mars 1998, RTD Com. 1998 p 834, spé p 835.

⁴⁰⁶ Com., 10 mars 1998, Rev. Arb. 1999 p 57 note Hory A., RTD Civ. 1998 p 834 obs. Loquin E.

⁴⁰⁷ Jestaz Ph., *L'urgence et les principes classiques du droit civil, Thèse précitée*, p 315, n°377 ; Loquin E., *art. préc.*, p 8, n°28.

231. L'article 493 du Nouveau Code de procédure civile est le pendant du référé dès lors que les circonstances exigent que les mesures ne soient pas prises contradictoirement⁴⁰⁸. Ainsi, la nécessité et donc l'urgence de prendre certaines mesures provisoires ou conservatoires ne peuvent être empêchées par la stipulation d'une clause de médiation.

En d'autres termes, l'urgence, une nouvelle fois, permet de saisir le juge étatique nonobstant la suspension de l'action en justice. La solution se justifie d'autant plus que l'adoption d'une solution inverse à celle des référés constituerait une discrimination injustifiée. Le défaut de pouvoir juridictionnel du médiateur va aussi dans le sens d'une compétence exceptionnelle du juge étatique pour prononcer de telles mesures.

Les difficultés liées à l'exécution de l'obligation de ne pas agir en justice et à l'environnement contractuel dans lequel elle s'insère seront aussi particulièrement significatives notamment lors de son articulation avec une clause compromissoire.

Section III : L'articulation entre l'obligation de ne pas agir en justice et la clause compromissoire.

232. Les contractants n'hésitent plus aujourd'hui à adapter selon leurs besoins la gestion du risque contractuel, notamment en concluant une succession de procédures amiable et juridictionnelle⁴⁰⁹. La pratique des « *clauses de règlement des différends à double détente* »

⁴⁰⁸ En ce sens, Bertin Ph., *L'intervention des juridictions au cours de la procédure arbitrale*, Rev. Arb. 1982 p 331, spé p 345.

⁴⁰⁹ Nougéin H.-J., Reinhard Y., Ancel P., Rivier M.-C., Boyer A., Genin Ph., *Guide pratique de l'arbitrage et de la médiation commerciale*, Litec, 2003, p 189, n°315.

*voire à multiples détentees*⁴¹⁰ » s'intensifie, nécessitant ainsi de s'interroger sur leur articulation en vue de garantir une sécurité juridique à leurs utilisateurs.

La stipulation d'une clause de médiation comme préalable obligatoire à une procédure arbitrale n'est certainement pas une simple hypothèse d'école. La survenue d'un différend obligera les parties à mettre en œuvre la procédure de médiation avec l'espoir de parvenir à une solution amiable. En cas d'échec de celle-ci, les parties ou l'une d'elles pourront alors engager la procédure arbitrale. L'enchaînement de ces procédures amiable et juridictionnelle peut se réaliser sans heurts, mais l'étude de l'hypothèse inverse s'avère nécessaire.

233. La clause de médiation emporte la neutralisation temporaire de l'action en justice en vue de permettre une négociation sereine sous l'égide d'un ou plusieurs médiateurs. La saisine des juridictions étatiques ou arbitrales au mépris de cet engagement préalable et obligatoire entraîne le prononcé d'une fin de non-recevoir.

La stipulation d'une clause compromissoire emporte renonciation à la compétence des tribunaux étatiques et confie le pouvoir de trancher le litige à un ou plusieurs arbitres désignés par les parties. Selon l'article 1458 du NCPC, la juridiction étatique saisie en méconnaissance d'une telle clause doit se déclarer incompétente. Même si la solution est contestée par certains⁴¹¹, la Cour de cassation a, dans un arrêt du 22 novembre 2001, réaffirmé que *« l'exception tirée de l'existence d'une clause compromissoire étant régie par les dispositions qui gouvernent les exceptions de procédure, la Cour d'appel, après avoir relevé que l'une des*

⁴¹⁰ Train F.-X., note sous CA Paris, 4 mars 2004, Rev. Arb. 2005 p 143, spé p 158, n°9.

⁴¹¹ Vincent J., Guinchard S., *Procédure civile*, Dalloz, 27^{ème} éd., 2003, p 261, n°202 : *« (...) c'est la convention d'arbitrage signée par les parties qui investit l'arbitre de ce pouvoir et nous considérons pour notre part (mais la solution est contestée) qu'il y a alors défaut du pouvoir de juger du juge étatique en présence d'une telle clause (...) »* ; Niboyet-Hoegy M.-L., note sous Civ. 1^{ère}, 9 octobre 1990, Rev. Arb. 1991 p 305.

*parties avait préalablement conclu au fond, a décidé à bon droit que celle-ci avait soulevé l'exception tardivement*⁴¹² ».

La méconnaissance de l'une de ces procédures risque d'aboutir à de sérieuses complications en terme de sanctions. En effet, une fin de non-recevoir peut être soulevée en tout état de cause, alors que l'exception de procédure doit l'être *in limine litis*. Comment ces sanctions vont-elles pouvoir s'articuler sans créer un risque de perte du bénéfice de l'une de ces procédures. La question va se poser à l'égard tant du ou des arbitres (§1) que du juge étatique (§2).

§1 : La clause de médiation et l'arbitre.

234. Au vu des sentences publiées, il apparaît que les arbitres respectent la volonté des parties d'avoir prévu un préliminaire obligatoire de médiation⁴¹³. Les arbitres saisis en violation de la clause de médiation devraient ainsi prononcer l'irrecevabilité de la demande d'arbitrage en raison de l'effet attaché à l'obligation de ne pas agir en justice qui entraîne une suspension temporaire de l'action en justice ; il leur appartient effectivement selon l'article 1466 du NCPC de statuer sur le principe et l'étendue de leur pouvoir juridictionnel⁴¹⁴. En

⁴¹² Civ. 2^{ème}, 22 novembre 2001, JCP éd. G 2002 II 10174 note Boillot Ch., Rev. Arb. 2002 p 371 note Théry Ph., Procédures 2002 n°1 obs. Perrot R., RTD Com. 2002 p 46 obs. Loquin E., Contrats Conc. Consom. 2002 n°41 obs. Leveneur L.

⁴¹³ Jolivet E., *Arbitrage CCI et procédure ADR*, in *Les cahiers de l'arbitrage*, sous la direction Mourre A., Gazette du Palais 2002, Vol I, p 261, spé p 263.

⁴¹⁴ En ce sens, Civ. 1^{ère}, 6 mars 2007, Pourvoi n°04-16204 (à paraître au Bulletin) : « (...) que c'est donc à bon droit qu'en vertu du principe compétence – compétence, elle (la Cour

conséquence faute de disposer d'un tel pouvoir, la saisine du tribunal arbitral ne pourra se faire qu'après mise en œuvre du processus de médiation et constat de son échec ou de sa réussite seulement partielle.

235. Toutefois, cette situation risque de renchérir considérablement le coût de la procédure arbitrale puisqu'en cas d'échec du processus de médiation, il faudra de nouveau constituer un tribunal arbitral impliquant ainsi des frais supplémentaires.

Un auteur a cependant suggéré que la sentence d'irrecevabilité soit en réalité rendue en l'état⁴¹⁵. Le tribunal arbitral pourrait ainsi constater que sa mission est suspendue jusqu'au terme du processus de médiation, c'est-à-dire au moment où les éléments ayant donné lieu au prononcé de la fin de non-recevoir auront disparu.

Selon l'auteur, il apparaît que l'arbitre n'est pas dessaisi du fait de la contestation qu'il a tranché⁴¹⁶. Il semblerait qu'il ait rendu une sentence qui n'opère pas dessaisissement faute d'avoir réglées toutes les questions litigieuses objet du compromis ou de la clause compromissoire ; la convention d'arbitrage n'aurait donc pas été encore entièrement exécutée. La pratique arbitrale admet que faute de statuer sur la prétention litigieuse, l'arbitre ne sera

d'appel) s'est déclarée incompétente, sans avoir à mettre en œuvre elle-même la procédure préalable de conciliation qui relevait de la compétence des arbitres ».

⁴¹⁵ Jarrosson Ch., note sous Ch. Mixte, 14 février 2003 et CA Paris 23 mai 2001, Rev. Arb. 2003 p 403, spé p 409, n°7.

⁴¹⁶ Article 1475 NCPC alinéa 1^{er} : « *La sentence dessaisit l'arbitre de la contestation qu'il tranche* » ; CA Paris, 30 mars 1962, JCP éd. G 1962 II 12843 note Level P. : « *l'arbitre n'est dessaisi que des questions sur lesquelles il a définitivement statué* ». En l'espèce, deux sentences s'étaient succédées sans opérer dessaisissement des arbitres ; la première décidait de la résolution d'un contrat d'agence et ordonnait une mesure d'instruction pour pouvoir par la suite fixer le montant des dommages et intérêts objet de la seconde sentence.

pas dessaisi s'il tranche par le biais d'une sentence une question relative à la procédure comme la recevabilité de la demande ; la sentence est dite incidente ou préjudicielle⁴¹⁷.

Dans cette hypothèse, le délai d'arbitrage constituera alors une question à ne pas prendre à la légère, puisque son dépassement peut entraîner l'annulation de la sentence au regard de l'article 1484 1° du NCPC. L'arbitre et les parties devront donc veiller à formuler une demande de prorogation du délai s'il y a lieu.

236. La succession d'un certain nombre de sentences au sein d'une même instance arbitrale peut surprendre, mais la jurisprudence admet que plusieurs sentences peuvent se succéder n'entraînant alors le dessaisissement du ou des arbitres que dans certaines hypothèses.

En l'occurrence, il a été admis que les arbitres ne sont pas dessaisis s'ils ont rendu une sentence avant dire droit, ou prononcer une mesure d'expertise ou régler par plusieurs sentences les différents objets du litige⁴¹⁸. Dans cette dernière hypothèse, on est en présence de sentences dites partielles, dans lesquelles l'arbitre tranche au fur et à mesure les prétentions des parties en rendant des sentences successives ; le dessaisissement de l'arbitre s'opère alors au fur et à mesure qu'il tranche les prétentions.

⁴¹⁷ Moreau B., *Le prononcé de la sentence entraîne-t-il le dessaisissement des arbitres ?*, Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur du Professeur J.-F. Poudret, Faculté de droit de Lausanne, 1999, p 453, spé p 461.

⁴¹⁸ CA Paris, 20 novembre 1981, Gaz. Pal. 1981 Somm. p 6 ; Com., 9 janvier 1979, Rev. Arb. 1979 p 478 note Fouchard Ph.

237. Pourtant, l'hypothèse d'une sentence rendue en l'état fait largement écho à la notion de jugement rendu en l'état⁴¹⁹, qui à l'origine avait pour effet de paralyser les effets normaux attachés en principe à toute décision de justice (autorité de la chose jugée et dessaisissement du juge). Cette situation, qualifiée de véritable « énigme⁴²⁰ », ne se justifiait pas au regard de la lettre de l'article 480 du NCPC, qui confère l'autorité de la chose jugée au jugement qui tranche le principal sans préciser les termes dans lesquels le dispositif est rédigé et peu important les réserves que le juge a pu émettre dans sa décision.

La Cour de cassation rappelle d'ailleurs de manière constante qu'une décision portant la mention « en l'état » a l'autorité de la chose jugée dès son prononcé et entraîne alors le dessaisissement du juge. La Chambre commerciale a notamment jugé dans un arrêt du 8 mars 1994 que : « fût-il dit rendu en l'état des justifications produites, le jugement qui tranche dans son dispositif toute ou partie du principal a, dès son prononcé l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'il tranche et dessaisit le juge de cette contestation⁴²¹ ». La mention en l'état portée sur un jugement n'a donc plus aucun effet de paralysie quant à l'autorité de la chose jugée et sur ses conséquences induites.

238. Dès lors, il n'est pas évident qu'en dépit du particularisme de la procédure arbitrale et de sa pratique, on puisse admettre que les arbitres ne soient pas dessaisis dès le prononcé de la sentence d'irrecevabilité fût-elle dite rendue en l'état. Elle entraîne nécessairement la fin de l'instance arbitrale puisque les arbitres ne disposent pas du pouvoir trancher le litige au fond.

⁴¹⁹ Bolard G., *Les jugements en l'état*, JCP éd. G 1997 I 4003 ; Hébraud P., obs. Civ. 1^{ère}, 17 avril 1954, RTD Civ. 1954 p 347 ; Vizioz H., obs. CA Rennes, 31 octobre 1946, RTD Civ. 1947 p 81.

⁴²⁰ Perrot R., obs. sous Civ. 3^{ème}, 23 mai 1991, RTD Civ. 1992 p 186. L'auteur allant même jusqu'à présenter cette notion comme d'une « bête curieuse ».

⁴²¹ V. notamment Com., 8 mars 1994, Bull. Civ. IV n°105, D 1995 Somm. p 108 obs. Fricero N.

Une solution contraire amènerait en outre à s'interroger sur la réalité de la sanction de fin de non-recevoir, puisque dans cette hypothèse on se rapprocherait davantage d'une cause de sursis à statuer. Or, la violation de l'obligation de ne pas agir en justice ne peut être sanctionnée au moyen d'une suspension de l'instance arbitrale⁴²² ; l'arrêt de la Chambre mixte et les confirmations ultérieurement intervenues attestent de la permanence du choix pour la sanction de la fin de non-recevoir.

L'inconstance des parties dans leur souhait quant au mode de règlement de leurs litiges risque pareillement de se traduire par une saisine directe du juge étatique. Il appartiendra alors au juge de prendre en considération les spécificités de chacune de ces clauses en permettant une conciliation harmonieuse de leurs sanctions respectives.

§2 : La clause de médiation et la clause compromissoire devant le juge étatique.

239. Le juge étatique peut être amené à connaître du contentieux relatif à la succession de ces deux clauses dans deux hypothèses bien distinctes. D'une part, l'une des parties peut décider d'assigner son partenaire directement devant le juge étatique au mépris de ses engagements ; la question de l'articulation des sanctions de chacune de ces clauses va se poser avec d'autant plus d'acuité (A). D'autre part, il convient d'envisager le contrôle étatique du respect de la clause de médiation par l'arbitre dans le cadre d'un recours contre la sentence (B).

A. L'articulation délicate des sanctions relatives à la violation des clauses de médiation et compromissoire.

240. La clause de médiation et la clause compromissoire devant le juge étatique : on pourrait penser qu'il y a une erreur dans la formulation. En dehors de son rôle en tant que juge

⁴²² *Supra* n°141 s.

d'appui, on ne comprend guère la présence du juge étatique dans la succession de ces deux clauses. L'hypothèse est cependant la suivante.

L'une des parties assigne directement son partenaire devant le juge étatique sans respecter le préliminaire obligatoire de médiation ni la procédure arbitrale. Un problème va donc se poser pour le défendeur quant à la présentation de ses moyens de défense.

Doit-il se prévaloir en premier lieu de la fin de non-recevoir tirée de la méconnaissance de la clause de médiation et ainsi permettre sa mise en œuvre ? Mais dans le même temps, en adoptant pareille stratégie, il pourrait craindre de perdre le bénéfice de la clause compromissoire, qui en tant qu'exception de procédure doit être soulevée *in limine litis*, c'est-à-dire au seuil de l'instance.

La question se pose donc de savoir si en demandant l'exécution forcée de la clause de médiation, le défendeur ne risque pas de se voir reprocher d'avoir renoncé à l'arbitrage en ne soulevant pas à temps l'exception de procédure.

241. La solution consisterait alors pour le défendeur à soulever l'exception de procédure dans un premier temps, et subsidiairement l'irrecevabilité de la demande tenant à la violation de la clause de médiation. « *Procéduralement inéluctable, cette présentation reste cependant peu satisfaisante : elle méconnaît l'ordre naturel des différentes phases du litige*⁴²³ ». En effet, il est étonnant pour le défendeur de devoir d'abord demander le bénéfice de la clause compromissoire, puis celui de la clause de médiation, alors que cet ordre est inversé dans la volonté des parties. Le risque étant que le juge étatique se déclarant incompétent, renvoie les parties à la constitution d'un tribunal arbitral, lequel ne pourra que constater que les parties ne peuvent agir en raison de la neutralisation temporaire de leur droit d'action. Face à cette réalité procédurale, deux solutions peuvent être développées.

⁴²³ Lagarde X., *La fin de non-recevoir tirée d'une clause instituant un préalable obligatoire de conciliation*, BICC 2004 Hors série n°3 p 31, spé p 33.

242. La première consiste à donner à ces deux clauses les mêmes sanctions processuelles en cas de violation : soit deux fins de non-recevoir soit deux exceptions de procédure, dilatoire pour la clause de médiation et d'incompétence pour la clause compromissoire⁴²⁴.

L'avantage de cette solution permettrait de faciliter la présentation des moyens de défense en évitant ainsi toute perte du bénéfice de l'une ou de l'autre de ces clauses. Cependant, l'opportunité d'une telle symétrie est à rejeter dans les deux cas. La jurisprudence de la Cour de cassation est désormais constante sur ce point⁴²⁵ : la violation d'une clause de médiation entraîne une fin de non-recevoir et celle d'une clause compromissoire une exception de procédure.

243. La réponse à cette difficulté est *a priori* venue d'un arrêt⁴²⁶ de la Cour d'appel de Paris et de sa confirmation⁴²⁷ par la Première Chambre civile dans un arrêt du 28 janvier 2003.

En l'espèce, un contrat de « conseiller » contenait une clause compromissoire, qui fit l'objet d'une action devant le Tribunal de commerce de Paris en raison de son apparente nullité manifeste. Les juges consulaires ont alors proposé aux parties de mettre en place une médiation judiciaire qui, malheureusement échoua. Le demandeur prétendit alors qu'en acceptant et en participant à la médiation judiciaire, le défendeur aurait tacitement renoncé à se prévaloir de l'exception de procédure liée à l'existence de la clause compromissoire.

⁴²⁴ En ce sens Théry Ph., note sous Civ. 2^{ème}, 22 novembre 2001, Rev. Arb. 2002 p 370, spé p 377.

⁴²⁵ Pour la clause de médiation, Ch. Mixte, 14 février 2003, *Arrêt précité*. Pour la clause compromissoire, Civ. 2^{ème}, 22 novembre 2001, *Arrêt précité*.

⁴²⁶ CA Paris, 25 octobre 2000 et CA Paris 24 mai 2000, Rev. Arb. 2001 p 575 note Legros C. ;

⁴²⁷ Civ. 1^{ère}, 28 janvier 2003, Bull. Civ. I n°21, Rev. Crit. DIP 2003 p 641 note Jault-Seeke F.

La Cour de cassation rejette le pourvoi et énonce que « *la Cour d'appel a justement retenu que l'accord de la société Vivendi pour la mise en œuvre d'une médiation n'emportait pas, à défaut de manifestation de volonté non équivoque en ce sens, renonciation à l'arbitrage et acceptation de la compétence de la juridiction étatique* ».

La généralité des termes employés par la Cour de cassation semble présager que cette solution s'appliquera tant pour la médiation judiciaire que conventionnelle. Ainsi, aux yeux des magistrats de la Cour d'appel et de la Cour de cassation, la mise en place d'une médiation n'emporte pas renonciation au bénéfice de la compétence de la justice arbitrale.

En effet, la médiation conventionnelle emporte la neutralisation temporaire de l'action en justice ; si échec il y a, alors les parties retrouvent leur droit d'agir en matière contentieuse mais dans le respect la clause compromissoire stipulée. A l'inverse, la saisine du juge étatique et le développement d'une défense au fond constitueront autant d'indices d'une volonté de renoncer tacitement au bénéfice de l'arbitrage⁴²⁸.

244. Il faut donc louer la généralité de la solution dégagée par la Cour d'appel de Paris puis par la Cour de cassation qui distingue très clairement la phase précontentieuse où l'action est suspendue temporairement de celle strictement contentieuse.

Il semble ainsi que le défendeur n'aura pas à craindre la perte du bénéfice de la clause compromissoire en demandant l'exécution forcée de la clause de médiation, car il n'exprime alors aucune volonté à renoncer au bénéfice de l'arbitrage. On ne pourra donc pas lui reprocher de souhaiter mettre préalablement en place le processus de médiation conformément aux stipulations contractuelles initiales. « *L'acceptation d'une médiation, même judiciaire, ne doit donc pas être interprétée comme une renonciation tacite à se*

⁴²⁸ Civ. 1^{ère}, 6 juin 1978, Rev. Arb. 1979 p 230 note Level P., Rev. Crit. DIP 1978 p 908 note Oppetit B. ; Civ. 1^{ère}, 17 juin 1975, Rev. Arb. 1976 p 189 note Loquin E.

*prévaloir d'une clause compromissoire*⁴²⁹ ». La solution est heureuse, car elle va dans le sens d'une plus grande efficacité des clauses de règlement des litiges.

B. Le contrôle étatique du respect de la clause de médiation par l'arbitre.

245. Il n'est effectivement pas à exclure que la procédure d'arbitrage soit mise en œuvre au mépris de la clause de médiation. Si aucune des parties ne soulève la fin de non-recevoir tirée de cette violation et qu'elles concluent au fond, on pourrait effectivement retenir qu'elles ont tacitement renoncé à se prévaloir de cette irrégularité.

On sait que la jurisprudence est sur ce point très ferme ; elle exige de la part de chacune des parties une loyauté exemplaire⁴³⁰. Faute de dénonciation pendant la procédure arbitrale, les parties seront présumées y avoir renoncé. « *Une partie ne peut rester silencieuse, ne soulevant aucune objection pendant la procédure d'arbitrage et lorsque la sentence rendue lui est défavorable, se plaindre de la situation qu'elle connaissait dès l'origine*⁴³¹ ». Dès lors, elle ne pourrait, *a priori*, pas se plaindre dans le cadre d'un recours en appel⁴³² ou en annulation de la méconnaissance par l'arbitre de la clause de médiation.

⁴²⁹ Legros C., note sous CA Paris, 25 octobre 2000 et CA Paris, 24 mai 2000, spé p 580.

⁴³⁰ Cadiet L., *La renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procédure arbitrale*, Rev. Arb. 1993 p 3, spé p 30, n°26.

⁴³¹ Cadiet L., *La renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procédure arbitrale*, art. préc, p 23, n°19.

⁴³² L'appel est en pratique rarement autorisé par les parties, puisqu'elles ont la faculté d'y renoncer. Ainsi, il serait intéressant de voir la position des juges sur cette question de la possible renonciation à se prévaloir en tout état de cause de la fin de non-recevoir. Il n'est effectivement pas évident que la position de la Chambre commerciale dans son arrêt du 22 février 2005 soit suivie au regard des arrêts précédemment rendus sur des questions assez proches.

246. La question s'est toutefois posée dans le cadre d'un recours en annulation jugé par la Cour d'appel de Paris dans un arrêt en date du 4 mars 2004⁴³³.

En l'espèce, un contrat de licence exclusive prévoyait qu'en cas de litige entre les parties, celles-ci devraient préliminairement tenter de se concilier à l'amiable. En cas d'échec de la conciliation, elles s'obligeaient à recourir à l'arbitrage pour régler leur litige.

La méconnaissance du préalable de conciliation par l'arbitre et la contestation sur différents points de la sentence arbitrale ont amené la Cour d'appel de Paris à se prononcer sur l'éventualité d'un contrôle étatique de la sentence au regard de l'irrespect par l'arbitre de la clause de conciliation.

En d'autres termes, la question se posait donc de savoir si la sentence arbitrale pouvait être annulée par le juge étatique en raison de la méconnaissance de la clause de conciliation par l'arbitre lors de sa mission.

La Cour d'appel de Paris a refusé toute annulation de la sentence et énonce que : « *les moyens tirés d'une clause préalable de conciliation ou de la nécessité d'une requête conjointe ne constituent pas une exception d'incompétence mais une question relative à la recevabilité des demandes qui n'entre pas dans les cas d'ouverture prévus par l'article 1502 NCPC* ⁴³⁴ ».

L'arrêt de la Cour d'appel de Paris permet de constater que la méconnaissance de la clause de conciliation par l'arbitre n'est pas assortie de sanctions et n'ouvre aucun recours contre la sentence. La solution se justifie sans doute par un souci de ne pas ouvrir de nouveaux cas de recours en annulation et d'assurer l'efficacité des sentences.

Il est aussi envisageable de suggérer que les juges parisiens ont voulu rappeler incidemment qu'il pouvait paraître incohérent pour une partie de ne pas soulever la question de l'exécution

⁴³³ CA Paris, 4 mars 2004, Rev. Arb. 2005 p 143 note Train F.-X.

⁴³⁴ La solution est parfaitement transposable pour l'arbitrage interne, on se place alors sur le fondement de l'article 1484 3° du NCPC.

de la clause de conciliation pendant l'instance arbitrale et ne s'en soucier que dans le cadre d'un recours dirigé contre une sentence lui étant défavorable.

247. Pourtant, l'absence de toute possibilité de recours semble contestable et il est possible de suggérer de fonder le recours en annulation sur l'article 1502 3° du NCPC.

Cet alinéa énonce un cas d'ouverture de recours en annulation « *si l'arbitre a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été conférée* ».

Or, en stipulant une clause de conciliation et à condition qu'elle le soit de manière expresse⁴³⁵, les parties imposent à l'arbitre de la faire respecter. Elles le privent donc de son pouvoir juridictionnel le temps de la conciliation.

En conséquence, ce dernier devrait être obligé de la faire respecter sous peine de voir sa sentence annulée sur le fondement de l'article 1502 3° du NCPC. En raison de la neutralisation temporaire du droit d'action engendrée par la clause de conciliation, l'arbitre aurait dû enjoindre aux parties de tenter préalablement la conciliation ou de s'assurer de leur renonciation expresse au bénéfice de ladite clause.

248. Le danger d'une telle interprétation est que l'on donne à cet article 1502 3° du code précité un champ d'application sans doute plus large que celui voulu par ses auteurs⁴³⁶, en permettant la création de l'intérieur de nouveaux moyens d'annulation de la sentence.

⁴³⁵ Civ. 1^{ère}, 6 mai 2003, Bull. Civ. I n°108, RTD Civ. 2003 p 499 obs. Mestre J. et Fages B.

⁴³⁶ Cette crainte avait été d'ailleurs très tôt révélée, Voir Fouchard Ph., *L'arbitrage international en France après le décret du 12 mai 1981*, JDI 1982 p 374, spé p 414, n°81 ; Bellet P., Mezger E., *L'arbitrage international dans le nouveau Code de procédure civile*, Rev. Crit. DIP 1981 p 611, spé p 646.

La crainte semble toutefois infondée, car le contrôle éventuellement effectué par le juge de l'annulation sera nécessairement limité. En effet, la Cour d'appel de Paris a retenu que la question du préliminaire de conciliation ressortait non pas de la compétence mais de la recevabilité, ce qui en fait « *une question de fond*⁴³⁷ » et retient donc que cette question est exclue des cas d'ouverture prévus par l'article 1502 du NCPC.

En conséquence, le juge de l'annulation ne pourra que se limiter à vérifier si « *l'arbitre s'est prononcé sur la recevabilité des demandes au regard de leurs obligations précontentieuses*⁴³⁸ », son intervention se limite alors au seul examen de la présence de vices fondamentaux dans la sentence⁴³⁹. En aucun cas, il ne sera en mesure de se prononcer sur l'existence, la validité et la mise en oeuvre de ladite clause car il se heurterait alors au principe fondamental de la prohibition de la révision de la sentence au fond⁴⁴⁰.

Le contrôle resterait donc strictement formel, ce qui montre les limites, logiques, de ce recours en annulation.

* *

*

⁴³⁷ Train F.-X., note CA Paris, 4 mars 2004, spé p 161, n°12.

⁴³⁸ *Ibid.*

⁴³⁹ Sous la direction de Béguin J., Menjucq M., *Droit du commerce international*, Litec, 2005, p 1076, n°2738.

⁴⁴⁰ Civ. 2^{ème}, 28 avril 1986, Bull. Civ. II n°65, JCP éd. G 1986 IV 190 : « *Saisie d'un recours en annulation d'une sentence arbitrale et non d'un appel tendant à sa réformation, une Cour d'appel n'a pas à répondre à une argumentation concernant le fond du litige* » ; V. aussi CA Paris, 12 mars 1985, D 1985 Somm. p 467.

249. L'exécution de l'obligation de ne pas agir en justice oblige chacune des parties à l'abstention jusqu'au terme du processus de médiation.

L'effet de l'obligation de ne pas agir a ainsi permis à la Chambre mixte de ne pas omettre la question de la prescription des droits des parties, celle-ci est suspendue jusqu'à l'issue favorable ou non dudit processus. La clause de médiation bénéficie donc d'un régime cohérent au regard de l'engagement d'abstention pris par chacune des parties.

Elle n'empêche toutefois pas les parties de pouvoir agir en référé ou dans le cadre d'une procédure sur requête en raison de l'urgence dans laquelle elles se trouvent. La nécessité de préserver leurs droits et prérogatives gravement menacés et l'impossibilité pour le médiateur de prononcer de telles mesures provisoires permettent une dérogation utile à l'obligation de ne pas agir en justice.

La question de l'exécution de l'obligation de ne pas agir en justice s'est aussi posée dans une autre perspective, lorsque le contrat liant les parties contient une clause de médiation et une clause compromissoire. La succession de ces deux clauses ne va pas sans poser quelques difficultés, notamment lorsque l'obligation de ne pas agir en justice n'est pas strictement respectée, entraînant alors certaines interrogations quant à son respect par les arbitres et par le juge étatique lors d'un contrôle de la sentence. Toute la difficulté sera alors de voir comment ils appréhenderont respectivement cette situation sans porter atteinte à la force obligatoire de la clause de médiation.

Conclusion Titre II

250. La survenance d'un conflit entre les parties pendant l'exécution de leur contrat les oblige à respecter le préalable obligatoire de médiation stipulé. Les parties se sont effectivement engagées à n'entreprendre aucune action en justice jusqu'au terme du processus de médiation.

Toute action en justice entreprise au mépris de cette obligation serait ainsi prématurée, faute d'un intérêt à agir. La Cour de cassation, dans son arrêt du 14 février 2003, s'est prononcée, à

juste titre, en faveur de la sanction de fin de non-recevoir, sanction processuelle du défaut de droit d'agir. Toute autre solution aurait été pour le moins surprenante, car la clause de médiation interdit par sa nature même toute saisine de la justice étatique ou arbitrale ; dès lors, le choix pour l'exception de procédure ou du sursis à statuer aurait manqué de pertinence. Néanmoins, la Chambre mixte, dans son arrêt précité, n'empêche pas l'une ou l'autre des parties à rechercher la responsabilité contractuelle de son partenaire voire la résolution totale ou partielle du lien contractuel les unissant.

Le choix d'une sanction processuelle pour la violation de l'obligation de ne pas agir est certes en adéquation avec la nature et l'objet de la clause de médiation, mais peut se révéler, dans certaines circonstances, trop définitif. En effet, toutes les actions en justice ne sont pas interdites pour les parties, l'urgence permettant des dérogations salvatrices. A l'inverse, il est possible de constater les difficultés de l'application du régime juridique de la fin de non-recevoir à la sanction de la violation de l'obligation de ne pas agir, notamment quant à la faculté de la soulever en tout état de cause, de la régulariser avant que le juge ne statue ou encore lorsque clause de médiation et clause compromissoire doivent se succéder.

L'application du régime juridique de la fin de non-recevoir par les juges devrait donc être empreinte de pragmatisme du fait de la force relative de la médiation, puisqu'il n'existe aucune garantie d'aboutissement à une issue amiable.

Conclusion de la 1^{ère} Partie

251. La stipulation d'une clause de médiation engendre des effets conséquents, puisque les parties neutralisent temporairement leur liberté d'agir en justice, se privant ainsi de l'accès au juge. Leur volonté commune est de se donner une chance de trouver une solution amiable à d'éventuels différends à venir, par le biais de la négociation sous l'égide d'un ou plusieurs médiateurs.

Les conséquences importantes de cette suspension ont amené à s'interroger sur ses conditions de validité. La neutralisation de cette liberté peut être effectivement perçue comme l'effet de l'obligation de ne pas agir en justice. La particularité de son objet amène à vérifier la libre disponibilité de l'action en justice, à s'assurer de la détermination des cas de recours au processus de médiation et enfin de veiller à l'absence d'une atteinte intolérable au droit d'accès au juge.

Le choix de la sanction à appliquer en cas de violation de l'obligation de ne pas agir en justice s'est posé avec insistance en raison d'un manque d'unité de la jurisprudence. La Chambre mixte dans son arrêt du 14 février 2003 a tranché pour la fin de non-recevoir, sanctionnant ainsi le caractère prématuré de l'action en justice.

Le traitement de l'inexécution de l'obligation de ne pas agir en justice ne doit pas non plus occulter certaines questions relatives à son exécution, notamment à propos de la prescription des droits des parties, de la possibilité de saisir dans certaines circonstances le juge étatique et de son articulation délicate avec la clause compromissoire.

La suspension de l'action en justice créée par l'obligation de ne pas agir permet ainsi aux parties de mettre en œuvre plus sereinement la situation de médiation. Il ne leur reste plus alors qu'à négocier.

2^{ème} Partie

L'obligation de négocier dans la clause de médiation.

252. *« La médiation accueille le désordre, elle est la scène sur laquelle le drame peut se dérouler. Elle offre un temps, un espace privilégiés, pour qu'il y ait passage du chaos à une nouvelle forme d'ordonnement. L'harmonie peut naître des contraires. La médiation peut aider à transformer notre société ; elle offre à l'homme une confrontation avec lui-même, avec son destin⁴⁴¹ ».*

La médiation peut avoir cette vertu de résoudre le conflit, tant dans son volet juridique, que psychologique. Les parties, en ne confiant pas au médiateur le rôle de juge, n'ont pas à le convaincre de la véracité de leurs dires ; c'est à elles de comprendre qu'il est de leur intérêt de s'entendre, de dépasser leurs antagonismes. C'est en sortant de cette logique binaire, « gagnant - perdant », que la médiation peut réussir et ainsi permettre de sortir de ce rapport de force pouvant engendrer un désir de vengeance. Il appartient ainsi au médiateur de faire sortir l'humanité qui réside en chacun des protagonistes, leur permettant ainsi d'entrer dans une relation certes tout aussi binaire mais axée sur l'idée « gagnant – gagnant⁴⁴² ». L'analyse théorique et philosophique du processus de médiation offre une approche passionnante et renouvelée de la relation de soi à soi et aux autres dans un environnement socio-économique

⁴⁴¹ Morineau J., cité par Armand-Prévost M., *La médiation*, Gaz. Pal.10 janvier 2006 p 2, spé p 5.

⁴⁴² Bourry d'Antin M., Pluyette G., Bensimon S., *Art et techniques de la médiation*, Litec, 2004, préface de la Garanderie D., p 14, n°19.

en perpétuel mouvement⁴⁴³. Pour autant, il n'est pas sûr que les parties, en stipulant une clause de médiation, se soient posées toutes ces questions d'ordre philosophique.

La réalité est sans doute plus simple : elles ont souhaité, au moment de la conclusion de leur relation contractuelle, prévenir tout risque de conflit en s'imposant le passage par la recherche d'une solution amiable afin d'éviter de cristalliser davantage les positions de chacun et de préserver, en outre, l'avenir de la relation initialement nouée. Le recours au juge étatique ou arbitral peut en effet dans certaines hypothèses s'avérer prématuré, accroissant ainsi les rancoeurs et l'hostilité. La médiation, mélange d'idéalisme et de pragmatisme a pour fonction de tenter une régulation du conflit et la restauration d'un climat de confiance.

253. En cas de survenance d'un conflit à l'occasion de la relation contractuelle, la clause de médiation oblige les parties à mettre préliminairement en place le processus de médiation, en raison de la neutralisation temporaire de leur liberté d'agir en justice. Cette clause contient en effet une obligation de négocier à la charge des parties qui vont devoir régler à l'amiable, sous l'égide d'un médiateur, leur différend.

254. En stipulant une telle clause, les parties se sont effectivement engagées à négocier une issue amiable à leur conflit. Celle-ci va s'exécuter en deux temps : les parties vont devoir d'une part mettre en place le processus de médiation et d'autre part négocier en tant que tel sous l'égide d'un médiateur les termes d'une solution amiable.

Il convient de nettement distinguer ces deux obligations de faire, puisqu'elles sont d'une intensité différente. En effet, l'obligation de mise en œuvre du processus de médiation est une obligation que l'on peut qualifier de résultat, car l'obligation a un objet précis : elle consiste à nommer un médiateur qui, par la suite et avec l'aide des parties mettra en place un protocole

⁴⁴³ Six J.-F., Mussaud V., *Médiation*, Seuil, 2002, préface Barre R., Rocard M.

de mission⁴⁴⁴, dit contrat de médiation. Tandis que l'autre obligation est de moyens, car à aucun moment les parties ne se sont engagées à aboutir à un accord, elles ont seulement « l'obligation de rechercher de bonne foi les termes d'une solution conventionnelle du différend ⁴⁴⁵ ». La médiation se caractérise effectivement par l'absence de toute certitude quant à l'aboutissement vers une solution amiable entre les parties.

Dès lors, l'étude des incidences juridiques tant sur la mise en place et le déroulement de la médiation (Titre I) que sur son issue (réussite ou échec) (Titre II) est à entreprendre en raison de la très grande liberté dont disposent les parties.

⁴⁴⁴ Cadiet L., *Liberté des conventions et clauses relatives au règlement des litiges*, PA 5 mai 2000 p 30, spé p 34, n°15.

⁴⁴⁵ Cadiet L., *Ibid.*

Titre I

La mise en œuvre du processus de médiation.

255. La mise en place du processus de médiation constitue le premier volet de l'obligation de négocier. Elle consiste à organiser concrètement la médiation. Pour ce faire, il convient tout de même au préalable d'informer son partenaire contractuel de sa volonté de mettre en place la médiation.

256. Le processus de médiation s'ouvre en principe lors de la survenance entre les parties d'un conflit portant sur la formation, la validité, l'exécution, la résiliation, la résolution... ou plus généralement sur tout conflit ayant trait au contrat principal. Dans l'hypothèse où les parties n'ont pas prévu dans la clause de médiation les modalités pratiques de cette information, il est possible de suggérer la démarche suivante : l'information du cocontractant pourra se faire par lettre recommandée avec accusé de réception valant mise en demeure de participer à la mise en place de la médiation. Ce courrier doit préalablement rappeler que chacune des parties ne peut agir en justice jusqu'à l'issue, favorable ou non, du processus de médiation. Il doit présenter brièvement les raisons pour lesquelles il existe un conflit nécessitant la mise en œuvre de la médiation. Enfin, une présentation des modalités d'ouverture de la médiation est importante, puisqu'elle explique comment, en pratique, celle-ci va se dérouler.

257. Dans un premier temps, il appartiendra aux parties de désigner un médiateur voire plusieurs. Il est alors nécessaire qu'elles arrivent à s'entendre sur la personne du médiateur, sur ses qualités et compétences attendues. Or un tel consensus peut être difficile à atteindre en raison de l'existence même d'un conflit (Chapitre 1^{er}).

Dans un second temps, une fois le médiateur nommé, les parties et ce dernier devront s'accorder pour définir l'organisation du processus de médiation. Il sera alors nécessaire de rédiger un protocole de mission, appelé contrat de médiation. Ce contrat a pour objet de recréer les conditions d'un dialogue entre les parties sous l'égide du médiateur dans l'espoir d'une issue amiable à leur conflit. Il déterminera l'ensemble des obligations, devoirs et garanties qui s'appliqueront aux parties à la médiation ainsi qu'au médiateur (Chapitre 2^{ème}).

Chapitre 1^{er}

La désignation du médiateur.

258. Lors de la stipulation de la clause de médiation, les parties disposent d'une alternative. Elles peuvent décider de recourir à une structure institutionnelle disposant de son propre mode de fonctionnement et d'une liste préalable de médiateurs ; la médiation est dite institutionnelle. Ces centres, constitués sous forme d'association⁴⁴⁶ de la loi du 1^{er} juillet 1901, interviennent dans le domaine de l'arbitrage et des modes alternatifs de règlement des conflits (médiation conventionnelle et judiciaire, expertise amiable, « med-arb⁴⁴⁷ »...). En préférant recourir à un centre de médiation, les parties choisissent une structure qui leur offre

⁴⁴⁶ Forme d'autant plus justifiée que l'article 131-4 alinéa 1^{er} du NCPC retient que la médiation judiciaire peut être confiée soit à une personne physique soit à une association, excluant de fait toute autre structure sociale.

⁴⁴⁷ « Med-arb » est la contraction synthétique de médiation-arbitrage. Cette technique de règlement des conflits a pour particularité de voir la personne choisie initialement par les parties comme médiateur devenir en cas d'échec de la médiation leur arbitre. Cette succession dans des fonctions non juridictionnelles puis juridictionnelles conduit à s'interroger sur les risques d'une violation des principes d'indépendance et d'impartialité propres à la médiation et à l'arbitrage. Sur ce point V. *infra* n°344 s. & 355 s.

davantage de prévisibilité, dans le sens où la totalité du déroulement du processus de médiation est déterminé par un règlement auquel elles adhèrent⁴⁴⁸.

A l'inverse, les parties peuvent exprimer leur souhait de rester dans le domaine de la liberté et préférer ainsi la médiation *ad hoc*. Dans cette hypothèse, il leur appartiendra avec le médiateur désigné de définir les modalités de déroulement du processus de médiation par le biais d'un protocole de mission.

259. Les conséquences d'une telle option ne sont pas à négliger en raison de la spécificité du processus de médiation, qui repose avant tout sur le principe du consensualisme⁴⁴⁹ ; les parties doivent non pas renouveler leur consentement quant au principe même de la médiation⁴⁵⁰, mais s'entendre sur l'organisation de celle-ci. Or l'existence d'un conflit entre les parties ne facilitera pas toujours cette mise en place.

⁴⁴⁸ On peut notamment citer comme centre spécialisé le Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris (CMAP – www.mediationarbitrage.com), le Centre Interprofessionnel de Médiation et d'Arbitrage (CIMA – www.cima-mediation.com), l'Institut d'Expertise, d'Arbitrage et de Médiation (IEAM – www.mediation-ieam.com). Leurs règlements sont disponibles sur leur site Internet ou sur demande écrite. V. aussi Annexes, p 305 s.

⁴⁴⁹ Bourry d'Antin M., Pluyette G., Bensimon S., *Art et techniques de la médiation*, Litec, 2004, préface de la Garanderie D., p 87, n°142 ; Cadiet L., *Procès équitable et modes alternatifs de règlement des conflits*, in *Variation autour d'un droit commun*, sous la direction de Delmas-Marty M., Muir Watt H., Ruiz Fabri H., Société de Législation comparée, 2002, p 89, spé p 107, n°28.

⁴⁵⁰ Hormis l'hypothèse où le préalable de médiation n'est pas obligatoire, mais facultatif ou stipulé dans l'intérêt d'une seule partie.

260. La survenance d'un conflit entrant dans l'objet de la clause de médiation oblige, en effet, les parties à mettre en place le processus de médiation. Cette mise en œuvre passe en premier lieu par la désignation du ou des médiateurs. Le choix de la personne du médiateur est prépondérant, car il aura pour rôle de rapprocher les parties en vue d'une issue amiable à leur conflit. Sa personnalité, ses compétences constitueront autant de critères permettant aux parties de choisir sereinement le médiateur (Section I). Cependant, la présence d'un conflit et la nécessité d'un consensus sur la personne du médiateur créent une situation fragile où le risque d'un blocage quant à sa désignation est une hypothèse à ne pas sous-estimer (Section II).

Section I : Le choix d'un médiateur.

261. « *On ne choisit pas son juge mais on peut choisir son médiateur*⁴⁵¹ ». Toute la difficulté sera pour les parties de trouver le médiateur qui conviendra le mieux à leur besoin. Ce dernier devra présenter certaines qualités qui aideront ainsi les parties à s'entendre (§2). Quant à ses modalités de désignation, elles obéissent à certaines règles qui se retrouvent tant dans la médiation institutionnelle que dans la médiation *ad hoc* (§1).

§1 : Les règles de désignation.

262. La survenance du conflit et l'information de la volonté de mettre en œuvre la médiation s'étant réalisées, il reste aux parties à nommer le médiateur qui les aidera dans leur recherche d'une solution amiable. Elles sont en principe libres de désigner qui elles souhaitent, tout en étant obligées de procéder à cette nomination. La clause de médiation les astreint à l'exécution de cette obligation de résultat ; elles se sont effectivement engagées à un

⁴⁵¹ Nougéin H.-J., Reinhard Y., Ancel P., Rivier M.-C., Boyer Ph., Genin Ph., *Guide pratique de l'arbitrage et de la médiation commerciale*, Litec, 2003, p 203, n°331.

résultat précis et déterminé, dépourvu d'aléas extérieurs⁴⁵², qui est de mettre en place le processus de médiation lors de la naissance d'un conflit entre les parties contractantes.

Le choix entre médiation institutionnelle et médiation *ad hoc* emporte certaines conséquences quant aux modalités de désignation du médiateur. En fonction du type de médiation choisie, le choix du nombre de médiateur(s) à désigner, ainsi que la personnalité de celui-ci ou de ceux-ci se fera néanmoins selon des règles sensiblement proches. Reste toutefois une question importante, celle du délai dans lequel le médiateur doit être nommé.

263. Le choix du médiateur doit faire l'objet d'un accord entre les parties. Néanmoins, l'aspect temporel ne doit pas être sous-estimé ; un conflit qui ne trouve pas d'issue amiable ou judiciaire risque de cristalliser davantage les positions de chacun. En ce sens, les parties doivent faire preuve de lucidité et prévoir dans la clause de médiation ou l'acte d'information de mise en œuvre de la médiation un délai pour procéder à la désignation du médiateur.

Cette question se pose avec d'autant plus d'acuité dans la médiation *ad hoc*, puisque les parties sont entièrement libres quant à l'organisation du processus de médiation. Dès lors, et pour éviter tout risque d'enlisement, il est préférable de prévoir un délai fixe pour procéder à ladite désignation ainsi que les conséquences d'un éventuel refus ou mésentente sur le choix du médiateur. Les parties devront ainsi déterminer si l'absence de désignation entraîne l'abandon du processus de médiation ou si elle autorise le recours au juge étatique, notamment des référés, ou à un centre spécialisé à des fins de nomination.

Cette difficulté ne se pose pas dans le cadre d'une médiation institutionnelle, puisque les parties ont adhéré au règlement du centre de médiation, qui détermine les modalités de déroulement du processus de médiation. Il appartient donc à ce centre de procéder à la désignation du médiateur dans un délai assez bref pour éviter de cristalliser davantage les positions de chacun des protagonistes. L'article 4. 1 du règlement du CMAP énonce par exemple que « *Dès réception des observations de l'autre partie ou à l'expiration du délai*

⁴⁵² Bénabent A., *Les Obligations*, Montchrestien, 10^{ème} éd., 2005, p 285, n°411 ; Ancel P., Cottin M., note sous Ch. Mixte 14 février 2003, D 2003 p 1386, spé p 1390.

prévu à l'article 3. 1 ci-dessus [15 jours], le Secrétariat général du Centre saisit la Commission d'agrément et de nomination du CMAP en vue de la désignation d'un médiateur ».

264. En règle générale, les parties demeurent libres de désigner un ou plusieurs médiateurs. Dans un mode conventionnel de règlement des conflits, elles peuvent décider de recourir à un, deux médiateurs, voire plus ; elles ne sont pas astreintes à désigner un nombre impair de médiateurs. La raison de cette règle tient à l'absence de tout pouvoir juridictionnel confié au médiateur par les parties. L'imparité, notamment dans le cadre de l'arbitrage⁴⁵³, constitue une garantie élémentaire de bonne résolution du litige, car elle permet d'éviter tout risque de blocage dans l'élaboration de la sentence en raison de l'existence d'une majorité⁴⁵⁴. Ce danger n'existe pas dans le cadre du processus de médiation, puisque le médiateur ne tranche pas de litige ; son rôle est d'aider les parties à se concilier⁴⁵⁵. Il n'est pas investi par la clause de médiation d'une quelconque *jurisdictio*. L'autorité de la solution amiable tient avant tout à sa qualification contractuelle, qui reste en toute hypothèse un accord conclu entre les seules parties. En conséquence, l'imparité n'a pas lieu d'être au sein du processus de médiation faute de décision à rendre.

265. L'intérêt de nommer plusieurs médiateurs tient à la possibilité de diversifier les compétences. Ainsi, les parties peuvent nommer un médiateur sans compétence spécifique sur

⁴⁵³ Article 1453 du NCPC : « *Le tribunal arbitral est constitué d'un seul ou de plusieurs arbitres en nombre impair* ».

⁴⁵⁴ Article 1470 du NCPC ; V. aussi Nougéin H.-J., Reinhard Y., Ancel P., Rivier M.-C., Boyer Ph., Genin Ph., *Guide pratique de l'arbitrage et de la médiation commerciale, op. cit.*, p 23, n°36.

⁴⁵⁵ Jarrosson Ch., *Arbitrage commercial*, Jurisclasseur Commercial, Fasc. 197, février 2006, p 5, n°12.

l'objet du conflit et en même temps un expert, qui disposera de connaissances techniques sur des questions pointues. L'attrait pour un tel binôme est d'éviter de se concentrer uniquement sur l'objet litigieux, par exemple une mauvaise qualité des produits livrés, mais également de prendre en considération des aspects du conflit qui peuvent avoir des origines plus anciennes ou profondes, comme un conflit de personnes⁴⁵⁶. Le danger de ce binôme réside néanmoins dans la vision qu'ils auront de la médiation et du rythme qu'ils souhaiteront lui donner ; une divergence d'opinions pourrait lui être fatale, envenimant ainsi les positions de chacun, et décrédibilisant le processus de médiation.

À lire les règlements de différents centres de médiation, il semble toutefois que la désignation de plusieurs médiateurs constitue une exception. L'article 3 du règlement du CIMA énonce que : « (...) si la nature du différend le justifie, le CIMA peut, à titre exceptionnel, accepter que soient nommés plusieurs médiateurs ». Le règlement de l'IEAM rejoint le précédent, puisque son article 2. 5 alinéa 2^{ème} retient que : « La Chambre ou son délégué pourra le cas échéant désigner plusieurs médiateurs (...) ». A l'inverse, le règlement du CMAP n'envisage pas cette hypothèse.

La pluralité de médiateurs dispose d'atouts, mais il y a un aspect qu'il convient de ne pas négliger plus particulièrement dans le cadre d'une médiation *ad hoc*. Obéissant au principe du consensualisme, le choix en faveur d'une pluralité de médiateurs devra être ratifié par chacune des parties, ce qui peut être source de difficultés pour des parties qui ne s'entendent plus.

266. La liberté quant au choix de la personne du médiateur sera plus ou moins grande selon que l'on est en présence d'une médiation *ad hoc* ou institutionnelle.

Dans cette dernière hypothèse, les parties ont usé de leur liberté en choisissant le centre de médiation qui mettra en place le processus. Elles ont de ce fait adhéré au règlement préétabli

⁴⁵⁶ Le médiateur n'est effectivement pas tenu de respecter le principe du dispositif (article du 4 NCPC) en raison de son absence de tout pouvoir juridictionnel. Il n'est donc pas strictement lié par l'objet du litige.

dudit centre. En conséquence, elles ne disposent plus nécessairement d'une totale liberté de choix quant à la personne du médiateur. Le règlement du CMAP retient en son article 5 que « *la Commission d'agrément et de nomination désigne un médiateur choisi en fonction de la nature du litige, le cas échéant sur proposition des parties* ». Les règlements du CIMA⁴⁵⁷ et de l'IEAM⁴⁵⁸ vont aussi dans le même sens et posent le principe d'une nomination du médiateur par le centre, laissant moins d'autonomie aux parties. Le choix d'une médiation institutionnelle garantit aux parties, dans une certaine mesure, la fiabilité et la qualité des médiateurs proposés ou désignés par le centre de médiation, ce qui justifie une nomination assurée par le centre. Cependant, le processus de médiation ne pourra réussir que si le médiateur suscite la confiance des parties, ainsi elles doivent pouvoir en dernier lieu refuser la personne proposée. Une incompatibilité de personnes entraînera la proposition ou la désignation d'un autre médiateur⁴⁵⁹. Toutefois, cette faculté de rejeter la nomination d'un médiateur ne peut être infinie sauf à donner à chacune des parties une arme de blocage et dans le même temps anéantir la sécurité qu'offrent ces centres de médiation. En ce sens, l'article 2. 5 alinéa 4^{ème} du règlement de l'IEAM retient qu'après deux désignations successives rejetées par l'une ou l'autre des parties, la médiation est considérée comme étant abandonnée à moins que les parties expriment leur accord pour poursuivre le processus de médiation. Il semble ainsi qu'un certain réalisme doit s'imposer lorsque la mise en place dudit processus devient impossible en raison de la difficulté à nommer un médiateur. Il importera cependant de distinguer dans cette hypothèse le blocage abusif, source de volonté de nuire, qui pourrait

⁴⁵⁷ Article 3 du CIMA : « *Si les parties s'accordent sur le nom d'un médiateur, cette désignation est soumise à l'agrément du CIMA. Dans tous les autres cas, le CIMA désigne un médiateur en fonction de la nature du litige* ».

⁴⁵⁸ Article 2. 5 de l'IEAM : « *Si les parties n'ont pas fait connaître leur accord sur le nom d'un médiateur, choisi sur la liste de l'IEAM, ou en dehors de celle-ci (...), le médiateur est choisi sur la liste des médiateurs de l'IEAM par la Chambre organe statutaire de l'IEAM ou son délégué à la médiation, compte tenu de la nature du litige et des souhaits éventuellement exprimés par les parties* ».

⁴⁵⁹ Nougein H.-J., Reinhard Y., Ancel P., Rivier M.-C., Boyer Ph., Genin Ph., *Guide pratique de l'arbitrage et de la médiation commerciale*, op. cit, p 204, n°336.

aboutir à une action en responsabilité⁴⁶⁰ et le blocage licite qui traduit la difficulté à trouver un consensus sur la personne du médiateur.

Dans le cadre d'une médiation *ad hoc*, il appartient aux seules parties de s'accorder sur le nom d'un médiateur. Toutefois, les conseils ou les avocats de chacune des parties ne manqueront pas de proposer à celles-ci le nom de plusieurs médiateurs ; libre à elles par la suite de s'entendre sur le nom d'un seul ou de plusieurs. Cette manière de procéder permet aux parties un choix plus éclairé ; l'avocat, par sa pratique quotidienne du droit et sa connaissance du milieu économique, est sans doute le mieux placé pour trouver une personne dont la notoriété et les compétences sont reconnues.

§2 : Les qualités attendues.

267. Qu'attend-t-on d'un médiateur ? Qu'il aide les parties à trouver une issue amiable à leur conflit en s'efforçant de recréer les conditions d'un dialogue. Il agit ainsi un peu comme un guide ; il pratique la méthode socratique, l'art de la maïeutique : « *Socrate demande à l'interlocuteur de définir une notion, examine la réponse ; en la contrôlant, il démontre à l'interlocuteur qu'il ne savait pas ce qu'il croyait savoir ; il recommence plusieurs fois et finalement l'interlocuteur trouve de lui-même, sous la direction d'un guide qui sert d'accoucheur cela même qu'il croyait ignorer*⁴⁶¹ ». ».

268. Dès lors, les parties attendent du médiateur pressenti un certain nombre de qualités nécessaires pour créer un climat de confiance. A la lecture d'une majorité d'auteurs, on peut dresser une liste de qualificatifs qui devraient, en théorie, s'appliquer à tout médiateur : « *expérience, bienveillance, disponibilité, capacité d'écoute et de compréhension, confiance, impartialité, neutralité, indépendance, discrétion, autorité, bon sens, sagesse, habilité,*

⁴⁶⁰ *Infra* n°452 s.

⁴⁶¹ Malaurie Ph., *Anthologie de la pensée juridique*, Editions Cujas, 1996, p 14.

*sensibilité, esprit d'opportunité, souplesse d'esprit, fermeté, courtoisie, crédibilité, délicatesse, compétence, confidentialité...*⁴⁶² ». On ose les points de suspension, car la liste des qualités attendues ne peut être close ; nous rejoignons ainsi la pensée de Bruno Oppetit qui voyait dans le médiateur « *un artisan de l'idéal*⁴⁶³ ».

Une certaine lucidité s'impose cependant, car il est difficile, voire utopique, de trouver un médiateur réunissant l'ensemble de ces qualités. En réalité, la recherche de celles-ci n'est pas à faire dans une liste d'adjectifs, nécessairement incomplète, mais selon deux critères l'un intrinsèque (A), l'autre extrinsèque⁴⁶⁴ (B) à la personne du médiateur.

A. Les qualités intrinsèques.

269. Parler de qualités intrinsèques, c'est évoquer le caractère, la personnalité du médiateur désigné. Le médiateur pratique l'art de la maïeutique, il est un facilitateur, un créateur de liens distendus ou rompus ; son rôle consiste à instaurer un dialogue entre les parties afin qu'elles aboutissent à une solution acceptée. Il n'impose rien, ne tranche ni en droit ni en équité ; le pouvoir du médiateur repose essentiellement sur son autorité naturelle. On peut ainsi recenser quelques qualités nécessairement attendues par les parties : l'écoute, la diplomatie, la patience, la disponibilité et l'art de la reformulation positive.

270. La première fonction de la médiation est l'écoute. Le médiateur doit savoir écouter les parties présentant le conflit tel qu'elles le perçoivent et le vivent. Un véritable dialogue ne

⁴⁶² Bourry d'Antin M., Pluyette G., Bensimon S., *Arts et techniques de la médiation, op. cit.*, p 9, n°14.

⁴⁶³ Citée par Bourry d'Antin M., Pluyette G., Bensimon S., *Ibid.*

⁴⁶⁴ Nous nous autorisons l'emprunt respectueux au vocabulaire utilisé par MM. Nougein H.-J., Reinhard Y., Ancel P., Rivier M.-C., Boyer A., Genin Ph. dans leur ouvrage précité (p 207, n°338).

pourra naître si le ressenti n'a pas été au préalable exprimé. Mais écouter n'est pas juger, le médiateur n'est là que pour comprendre, puis guider les parties vers une solution amiable.

271. Il faudra aussi beaucoup de diplomatie et une infinie patience au médiateur pour renouer un dialogue entre des parties déchirées ou enlisées dans un conflit. Il devra créer un climat de mutuelle compréhension, de courtoisie, de respect et veiller à un équilibre dans le dialogue entre les parties. Cependant, patience et diplomatie ne riment pas uniquement avec douceur ; une certaine fermeté sera nécessaire pour recentrer les parties et canaliser les changements d'attitude.

272. Le médiateur devra aussi maîtriser l'art de la reformulation positive. Cette technique permet à chacun de comprendre et d'être compris de son partenaire. Le but est de clarifier, préciser sa pensée en essayant de calmer les frustrations, les mécontentements. « *Ralentir les mots pour accélérer les échanges véritables*⁴⁶⁵ ».

273. Enfin, le médiateur doit être disponible pour la médiation. « *Le médiateur ne peut être une femme ou un homme pressé*⁴⁶⁶ ». Fixant, en accord avec les parties, le rythme de la médiation et de ses entretiens collectifs et / ou séparés, le médiateur doit avoir du temps à consacrer à la médiation et aux parties⁴⁶⁷. Néanmoins, il est à noter que selon les praticiens de

⁴⁶⁵ Bourry d'Antin M., Pluyette G., Bensimon S., *Arts et techniques de la médiation, op. cit*, p 102, n°167.

⁴⁶⁶ Nougéin H.-J., Reinhard Y., Ancel P., Rivier M.-C., Boyer A., Genin Ph., *Guide pratique de l'arbitrage et de la médiation commerciale, op. cit*, p 208, n°341.

⁴⁶⁷ V. l'entretien avec Mme Le Foyer de Costil, *in Arts et techniques de la médiation*, Bourry d'Antin M., Pluyette G., Bensimon S., *op. cit*, p 110, n°186 s.

la médiation, celle-ci a une durée moyenne de deux à trois mois, ce qui n'est que peu de choses à côté d'une procédure judiciaire.

B. Les qualités extrinsèques.

274. Les qualités extrinsèques du médiateur font davantage référence à son activité professionnelle. En d'autres termes, qui peut être médiateur ? En principe, tout le monde ou presque.

Le médiateur peut être un avocat, un ancien magistrat, un expert-comptable, un notaire⁴⁶⁸... L'avantage du recours aux professionnels du droit est la réglementation stricte qui leur est appliquée : chacune de ces professions est soumise à des règles déontologiques, ainsi les obligations de confidentialité, d'indépendance, d'impartialité... ne leur sont pas inconnues. En outre, ce sont des professionnels du droit et / ou de la comptabilité et de la fiscalité qui offrent une compétence intéressante dans le cadre d'un accord, puisque les parties pourront avoir une vision globale des conséquences de leur engagement.

Il n'existe toutefois aucun monopole quant à l'exercice de la fonction de médiateur au profit des professionnels du droit. Un chef d'entreprise, un responsable économique ou un cadre supérieur peut être désigné en tant que médiateur, leurs connaissances profondes du monde de l'entreprise et du marché économique les sensibilisant régulièrement aux conflits commerciaux.

275. La confiance accordée au médiateur nécessite ainsi de connaître l'étendue de ses compétences par rapport à l'objet du conflit. Le médiateur doit-il cependant en être un expert ? Avouons une certaine impuissance à donner une réponse univoque à cette interrogation.

⁴⁶⁸ V. Dossier *Médiation et conciliation : de nouveaux horizons pour les professionnels du Droit*, Droit et Patrimoine décembre 1999 p 35.

On dit de l'arbitrage que : « *Tant vaut l'arbitre, tant vaut l'arbitrage*⁴⁶⁹ ». Transposé à la médiation, on pourrait écrire que : « la médiation vaut ce que vaut le médiateur ». Etant présentée comme un art, tout un chacun peut se sentir naturellement apte à devenir médiateur, à savoir gérer les conflits et en faire émerger une solution pacifique. Néanmoins, on ne s'improvise pas médiateur, car « *une aptitude ne remplace pas une formation*⁴⁷⁰ ». Ainsi, de plus en plus, les centres spécialisés n'inscrivent sur leur liste de médiateurs que les personnes pouvant justifier d'une expérience préalablement acquise ou du suivi d'une formation⁴⁷¹. Dans le cadre d'une médiation *ad hoc*, les parties devront pouvoir se renseigner auprès du médiateur sur son expérience et l'éventuelle formation qu'il a reçue ; il en va de la réussite de la médiation, car la confiance, sentiment particulièrement versatile, ne saurait suffire.

276. L'exemple d'un conflit portant sur le non paiement d'une échéance d'un contrat à exécution successive, du fait de la qualité contestée de la fabrication d'une puce électronique permet d'illustrer ces questions. Le médiateur devra-t-il être un fin connaisseur de ce type de marché, de la pratique des contrats à exécution successive ou simplement de la médiation ?

La question de sa compétence est controversée, car il n'a pour rôle ni de trancher, ni d'imposer une solution aux parties ; cette dernière doit émerger du dialogue instauré entre elles. Dès lors, la logique voudrait qu'une compétence spécifique dans le domaine du conflit ne soit pas exigée, car la tentation pourrait être d'influencer les parties vers une solution que le médiateur estime juste et équitable. Le médiateur ne saurait en l'occurrence être confondu avec un expert. Les connaissances techniques du médiateur peuvent cependant être

⁴⁶⁹ Fouchard Ph., Préface in Clay Th., *L'arbitre*, Dalloz, Vol. 2, 2001, p XXIII.

⁴⁷⁰ Nougéin H.-J., Reinhard Y., Ancel P., Rivier M.-C., Boyer A., Genin Ph., *Guide pratique de l'arbitrage et de la médiation commerciale*, op. cit, p 211, n°348.

⁴⁷¹ Le CMAP pose plusieurs critères d'agrément pour les médiateurs, notamment une expérience d'au moins dix ans dans un service juridique ou dans la résolution des conflits, le suivi préalable d'une formation au sein du CMAP et l'engagement à suivre une formation continue.

appréciables, car elles lui permettront de mieux appréhender le conflit et les attentes des parties.

En réalité, tout semble être affaire de circonstances et de volonté des protagonistes, il leur appartient d'exprimer leur préférence.

Il importe aussi de ne pas oublier que les parties sont en conflit, ce qui peut freiner la mise en place du processus de médiation.

Section II : L'absence de désignation du médiateur.

277. L'absence d'entente sur la personne du médiateur, ou pire le refus de procéder à toute désignation, peut être aussi la source d'un nouveau conflit, notamment lorsque les parties n'ont pas envisagé préalablement ce risque de blocage, ou du moins son traitement⁴⁷². Toute la difficulté consistera à trouver les moyens nécessaires pour pallier à ce risque, car faute de médiateur, aucun processus de médiation ne peut être mis en œuvre. Cette situation est d'autant plus inconfortable que les parties sont privées de leur liberté d'agir en justice le temps de la médiation.

La correcte exécution de l'obligation de négocier nécessite dans un premier temps d'atteindre un résultat précis par la mise en place du processus de médiation notamment en désignant un médiateur. L'exécution de cette obligation peut toutefois être compromise en raison de la difficulté à trouver un accord sur la personne du médiateur. Sans être nécessairement en présence d'un blocage volontaire, les parties peuvent aussi ne pas s'entendre sur le choix du médiateur. Dès lors, et quelle que soit l'hypothèse considérée, il convient de leur garantir la

⁴⁷² *Supra* n°262 s.

(Suite Note 1) Il est toutefois possible que les parties décident de prévoir conventionnellement le traitement de l'inexécution de cette obligation de désignation en stipulant une clause pénale voire même une clause résolutoire.

possibilité de contourner ce blocage en favorisant une exécution en nature de cette obligation (§1) par un recours au juge étatique (§2).

§1 : La préférence pour une exécution en nature.

278. La désignation du médiateur par les parties s'inscrit dans le cadre de l'exécution de l'obligation de négocier. Les parties se sont ainsi clairement engagées à procéder à cette nomination, une solution inverse amènerait à douter de la qualification même de clause de médiation.

En conséquence, il convient de vérifier si cette obligation est susceptible de pouvoir faire l'objet d'une mesure d'exécution en nature. Le but des parties, en stipulant une clause de médiation, est de retarder le recours à une procédure juridictionnelle ; dès lors il est important de pouvoir procurer à chacune des parties l'objet exact de la prestation inexécutée.

279. Ne permettre que la seule réparation par équivalent offrirait une arme importante pouvant nuire à l'exécution de la clause de médiation. Ne retenir que le versement de dommages et intérêts pour la violation de cette obligation serait en contradiction avec la sanction de la fin de non-recevoir pour l'inexécution de l'obligation de ne pas agir en justice. La reconnaissance de la licéité de la suspension de l'action en justice des parties mais sans toutefois garantir une mise en place effective du processus de médiation ne constituerait pas une solution opportune pour le développement des clauses de conciliation et de médiation. En dépit d'une absence de garantie de solution amiable, il convient de ne pas lier l'exécution de ces clauses à la plus ou moins bonne volonté de l'une des parties.

En effet, le but d'une clause de médiation est de donner une chance de régler à l'amiable un conflit, dès lors il est nécessaire de tout faire pour permettre la réalisation de cette finalité. En d'autres termes, il convient de privilégier l'exécution forcée en nature de cette obligation

lorsque l'une ou l'autre des parties le souhaite et ne laisser ainsi à la réparation par équivalent qu'une place résiduelle⁴⁷³.

280. Pour autant, la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle pour l'inexécution de cette obligation reste envisageable, mais elle ne pourra être exercée qu'au terme du processus de médiation en raison de la neutralisation temporaire du droit d'action de chacune des parties.

Sans être impossible, la recherche de la responsabilité contractuelle est une solution moins intéressante en ce sens qu'elle ne permettra pas la mise en place effective du processus de médiation. Elle se borne à offrir une réparation par équivalent du préjudice subi par l'une des parties du fait de l'inexécution de ladite obligation.

Toute la difficulté pour la partie victime de l'inexécution sera de prouver une faute, un préjudice et un lien de causalité. La preuve de la faute risque d'être difficile à rapporter car l'obligation de nomination est bilatérale, chacune des parties étant à la fois créancière et débitrice de l'autre. Dès lors, la responsabilité ne pourrait être engagée que dans l'hypothèse où le refus de désigner un médiateur proviendrait d'une mauvaise foi caractérisée, d'une intention délibérée ou si une intention de nuire à son cocontractant aurait pu être caractérisée.

Une simple difficulté dans le processus de désignation du médiateur ne devrait en effet pas donner lieu à une action en responsabilité faute de pouvoir clairement imputer à l'une ou l'autre des parties l'origine de l'inexécution et d'établir l'existence d'une faute en raison du caractère bilatéral de l'obligation.

⁴⁷³ Jeandidier W., *L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire*, RTD Civ. 1970 p 700, spé p 702, n°3 : « Son cocontractant s'est en effet lié, et le condamner à verser des dommages et intérêts enlèverait tout son sens au respect de la parole donnée. (...) Une indemnité pécuniaire ne remplacera jamais le fait promis » ; V. aussi Colloque *Exécution du contrat en nature ou par équivalent*, RDC 2005 n°1.

281. « Lorsque le créancier n'obtient pas du débiteur l'exécution volontaire de l'obligation à laquelle celui-ci est tenu, il est en droit d'en poursuivre l'exécution forcée, c'est-à-dire de contraindre en justice le débiteur à lui procurer satisfaction. Normalement, dans les systèmes juridiques de tradition civiliste et, en particulier, en droit français, l'exécution forcée doit être envisagée comme une exécution en nature, c'est-à-dire que le créancier peut poursuivre l'exécution de la prestation même qui lui est due en vertu du contrat⁴⁷⁴ ». La réaction naturelle du créancier le conduit ainsi à rechercher en premier lieu l'exécution forcée plutôt que des dommages et intérêts qui n'apporteront pas la satisfaction espérée⁴⁷⁵.

⁴⁷⁴ Larroumet Ch., *Droit civil Les Obligations Le contrat*, Economica, 4^{ème} éd., 1998, p 587, n°598.

⁴⁷⁵ Pour une bibliographie non exhaustive : Laithier Y.-M., *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, Bibliothèque de Droit Privé, Tome 419, 2004, préface Muir Watt H. ; Lonis-Apokourastos V., *La primauté contemporaine du droit à l'exécution en nature*, PUAM, 2003, préface Mestre J. ; Wéry Ph., *L'exécution forcée des obligations contractuelles non pécuniaires. Une relecture des articles 1142 à 1144 du Code civil*, Kluwer éd. Juridiques, coll. Scientifique de la Faculté de Liège, Belgique, 1993, préface Moreau-Margrève I. ; Mounguengue F., *L'exécution forcée des obligations de faire*, Thèse Rennes I 1984 ; Gerbay Ph., *Moyens de pression privés et exécution du contrat*, Thèse Dijon 1976 ; Goldstein Y.-S., *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles. Etude droit comparé*, Thèse Lyon 1959 ; Dragu R., *De l'exécution en nature des contrats*, Thèse Paris 1936 ; Marcille R., *De l'exécution en nature des obligations de faire ou de ne pas faire*, Thèse Rennes 1931 ; Minotte M., *De la sanction des obligations de ne pas faire*, Thèse Paris 1913 ; Génicon J., *De la règle Nemo praecise postes cogi ad factum*, Thèse Bordeaux 1910 ; Massin E., *Du caractère pécuniaire des condamnations en droit romain. De l'exécution forcée des obligations de faire ou de ne pas faire en droit français*, Thèse Paris 1893 ; Colloque Revue des Contrats, *Exécution du contrat en nature ou par équivalent*, RDC 2005 p 3 ; Cornesse I., *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles*, RRJ 2003 p 2433 ; Morita O., *L'origine doctrinale de l'article 1142 du Code civil. Essai sur l'adage « Nemo praecise cogi potest ad factum »*, Rev. Hist. Droit 1995 p 201 ; Jeandidier W., *L'exécution forcée des*

Pourtant, la volonté d'obtenir l'exécution forcée de l'objet de l'obligation contractuelle se heurte *a priori* à une difficulté sérieuse. L'article 1142 du Code civil dispose en effet que « toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur ». Que penser de la lecture de cet article, si ce n'est, comme l'écrit Planiol « qu'il est facile de donner en argent une satisfaction équivalente⁴⁷⁶ ».

L'adage « *Nemo praecise cogi potest ad factum*⁴⁷⁷ » est traditionnellement présenté comme étant à l'origine de l'article 1142 du Code civil. L'héritage de la formulation actuelle de la maxime vient du Président du Sénat de Savoie, Antoine Fabre. Celle-ci a connu au cours de l'histoire diverses interprétations contradictoires⁴⁷⁸ : « Mais cette négation absolue de l'exécution en nature, due à une analyse discutable du Digeste par les glossateurs, s'avéra vite embarrassante, et l'on s'efforça d'en limiter les applications, si bien qu'à la fin de la monarchie, l'état de l'Ancien droit pouvait se résumer ainsi : le fait promis est in obligatione ; toutes les obligations de faire et de ne pas faire doivent être exécutées en nature. Le Code civil cependant, ne semble pas avoir enregistré cette évolution⁴⁷⁹ ».

A l'heure actuelle, les juges ont progressivement admis l'exécution forcée en nature des obligations de faire et de ne pas faire en utilisant des moyens de contrainte directe (saisie,

obligations contractuelles de faire, article précité ; Meynial E., De la sanction civile des obligations de faire ou de ne pas faire, Rev. Prat. Droit français 1884, Tome 56.

⁴⁷⁶ Planiol M., *Traité de Droit civil Les obligations*, Tome II, LGDJ, 1949, p 537, n°1641.

⁴⁷⁷ Roland H., Boyer L., *Adages du Droit français*, Litec, 4^{ème} éd., 1999, p 510, n°260 : « Pas de contrainte directe dans l'obligation de faire ».

⁴⁷⁸ Wéry Ph., *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires. Une relecture des articles 1142 à 1144 du Code civil, Thèse précitée ; Morita O., L'origine doctrinale de l'article 1142 du Code civil. Essai sur l'adage « Nemo praecise cogi potest ad factum »*, art. préc.

⁴⁷⁹ Jeandidier W., *L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire, art. préc.*, spé p 700.

jugement valant vote⁴⁸⁰) ou indirecte (astreinte, remplacement) dépassant ainsi une stricte application littérale de l'article 1142 du Code civil. La Cour de cassation reconnaît que l'exécution forcée en nature de ces obligations peut être valablement décidée par le juge dès lors qu'elle n'entraîne pas une atteinte intolérable à la liberté individuelle du débiteur⁴⁸¹ ou qu'elle n'est matériellement impossible⁴⁸².

Ainsi, les juges ont pu admettre l'exécution en nature d'une clause de non-concurrence⁴⁸³, d'exclusivité⁴⁸⁴, d'un pacte de préférence⁴⁸⁵, de la restitution d'une chose⁴⁸⁶... L'évolution favorable des juges en faveur de l'exécution en nature permet donc d'assurer la pérennité du lien contractuel en garantissant au créancier l'obtention de l'objet de l'obligation demeurée inexécutée.

282. La clause de médiation nécessite pour sa correcte exécution la mise en place du processus de médiation et une négociation loyale entre les parties. Dès lors, la désignation du

⁴⁸⁰ Com., 14 janvier 1992, D 1992 p 337 note Bousquet J.-C., JCP éd. E 1992 II 301 note Viandier A., RTD Com. 1992 p 636 obs. Reinhard Y. ; V. aussi Mignon-Colombet A., *L'exécution forcée en droit des sociétés*, Economica, 2004, préface Guyon Y.

⁴⁸¹ CA Paris, 8 novembre 1953, D 1975 p 401 note Puech J.

⁴⁸² Com., 5 octobre 1993, Bull. Civ. IV n°313, le vendeur est condamné à exécuter son obligation de délivrance par le versement d'une indemnité équivalente à la valeur actuelle de la chose vendue car l'exécution forcée en nature n'était plus possible en raison de l'arrêt de la fabrication de l'objet de la vente.

⁴⁸³ Com., 3 décembre 1985, Bull. Civ. IV n°286.

⁴⁸⁴ Colmar, 18 octobre 1972, JCP éd. G 1973 II 17479 note Burst J.-J.

⁴⁸⁵ Ch. Mixte, 26 mai 2006, D 2006 p 1861 note Gautier P.-Y. & p 1864 note Mainguy D.

⁴⁸⁶ Civ. 1^{ère}, 20 janvier 1953, JCP éd. G 1953 II 7677 note Esmein P.

médiateur constitue une étape essentielle dans l'exécution de l'obligation de négocier. Elle apparaît clairement comme une obligation de faire et de résultat en raison de l'existence d'un objectif déterminé et de l'absence de tout aléa extérieur aux parties.

La demande émanant de l'une des parties en vue de son exécution forcée ne devrait ainsi pas susciter de réelles difficultés. Toutefois, après les interrogations relatives à l'article 1142 du Code civil, il convient de démontrer que l'obligation de ne pas agir en justice jusqu'au terme du processus de médiation, ne constituera pas un obstacle insurmontable à une demande en exécution forcée.

§2 : Le recours possible au juge étatique.

283. La neutralisation temporaire de l'action en justice paraît empêcher tout recours au juge afin de prononcer une mesure d'exécution forcée en nature de l'obligation de désignation. Serait-il réellement inconcevable de demander au juge la nomination d'un médiateur ? En ce sens, deux propositions peuvent être avancées, l'une se basant sur une interprétation contestable de l'article 131-1 NCPC (A), l'autre recourant à la procédure des référés (B).

A. Le rejet d'une interprétation extensive de l'article 131-1 du NCPC.

284. En raison de l'inexistence de dispositions relatives à la médiation conventionnelle, il est apparu opportun de procéder à une analogie avec la médiation judiciaire qui, au contraire, prévoit expressément l'intervention du juge. En effet, l'article 131-1 du NCPC définit de la manière suivante la médiation judiciaire : « *le juge saisi d'un litige peut, après avoir recueilli l'accord des parties, désigner une tierce personne afin d'entendre les parties et de confronter leurs points de vue pour leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose* ». On constate que se conclut devant le juge un accord procédural entre les parties et ce, afin de régler à l'amiable leur litige né.

La clause de médiation est là en prévision d'un conflit futur, il s'agit avant tout d'une anticipation. Pour autant, la médiation conventionnelle ne diffère pas substantiellement de la médiation judiciaire dans ses effets, puisqu'elle prévoit aussi qu'un médiateur sera nommé pour tenter d'amener les parties vers une solution amiable de leur conflit.

Ainsi, on peut s'interroger sur cette ressemblance troublante, sur cette « *quasi-identité*⁴⁸⁷ ». En effet, les difficultés d'exécution de la clause de médiation, notamment quant à la mise en œuvre du processus, ne pourraient-elles pas trouver un support salvateur dans les dispositions relatives à la médiation judiciaire ?

285. Il faut bien reconnaître avec M. Lagarde qu'il existe effectivement une identité d'objet entre la clause de médiation et la médiation judiciaire. Dans ces deux hypothèses, l'objet de ces accords est en effet « *d'entreprendre une procédure précontentieuse en vue de favoriser un règlement amiable du contentieux*⁴⁸⁸ ».

Dans la médiation judiciaire, le juge a la faculté de proposer aux parties une médiation que ces dernières acceptent ou refusent. Leur accord pour une telle médiation a été qualifié de « *contrats de pourparlers judiciaires*⁴⁸⁹ », du fait de sa conclusion devant le juge. Selon l'article 131-6 du Code précité, la décision qui ordonne la médiation mentionne l'accord des parties et désigne le médiateur. Dès lors, il n'existe aucun risque de blocage quant à la désignation du médiateur.

A l'inverse, la clause de médiation intervient avant toute naissance d'un conflit et en dehors de toute instance. Le choix du médiateur appartient aux parties qui doivent s'entendre sur un

⁴⁸⁷ Lagarde X., *L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation*, Rev. Arb. 2000 p 377, spé p 399, n°9.

⁴⁸⁸ Lagarde X., *ibid.*

⁴⁸⁹ Joly-Hurard J., *Conciliation et médiation judiciaires*, PUAM, 2003, préface Guinchard S., p 440, n°694.

nom, réserve faite de l'hypothèse où elles s'en remettent à un centre de médiation. En cas de difficulté dans l'exécution de cette obligation, il existe ainsi un risque important de paralysie de la clause de médiation, faute d'arriver à un consensus et d'avoir anticipé ces vicissitudes.

286. Afin de pallier à cet inconvénient, l'auteur a proposé de voir dans la clause de médiation une anticipation de l'accord procédural exigé par l'article 131-1 du NCPC. « *On retiendrait que [la clause de médiation] constitue la première étape de l'instance et que, d'une certaine manière, elle n'est jamais que l'organisation conventionnelle d'une médiation conçue sur le modèle défini par les articles 131-1 et suivants du nouveau Code de procédure civile*⁴⁹⁰ ». L'idée est donc d'autoriser le juge face à une clause de médiation inexécutée, à la mettre en œuvre mais dans le cadre d'une médiation judiciaire ; celle-là pouvant alors bénéficier d'un régime juridique existant et précis⁴⁹¹. Les parties, en stipulant une telle clause, ont accepté l'idée de tenter un règlement amiable de leur conflit ; dès lors il faut respecter cette volonté et leur garantir la réalisation effective de la finalité de la clause de médiation, la forme et les moyens important peu. Que la médiation soit conventionnelle à l'origine puis judiciaire, dans les deux hypothèses la finalité est sauve.

En d'autres termes, le raisonnement suivi permet de surmonter une situation de blocage dans la mise en œuvre du processus de médiation conventionnelle en prononçant une mesure d'exécution forcée en nature. L'une des parties assignant son partenaire au mépris du préalable obligatoire de médiation pourrait ainsi se le voir imposé par le juge dans le cadre d'une médiation judiciaire après que ce dernier ait constaté l'inexécution de ladite clause.

287. Toutefois, l'originalité de ce raisonnement est fondée sur une appréhension différente de la sanction de la violation de l'obligation de ne pas agir en justice admise par la Chambre

⁴⁹⁰ Lagarde X., note sous Com., 17 juin 2003, RDC 2004 p 417, spé p 421.

⁴⁹¹ Jarrosson Ch., note sous Civ. 2^{ème}, 6 juillet 2000, Civ. 1^{ère}, 23 janvier 2001 et Civ. 1^{ère}, 6 mars 2001, Rev. Arb. 2001 p 749, spé p 756, n°9.

mixte dans son arrêt du 14 février 2003. En effet, cette obligation a pour effet de neutraliser temporairement le droit d'action de chacune des parties. Dès lors, toute assignation réalisée au mépris du préalable obligatoire de médiation engendre une décision d'irrecevabilité, l'action de cette partie est donc prématurée.

Retenir l'application extensive de l'article 131-1 du NCPC implique d'admettre la recevabilité d'une assignation délivrée en violation d'un préliminaire de médiation afin que le juge puisse prononcer l'ouverture d'une médiation judiciaire. Or, l'auteur n'adhère justement pas à l'idée que l'obligation de ne pas agir en justice soit sanctionnée par une fin de non-recevoir ; selon lui, il convient d'aller dans le sens d'une exception dilatoire qui entraîne alors une suspension de l'instance le temps du processus de médiation⁴⁹².

En conséquence, il existe une réelle cohérence dans le système proposé par l'auteur. L'une des parties, en assignant son partenaire pour voir leur différend tranché au fond par le juge, ne se verra pas opposer une fin de non-recevoir à la demande de celui-là. Au contraire, le défendeur pourra demander au juge le respect de la clause de médiation stipulée mais au travers d'une médiation judiciaire⁴⁹³. Cette mesure d'exécution de la clause de médiation aura une valeur symbolique nettement plus importante que le simple prononcé d'une exception de procédure en raison de l'encadrement dont bénéficie la médiation judiciaire⁴⁹⁴.

288. Pour autant, il ne semble pas possible de suivre l'auteur dans cette proposition pour deux raisons essentielles.

⁴⁹² *Supra* n°145 s.

⁴⁹³ Lagarde X., *L'efficacité des clauses de conciliation et de médiation*, art. préc, spé p 399, n°9 : « Il paraît dès lors admissible, au prix sans doute d'une interprétation extensive de l'article 131-1, de reconnaître qu'une clause de conciliation ou de médiation autorise le juge à enclencher une procédure en ce sens ».

⁴⁹⁴ Lagarde X., *L'efficacité des clauses de conciliation et de médiation*, art. préc, spé p 396, n°8.

Une telle analyse est, en premier lieu, difficilement acceptable dans la mesure où la clause de médiation suspendant la liberté d'agir des parties rend toute action en justice prématurée. Le juge est privé de son pouvoir juridictionnel. Admettre l'intervention du juge serait reconnaître et consacrer la violation de la clause de médiation et faire ainsi peu de cas de sa force obligatoire⁴⁹⁵.

Le préalable de médiation se réalise, en outre, en dehors de toute intervention juridictionnelle⁴⁹⁶, ainsi que l'a affirmé la Chambre mixte dans son arrêt du 14 février 2003. Il n'est donc pas admissible de permettre la saisine du juge étatique afin qu'il mette en œuvre la clause de médiation par l'intermédiaire d'une médiation judiciaire.

289. Enfin, un dernier argument peut être opposé au raisonnement développé précédemment.

L'article 131-1 du NCPC énonce que le juge saisi d'un litige « *peut, après avoir recueilli l'accord des parties, désigner une tierce personne (...)* ». Dès lors, deux difficultés se posent inévitablement : celle du consentement des parties et celle de la faculté dont dispose le juge pour ordonner une médiation judiciaire.

La nécessité du consentement de chacune des parties explique que le juge ne dispose que d'une simple faculté d'ouvrir une médiation judiciaire⁴⁹⁷. L'article 131-1 du NCPC est la manifestation du principe accusatoire ; les parties disposent, dans une certaine mesure, de la direction de l'instance et notamment de son extinction prématurée comme l'énonce l'article 1^{er} du Code précité. Dès lors, les parties sont libres et souveraines de vouloir s'engager dans une procédure de médiation judiciaire ; le juge ne dispose pas à cet égard d'un pouvoir

⁴⁹⁵ *Supra* n°151 s.

⁴⁹⁶ Joly-Hurard J., *Conciliation et médiation judiciaires*, Thèse précitée, p 32, n°28 : « *L'extrajudiciaire suppose l'absence de tout lien avec le juge ou avec le monde judiciaire* ».

⁴⁹⁷ Joly-Hurard J., *Conciliation et médiation judiciaires*, Thèse précitée, p 135, n°187 s.

discrétionnaire, mais d'appréciation. Le juge pourra ainsi prendre l'initiative de proposer une médiation judiciaire mais sans pouvoir leur imposer.

290. Ainsi, la proposition d'une application extensive de l'article 131-1 du NCPC à la clause de médiation ne peut être suivie puisque se pose le problème du consentement des parties et du pouvoir du juge. Le pouvoir d'appréciation dont dispose normalement le juge ne rendrait-il pas impossible une telle application extensive ? En effet, il conviendrait de projeter le consentement donné par les parties lors de la stipulation de la clause de médiation sur celui exigé par l'article 131-1 du Code précité.

En d'autres termes, on ne prendrait en considération que la seule finalité poursuivie par les parties, c'est-à-dire leur souhait de voir leur différend réglé à l'amiable. L'accord donné pour une clause de médiation vaudrait aussi pour une médiation judiciaire. La fictivité voire l'inexistence de ce consentement supposé donné pour une médiation judiciaire empêche d'admettre une application aussi extensive de l'article 131-1 du NCPC ; les parties se sont seulement engagées à une médiation conventionnelle hors du cadre judiciaire.

Ce consentement, douteux, pourrait-il toutefois être valable en tant qu'accord procédural restreignant l'office du juge ? L'article 12 alinéa 3 du NCPC permet en effet aux parties dans certaines conditions de lier le juge sur certaines qualifications et / ou points de droit auxquels elles entendent limiter le débat. Mais, il est manifestement impossible de voir dans la clause de médiation un accord procédural, puisque l'article précité n'offre cette faculté qu'en cas de litige né, ce qui ne saurait être le cas puisque par définition la clause de médiation intervient avant la naissance de tout litige.

L'impossibilité de saisir le juge étatique en raison de la suspension du droit d'action de chacune des parties et le respect de leurs prévisions contractuelles amènent à ne pas retenir l'audacieuse proposition de M. Lagarde. Une autre issue doit donc être trouvée en cas de paralysie du processus de médiation.

B. Le recours à la procédure des référés.

291. Le recours au juge étatique s'avère nécessaire afin de surmonter l'inertie de l'une des parties. De toute évidence, plus le temps passe, plus le conflit s'enlise et exacerbe tensions et rancoeurs ; la médiation doit donc être rapidement mise en œuvre. Animé par ce souci de célérité, seul le juge des référés peut être apte à remplir cette fonction de « juge d'appui », et ainsi mettre un terme au trouble manifestement illicite causé par l'inertie de l'une des parties. L'urgence de la situation permet la saisine du juge des référés, sur le fondement notamment de l'article 808 du NCPC, en dépit de la stipulation d'une clause de médiation⁴⁹⁸.

La condition de l'urgence est effectivement présente, car la liberté d'agir en justice des parties est suspendue le temps de la médiation, dès lors elles ne peuvent en aucun cas agir au fond. La situation est alors la suivante : soit elles renoncent d'un commun accord à la médiation comme le permet l'article 1134 alinéa 2^{ème} du Code civil, soit elles demeurent dans une situation d'enlèvement faute de pouvoir agir. Le trouble est patent, car chacune des parties dispose ainsi d'une arme redoutable de paralysie de la médiation, celle-ci ne pouvant se dérouler sans médiateur.

292. La partie la plus diligente ou celle victime de la mauvaise volonté de son partenaire pourra saisir le juge des référés afin de demander la mise en place du processus de médiation. Or celui-ci nécessite la nomination d'un médiateur. La question se pose donc de savoir si le juge des référés dispose du pouvoir de procéder à cette désignation.

Le juge des référés dispose de très larges pouvoirs prévus à l'article 808 du NCPC, puisqu'il peut ordonner, en cas d'urgence, toutes les mesures nécessaires en présence d'un différend. Cette définition lui permet de prescrire les mesures qu'il juge appropriées afin de mettre un

⁴⁹⁸ *Supra* n°221 s.

terme à celui-ci ; il doit cependant justifier l'adéquation de la mesure prise par rapport à la situation qui lui est soumise⁴⁹⁹.

Dans le cadre d'une demande de mise en œuvre du processus de médiation, le juge des référés dispose de deux mesures. La première consiste à contraindre sous astreinte la partie récalcitrante à procéder ou à participer à la désignation du médiateur, la seconde à une nomination d'office du médiateur.

293. L'article 33 de la loi du 9 juillet 1991 retient que « *tout juge peut, même d'office, ordonner une astreinte pour assurer l'exécution de sa décision* ». La généralité de cet article permet au juge des référés de pouvoir assortir sa décision d'une astreinte. Ainsi, il pourra condamner sous astreinte la partie récalcitrante à procéder à la désignation du médiateur⁵⁰⁰. L'intérêt de cette technique est de vaincre l'inertie du débiteur en s'attaquant à ses intérêts patrimoniaux⁵⁰¹. Néanmoins, ce procédé ne convient pas nécessairement pour deux raisons.

D'une part, il est douteux qu'une partie condamnée à une astreinte mettra de la bonne volonté à négocier avec son partenaire durant le processus de médiation.

D'autre part et plus sérieusement, cette technique ne peut pas s'appliquer en toute hypothèse. En effet, l'absence de désignation du médiateur peut ne pas être volontaire, mais découler

⁴⁹⁹ Vuitton J., Vuitton X., *Les référés*, Litec, 2003, p 251, n°1254 s.

⁵⁰⁰ Jarrosson Ch., note sous Civ. 2^{ème}, 6 juillet 2000, Civ. 1^{ère}, 23 janvier 2001 et Civ. 1^{ère}, 6 mars 2001, Rev. Arb. 2001 p 749, spé p 755, n°6.

⁵⁰¹ « *Grâce à la progressivité qui le caractérise, ce système est d'une efficacité, d'une sûreté à toute épreuve ; il n'est pas de fortune qui soit à même de résister à une pression continue et sans cesse accentuée ; la capitulation du patient est certaine ; on a raison de sa résistance, et cela sans avoir exercé de résistance sur sa personne même : c'est à ses biens que l'on s'en prend, c'est sa fortune, ses ressources matérielles que l'on vise* », in *Adages du Droit français*, Roland H., Boyer L., Litec, 4^{ème} éd., 1999, p 510.

d'une difficulté à trouver une personne qui satisfasse les deux parties. En d'autres termes, l'astreinte ne pourrait être utilisée que dans les hypothèses où il y a manifestement un abus, une inertie volontaire ou encore une volonté de nuire.

294. Afin de résoudre ce possible blocage, la question se pose essentiellement de savoir si le juge des référés peut nommer d'office le médiateur lorsque les parties n'ont pas correctement envisagé ce type de blocage et ne lui ont pas donné ce pouvoir. Il convient alors de rechercher dans les règles relatives à l'arbitrage et dans les pouvoirs du juge des référés des indices laissant supposer qu'il pourrait procéder à une telle désignation.

295. Par analogie, il serait logique de s'inspirer des règles relatives à l'arbitrage notamment à propos du rôle du juge d'appui dans la constitution du tribunal arbitral⁵⁰². Dans le cadre d'un arbitrage interne⁵⁰³, l'article 1444 NCPC énonce dans son alinéa 1^{er} que : « *Si, le litige né, la constitution du tribunal arbitral se heurte à une difficulté du fait de l'une des parties ou dans la mise en œuvre des modalités de désignation, le président du tribunal de grande instance désigne le ou les arbitres* ». Ainsi, l'inertie de l'une des parties à s'entendre ou à désigner un arbitre, peut être vaincue par un recours au Président du Tribunal de grande instance. Le rôle du Président est de remettre la procédure d'arbitrage sur les « rails » ; il s'agit avant tout d'une assistance technique⁵⁰⁴. Pour autant, la situation de l'arbitre et du médiateur est différente, puisque le premier est investi du pouvoir juridictionnel là où le second ne dispose que de son autorité naturelle pour concilier les parties. Cependant, la comparaison est intéressante car elle met en lumière les relations de coopération entre le juge

⁵⁰² Croze H. et Gautier D., note sous Ch. Mixte, 14 février 2003, JCP éd. E 2003 p 810, spé p 813, n°14.

⁵⁰³ Pour l'arbitrage international, V. article 1493 du NCPC.

⁵⁰⁴ Laurent B., *L'intervention du juge*, Rev. Arb. 1992 p 303, spé p 305.

arbitral et le juge étatique. Ainsi, on peut espérer qu'un même esprit de collaboration existera à l'égard des modes alternatifs de règlement des conflits en facilitant leur mise en œuvre.

296. Dans un autre sens, la demande de désignation du médiateur par l'une des parties au juge des référés fait aussi écho à la possibilité dont il dispose de nommer un administrateur provisoire en cas de paralysie des organes sociaux d'une société. Technique purement prétorienne, l'administrateur provisoire est nommé par le juge, principalement des référés, dans le but de se substituer aux organes de la société le temps que la crise se dénoue. Il a vocation à intervenir dans toutes les formes de personnes morales à condition qu'elles soient atteintes d'une « *crise temporaire, actuelle et soluble*⁵⁰⁵ ». Il appartiendra au demandeur de démontrer la paralysie des organes sociaux et le péril imminent pour la société⁵⁰⁶, qui a souvent pour origine une mésentente grave entre associés ou un conflit opposant les dirigeants. L'administrateur prendra alors les mesures nécessaires pour parer aux dangers menaçant la société.

Il y a cependant une différence à ne pas négliger. En nommant un administrateur, le juge des référés s'immisce dans la gestion d'une société privée d'organes légaux de direction, tel « *un bateau ivre*⁵⁰⁷ ». S'il désigne un médiateur, le juge des référés intervient alors dans un contrat, fruit d'une volonté privée. Si les parties ne lui ont pas donné le pouvoir de nommer un médiateur en cas de désaccord entre elles, il ne semble pas pouvoir y être autorisé.

⁵⁰⁵ Com., 24 mai 1994, Bull. Joly 1994 p 789 note Guyon Y.

⁵⁰⁶ Cozian M., Viandier A., Deboissy F., *Droit des sociétés*, Litec, 16^{ème} éd., 2003, p 209, n°453 s.

⁵⁰⁷ Cozian M., Viandier A., Deboissy F., *Droit des sociétés*, *op. cit.*, p 209, n°454.

297. Pour autant, le juge des référés n'hésite plus aujourd'hui à intervenir au sein du contrat⁵⁰⁸ et à neutraliser certains effets de la volonté de l'une des parties.

Ainsi, le juge des référés s'est vu reconnaître un pouvoir dans l'hypothèse d'une rupture unilatérale du contrat aux risques et périls du créancier en cas de comportement grave du débiteur⁵⁰⁹. Le contrat est alors résolu préalablement à toute intervention du juge étatique et en l'absence d'une clause résolutoire. Dès lors, la question s'est rapidement posée de savoir si le juge des référés était en droit de paralyser les effets de l'acte de résiliation pour éviter une situation préjudiciable à l'égard du débiteur, notamment dans l'hypothèse où la résolution à ses torts exclusifs n'était pas réellement caractérisée. La Cour de cassation a reconnu au juge des référés ce pouvoir de neutralisation des effets de la résolution même dans l'hypothèse où la résolution s'est faite de manière régulière⁵¹⁰. Elle a donc considéré que même la présence d'une contestation sérieuse n'empêchait pas le juge des référés de prescrire la poursuite du contrat aux conditions initiales en présence d'un trouble illicite ou pour prévenir la survenance d'un dommage imminent, dans l'attente d'un jugement sur le fond.

Dans le même sens, la Cour de cassation permet au juge des référés, en cas de dommage imminent, d'ordonner l'exécution d'une obligation contractuelle de faire, même en présence d'une contestation sérieuse⁵¹¹.

⁵⁰⁸ Pour une analyse complète de cette question, V. notamment Mélin-Soucrmamien B., *Le juge des référés et le contrat*, PUAM, 2000, préface Mestre J., p 100, n°139 s.

⁵⁰⁹ Civ. 1^{ère}, 13 octobre 1998, Bull. Civ. I n°300, D 1999 p 197 note Jamin Ch., D 1999 Somm. p 115 obs. Delebecque Ph., Defrénois 1999 p 374 obs. Mazeaud D., RTD Civ. 1999 p 394 obs. Mestre J., RTD Civ. 1999 p 506 obs. Raynard Ph.

⁵¹⁰ Civ. 1^{ère}, 29 mai 2001, RTD Civ. 2001 p 590 obs. Mestre J. et Fages B. ; V. aussi Civ. 1^{ère}, 20 février 2001, D 2001 p 363 note Jamin Ch. ; Civ. 1^{ère}, 7 novembre 2000, Bull. Civ. I n°286, D 2001 p 256 note Jamin Ch. et Billiau M., RTD Civ. 2001 p 135 obs. Mestre J. et Fages B., JCP éd. G 2001 II 10506 note Vuitton X.

⁵¹¹ Com., 26 février 1991, Bull. Civ. IV n°87.

Le juge des référés intervient ainsi pour éviter la constitution de situations préjudiciables à l'égard de l'une des parties en tâchant de dénouer les blocages dans l'exécution de leurs obligations.

298. Dans le cadre de la clause de médiation, les exemples précités laissent à penser que le juge des référés n'hésitera pas à s'octroyer ce pouvoir de nomination d'office du médiateur dans le but avoué de débloquer une situation de crise et d'assurer la correcte exécution des obligations souscrites⁵¹².

Une solution contraire mettrait les parties dans une situation inédite, car privées de leur liberté d'agir en justice, la résolution de leur conflit ne peut passer que par la médiation. Dès lors et sauf à renoncer mutuellement au processus de médiation, le risque est de laisser le différend s'aggraver en créant une situation de plus en plus préjudiciable. L'intervention du juge des référés serait ainsi salvatrice à l'égard des parties.

* *

*

299. Le choix de la personne du médiateur est délicat, car soumis à un consensus entre les parties en conflit. Dès lors, il est important qu'elles aient prévu dans la clause de médiation les modalités de sa désignation ou le renvoi à un règlement de centre de médiation. Des difficultés peuvent cependant surgir et un recours au juge étatique, notamment des référés, permettra de résoudre les problèmes liés à la mise en place du processus de médiation.

Une fois la nomination effectuée, un contrat de médiation va normalement s'établir entre les parties et le médiateur. Ce contrat aura pour objet de définir les modalités de déroulement du

⁵¹² En ce sens Mélin-Soucramamien B., *Le juge des référés et le contrat*, Thèse précitée, p 217, n°339, qui estime que le recours au juge des référés est envisageable afin de mettre en place le processus de médiation.

processus de médiation, les droits et obligations de chacun ainsi que les garanties que les parties seront en droit d'attendre de la médiation.

Chapitre 2^{ème}

Le cadre de la médiation.

300. «*Pas de souplesse sans rigueur... Pas de liberté sans responsabilité... Or la médiation est un processus extrêmement souple et libre... Et les médiateurs⁵¹³ ont un droit et un besoin de sécurité : donc des règles d'éthique et de méthode s'imposent⁵¹⁴* ». La médiation n'est effectivement pas une zone de non-droit ; une telle situation serait inacceptable au regard des conséquences que peut avoir la médiation sur les droits des parties. Dès lors, un minimum d'encadrement juridique s'impose et, à l'instar de la procédure arbitrale⁵¹⁵, ce besoin de sécurité passe précisément par la conclusion d'un protocole de mission dit contrat de médiation.

301. Les centres de médiation ont très tôt compris l'intérêt qu'ils avaient à proposer des règlements, ou contrats de médiation, établissant avec précision le fonctionnement et déroulement du processus de médiation. Dès lors, les parties ayant recours à un tel centre, ont

⁵¹³ Personnes participant à une médiation.

⁵¹⁴ Bourry d'Antin M., Pluyette G., Bensimon S., *Art et techniques de la médiation*, Litec, 2004, préface de la Garanderie D., p 21, n°30.

⁵¹⁵ Fouchard Ph., Gaillard E., Goldman E., *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, n°1229 s. ; Nougein H.-J., Reinhard Y., Ancel P., Rivier M.-C., Boyer A., Genin Ph., *Guide pratique de l'arbitrage et de la médiation commerciale*, Litec, 2004, p 50, n°82 s. ; Clay Th., *L'arbitre*, Dalloz, Vol. 2, 2001, préface Fouchard Ph., p 538, n°683 s. ; Arnaldez J.-J., *L'acte déterminant la mission de l'arbitre*, Mélanges offerts à Pierre Bellet, Litec, 1991, p 1.

l'obligation, avec le médiateur choisi (ou imposé), d'adhérer au dit règlement. L'étude de ces règlements nous montre qu'ils sont équilibrés, s'inspirant pour l'essentiel du régime de la médiation judiciaire, sans omettre certaines règles du procès équitable. Ces règlements offrent ainsi aux parties un cadre leur permettant de s'investir en toute sécurité dans la négociation d'une solution amiable à leur conflit.

A l'inverse, la médiation *ad hoc* est placée sous le signe de la liberté contractuelle. La contractualisation du processus de médiation permet ainsi à ses utilisateurs de l'organiser selon leur volonté, sans toutefois ignorer le respect de certaines règles élémentaires de loyauté, issues tant du droit des contrats que du droit processuel et ce, afin d'assurer une égalité de traitement.

La spécificité de la médiation conventionnelle institutionnelle ou *ad hoc* amène donc à présenter le contrat de médiation et ses modalités de conclusion (Section I), ainsi que son contenu au regard des exigences du droit des contrats et du droit processuel (Section II).

Section I : La conclusion d'un contrat de médiation.

302. Le contrat de médiation a donc pour objet de fixer les modalités de déroulement du processus de médiation entre chacun de ses acteurs⁵¹⁶. Il vient constater une situation qui se crée et qu'il convient d'encadrer par certaines règles.

Cet acte constitue, en d'autres termes, un cadre qui fixe « la procédure » à suivre à partir du moment où le processus de médiation a été engagé, et suivi de la nomination d'un médiateur. Il complète ainsi la mise en œuvre de la clause ; il a une fonction de support pour chacun des protagonistes, élément essentiel en raison du caractère conventionnel de la médiation.

⁵¹⁶ Lagarde X., *Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges*, Rev. Arb. 2001, p 423, spé p 441, n°12 : « (...) le « contrat de médiation » définit suffisamment clairement le processus que les parties entendent suivre ; or, cette exigence obligera les parties à prendre position sur des questions de droit processuel – communication des pièces, tenue des réunions, durée de la procédure... ».

303. Il est, en effet, fréquent que la clause stipulée ne prévoie simplement que le recours à la médiation sans préciser ses modalités d'exécution. La conclusion d'un tel acte s'avère ainsi nécessaire face à l'absence de régime juridique pour la médiation conventionnelle. Cette dernière n'est effectivement réglementée par aucun texte, dès lors s'engager dans un tel processus sans en avoir défini les conditions de déroulement risque à la fois de nuire à sa mise en place effective et de créer possiblement une nouvelle situation conflictuelle. Les parties contractantes et le médiateur désigné feraient preuve d'une sage prudence en encadrant conventionnellement et expressément le processus de médiation afin d'éviter toute difficulté dans son déroulement.

A l'inverse, les parties contractantes ont pu détailler très précisément dans la clause de médiation les droits et obligations de chacun des protagonistes au moment de la mise en œuvre du processus et au cours de son exécution, rendant ainsi facultative, voire inutile, la conclusion d'un véritable contrat de médiation.

La présence du contrat de médiation dépend donc, avant tout, de la volonté initiale des parties et du degré de précision apporté à la rédaction de la clause de médiation⁵¹⁷. Sa conclusion est facultative eu égard à la liberté contractuelle de chacun des protagonistes, mais toutefois vivement conseillée dans certaines situations.

304. La désignation du médiateur par les parties constitue ainsi le point de départ d'une réflexion quant à l'utilité et l'opportunité de conclure un contrat de médiation. Les parties et le médiateur doivent effectivement s'interroger sur cette nécessité de rédiger un acte de mission précisant les droits et obligations de chacun des protagonistes.

La démarche est volontaire mais démontre aussi un souci d'organiser le plus sereinement possible le processus de médiation. La conclusion d'un tel contrat entre les parties à la

⁵¹⁷ V. Annexes p 305 s.

médiation et le médiateur leur offre la possibilité de sécuriser leur relation tout en l'adaptant au mieux à leurs besoins.

305. Le contrat de médiation aura donc pour objet de fixer, dans un premier temps, les droits et obligations des parties contractantes notamment sur la question des frais financiers de la médiation, de leur obligation d'adopter un comportement conforme aux exigences de bonne foi et de loyauté et de leur rappeler qu'elles disposent, sous certaines conditions, d'une faculté de sortir du processus de médiation.

Puis, dans un second temps, il précisera le rôle du médiateur au cours de la médiation ainsi que les exigences déontologiques incombant tant au médiateur qu'à chacune des parties. Chacun des protagonistes doit prendre conscience de l'importance de détailler et spécifier ces exigences déontologiques, notamment sur les problématiques liées à l'indépendance du médiateur et à la confidentialité du processus de médiation.

L'absence de tout régime juridique organisé rappelle que ce type de médiation se situe dans le domaine conventionnel et en dépit d'une doctrine unanime et de rares décisions juridictionnelles, il importe de rappeler ces exigences afin d'éviter toutes difficultés ultérieures lors d'une éventuelle saisine du juge étatique ou arbitral.

Les protagonistes ont donc la liberté de prévoir, sous la condition de ne pas heurter l'ordre public contractuel et processuel, les modalités d'exécution de ces différentes exigences déontologiques comme la confidentialité, le principe du contradictoire, l'indépendance et l'impartialité du médiateur... En outre, rien ne leur interdit d'insérer dans le contrat de médiation d'autres stipulations, telles que des clauses pénale, évasive ou limitative de responsabilité⁵¹⁸, de conflit d'intérêts, résolutoire... ; la seule limite consistant à ne pas déresponsabiliser l'un ou l'autre des protagonistes en créant une immunité ou à nier l'essence et la finalité de la médiation conventionnelle.

⁵¹⁸ *Infra* n°462 s.

Section II : Le contenu du contrat de médiation.

306. Le conflit né, l'information du partenaire de sa volonté de mettre en œuvre la clause de médiation faite⁵¹⁹, le médiateur nommé, il ne reste plus qu'à préciser les modalités du déroulement du processus au sein du contrat de médiation.

Lors de toutes ces étapes, un risque de blocage peut naître et détruire ainsi l'espérance placée dans la médiation. Cependant, un certain optimisme est de rigueur lors de la formation du contrat de médiation, car une fois conclu ledit contrat, l'obligation de mise en œuvre de la médiation issue de l'obligation de négocier aura été correctement exécutée. Il ne restera plus alors qu'à entamer la négociation proprement dite. L'étape la plus difficile aura été franchie !

La conclusion du contrat de médiation permettra ainsi de clarifier les droits et obligations respectifs du médiateur et des parties durant le processus de médiation (Sous-section 1^{ère}).

307. En principe librement négocié entre les parties et le médiateur, le contrat de médiation ne permet cependant pas tout dans l'organisation du processus de médiation. Comme tout acte juridique, il sera soumis à l'article 6 du Code civil qui impose le respect de l'ordre public et des bonnes mœurs. Il convient cependant de se souvenir que la médiation se déroule en dehors de toute procédure juridictionnelle, donc *a priori* hors contrôle du droit processuel.

Cet évitement du juge est toutefois problématique, puisque les parties à la médiation ne bénéficient pas des garanties liées au procès équitable, ce qui peut s'avérer dangereux lorsque l'on négocie la fin d'un conflit. Aucune assurance ne leur est donc *a priori* donnée pour assurer une certaine égalité de traitement durant le processus de médiation.

La particularité de la médiation est d'avoir une source conventionnelle et un objet processuel, le règlement amiable d'un conflit. La question se pose de savoir si le processus de médiation s'exécute conformément au seul droit commun des contrats. Dans cette hypothèse, c'est sur le

⁵¹⁹ *Supra* n°255 s.

fondement des articles 1134 et 1135 du Code civil que l'on pourrait garantir aux parties le respect de certains droits élémentaires, la plasticité de la notion de bonne foi permettant une telle recherche. Néanmoins, la seule référence au droit commun des contrats suffit-elle à éviter qu'une partie n'impose sa solution du différend à son partenaire ? Ne retomberions-nous pas alors dans les mirages de l'égalité des contractants supposés capables de défendre leurs intérêts respectifs, sous-estimant ainsi les rapports de force⁵²⁰ ?

Il apparaît nécessaire de ne pas occulter l'objet processuel de la médiation, et de renforcer l'efficacité du processus de médiation et la protection des parties. Comment atteindre la justice dans la médiation si l'on ne prend pas en considération la spécificité de l'objet de la médiation, en ne lui appliquant pas les règles qui lui sont propres⁵²¹. La mise en œuvre du processus de médiation « *doit reposer sur un principe de prééminence du droit contractuel dans la définition du régime des règlements amiables ; la référence aux garanties du procès équitable permet cependant de donner la mesure des spécificités de ce régime eu égard à l'origine litigieuse des règlements amiables*⁵²² ». La déontologie inhérente au contrat de médiation implique de déterminer les principes que doivent respecter les parties et le médiateur tout au long de la médiation. Cette déontologie repose sur une combinaison des principes contractuels et processuels, amenant à une véritable « *contractualisation du droit processuel*⁵²³ » dans le but de garantir aux intervenants le respect de leurs droits fondamentaux (Sous-section 2^{ème}).

⁵²⁰ Cadiet L., *Une justice contractuelle, l'autre*, Mélanges offerts à Jacques Ghestin, LGDJ, 2001, p 177, spé p 189, n°5.

⁵²¹ Lagarde X., *Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges*, Rev. Arb. 2001 p 423, spé p 442, n°14.

⁵²² Guinchard S., Constantin-S. Delicostopoulos, Ioannis-S. Delicostopoulos, Douchy-Oudot M., Ferrand F., Lagarde X., Magnier V., Ruiz Fabri H., Spinoli L., Sorel J.-M., *Droit processuel*, Dalloz, 3^{ème} éd., 2005, p 927, n°595.

⁵²³ Lagarde X., *Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges*, art. préc, spé p 439, n°11.

Sous-section 1^{ère} : Les droits et obligations respectifs du médiateur et des parties.

308. Le contrat de médiation conclu entre le médiateur et les parties engendre à leur égard un certain nombre d'attentes, de devoirs et d'obligations. La médiation est malheureusement souvent appréhendée avec scepticisme et résignation, pour preuve ce petit monologue intérieur : « (...) *je dois faire attention à tout ce que je dis, et faire au moins semblant de respecter les idées (détestables), les propositions (aberrantes), les affirmations (mensongères) de mon interlocuteur (décidemment insupportable) auquel je souris (avec des poignards dans le regard)*⁵²⁴ ». La médiation n'est certes pas la panacée pour le règlement de tous les différends, mais on peut alors espérer éviter nombre de malentendus en la présentant avec pédagogie et en l'encadrant avec un contrat de médiation définissant clairement son déroulement, ainsi que les droits et devoirs de chacun. Il ne reste plus qu'à préciser certaines modalités pratiques (§1), ainsi que les droits et obligations des parties (§2).

§1 : Les modalités du processus de médiation.

309. Le médiateur n'est ni un juge, ni un arbitre, ni un négociateur. Son rôle est de rétablir un dialogue entre des parties en conflit. Il essaye, par sa position, de faire émerger une solution amiable, à laquelle les parties aboutiront elles-mêmes. Du conflit naîtra un accord amiable, prenant par exemple la forme d'une transaction.

Pour créer les conditions d'une reprise de dialogue entre les parties, il convient d'en prévoir les modalités pratiques. En d'autres termes, il appartient au médiateur, mais aussi aux parties dans une certaine mesure, de créer une ambiance propice à un échange constructif. Restent alors à préciser au sein du contrat de médiation les questions relatives au temps, au lieu et au rythme du processus de médiation.

⁵²⁴ Bourry d'Antin M., Pluyette G., Bensimon S., *Art et techniques de la médiation, op. cit.*, p 20, n°28.

La médiation institutionnelle a l'incontestable mérite de la prévisibilité dans l'organisation pratique de la médiation. Les parties connaissent le lieu, le temps consacrés à chaque réunion, à la médiation elle-même... A l'inverse de la médiation *ad hoc* où tout sera à organiser dans le contrat de médiation. En pratique, les parties laissent souvent au médiateur le soin de régler ces modalités ; il ne leur restera plus qu'à y adhérer.

310. Le médiateur devra au préalable solliciter de la part de chacune des parties un exposé sommaire du conflit, afin d'avoir une première approche de l'état de leurs relations. Il leur appartiendra donc de présenter de manière concise et précise l'origine et l'objet du conflit ainsi que leurs attentes quant à la résolution de celui-ci. Faute de pouvoir juridictionnel, le médiateur n'est pas astreint au respect du principe du dispositif et pourra par conséquent orienter les débats sur des points n'ayant qu'un rapport indirect avec l'exposé introductif des parties.

311. Le médiateur aura à prendre en considération l'aspect temporel de sa mission, si la clause de médiation n'a rien prévu. L'absence de fixation d'une durée pour la médiation constitue un danger pour les parties, qui risquent de s'enliser dans leur conflit mais surtout dans une médiation qui n'en aurait plus que le nom. Le délai doit être raisonnable, afin de ne pas aggraver la situation personnelle des parties. Tous les conflits ne peuvent être résolus par la voie de la médiation, imposant au médiateur de réorienter au plus tôt les parties vers la justice étatique ou arbitrale.

L'article 131-3 NCPC fixe pour la médiation judiciaire une durée maximale de trois mois, renouvelable une fois à la demande du médiateur. Il est fréquent de trouver une durée similaire ou réduite à deux mois dans les règlements des centres spécialisés⁵²⁵. Dès lors, il est conseillé de proposer une durée de deux ou trois mois avec une possibilité de renouvellement

⁵²⁵ Article 7. 5 du Règlement de médiation du CMAP : « *La durée de la médiation ne peut excéder deux mois à compter de la désignation du médiateur par le Centre. Cette durée peut être prolongée par le CMAP (...), avec l'accord du médiateur et de toutes les parties (...).* ».

unique sous réserve d'un accord unanime des parties et du médiateur. Néanmoins, le médiateur pourra toujours prévoir un délai plus long si l'objet du conflit le nécessite ; aucune restriction n'existe, sauf celle du bon sens.

312. Dans le cadre de la médiation judiciaire, l'article 131-6 alinéa 1^{er} du NCPC retient que le juge dans sa décision ordonnant une médiation judiciaire, fixe la durée initiale de celle-ci. Quant au point de départ de cette durée, il reste à définir. Les dispositions relatives à la médiation judiciaire restent étrangement muettes sur ce point ; il est toutefois possible de supposer que, dans sa décision, le juge règlera cette difficulté. A défaut, celui-ci pourrait commencer soit au jour du prononcé de la décision du juge, soit à l'acceptation de sa mission par le médiateur ou encore dès la consignation par les parties de ses honoraires.

Dans le cadre de la médiation conventionnelle *ad hoc*⁵²⁶, il est possible de le fixer soit à la date de la désignation du médiateur, soit à la conclusion du contrat de médiation ou encore à la date de la première rencontre.

313. Il appartiendra ensuite au médiateur de définir le lieu où se déroulera la médiation. Il semble préférable que les réunions se déroulent loin du Palais de justice, insistant ainsi sur le fait qu'il n'existe aucun lien entre la justice étatique et le médiateur.

Le lieu doit comporter une pièce principale où se dérouleront les entretiens collectifs et une autre pour les entretiens séparés⁵²⁷. Ces derniers permettent aux parties de se réunir avec leurs conseils pour faire le point sur le déroulement de la médiation, ou bien permettre au médiateur d'engager avec l'une d'elles une discussion plus franche loin de son partenaire et en toute confidentialité.

⁵²⁶ A titre d'exemple l'article 2. 2 de l'IEAM prévoit que : « *la date d'enregistrement de la demande est le point de départ de la médiation* ».

⁵²⁷ *Infra* n°373 s.

La salle, en elle-même, doit être chaleureuse, apaisante, afin de donner une impression de détente à l'inverse d'une salle d'audience austère et solennelle⁵²⁸. Le médiateur devra penser à la disposition des tables et ne pas reproduire celle d'un tribunal. De l'aveu de plusieurs praticiens, une disposition en triangle des tables semble être une bonne solution⁵²⁹. Le médiateur doit avoir les parties près de lui et non leurs conseils, car il s'agit de leur médiation et non d'une procédure dans laquelle elles sont davantage en retrait, voire dépossédées.

314. Les protagonistes peuvent prévoir, au sein du contrat de médiation, le déroulement des entretiens : leur durée, leur fréquence, les modalités de convocation, de communication des pièces... Néanmoins, il est conseillé de ne pas formaliser à l'excès un processus où la liberté reste le maître mot. La tentation de retomber dans les règles de la procédure civile doit être surmontée et ce, pour éviter les réflexes issus de la pratique de toute procédure juridictionnelle notamment sur l'application systématique du principe du contradictoire. La meilleure des solutions consiste pour le médiateur à délivrer une information orale aux parties et de ne fixer que les règles essentielles dans le contrat de médiation en veillant à laisser une certaine marge de manœuvre.

Cette liberté dans l'organisation du processus de médiation ne doit pas faire oublier que le médiateur ne dispose d'aucun pouvoir juridictionnel et que l'entier déroulement de ce processus repose sur le consensualisme ; dès lors il ne peut imposer une expertise amiable, ni convoquer d'éventuels tiers comme témoins sans l'accord unanime et exprès des parties à la médiation.

⁵²⁸ Bourry d'Antin M., Pluyette G., Bensimon S., *Art et techniques de la médiation, op. cit*, p 36, n°55 : « *Ces minimes signes de convivialité, courants aujourd'hui dans bien des cabinets et sociétés, aident à rappeler qu'il s'agit d'une rencontre pour détendre des relations bloquées et non d'une audience* ».

⁵²⁹ Bourry d'Antin M., Pluyette G., Bensimon S., *Art et techniques de la médiation, op. cit*, p 36, n°55 ; Nougéin H.-J., Reinhard Y., Ancel P., Rivier M.-C., Boyer A., Genin Ph., *Guide pratique de l'arbitrage et de la médiation commerciale, op. cit*, p 230, n°379.

315. La technique de médiation, relevant davantage de la psychologie que de la formule mathématique, ne peut nécessairement être unique ou conceptualisée, elle comporte donc une dose d'imprévu. Fréquemment, il est conseillé de commencer par laisser s'exprimer les sentiments, les passions pour arriver à une parole de plus en plus objective, cœur du différend.

La médiation a toutefois fait l'objet de savantes études sur la manière dont il convient de conduire un entretien⁵³⁰. Toutes ces techniques ont pour point commun de mettre l'accent sur sa spécificité qui est d'être « *un art des relations humaines*⁵³¹ ». Dès lors, il est impossible de donner une méthode unique et infaillible, en raison de la constante diversité de l'objet des conflits et de la personnalité des protagonistes.

Néanmoins, les praticiens mettent l'accent sur quelques moments clés qui sont souvent considérés comme les fondations du succès de la médiation : l'importance de l'introduction qui vient démystifier et expliquer ce qu'est la médiation et ce qu'elle n'est pas, les règles de dialogue entre les parties, la possibilité d'entretiens séparés et la faculté de pouvoir mettre fin à la médiation à tout instant.

Ensuite, tout dépendra du médiateur, de sa personnalité et de la manière dont il conçoit son rôle auprès des parties : « *C'est la faiblesse même du médiateur qui fait sa force, dès lors que le seul ressort de son action est la persuasion, la conviction, la recherche d'un consensus*⁵³² ». Certains exerceront un pouvoir d'influence important sur les parties en étant

⁵³⁰ Pour une présentation des différentes techniques de conduite des entretiens, V. Berthomieux L., *Médiation conventionnelle : point de vue sur les enjeux et les méthodes*, JCP éd. N 2002 p 1524 ; Lempereur A., *La technique de conciliation. Les six étapes du processus*, Gaz. Pal. 4-6 octobre 1998 p 36.

⁵³¹ Nougein H.-J., Reinhard Y., Ancel P., Rivier M.-C., Boyer A., Genin Ph., *Guide pratique de l'arbitrage et de la médiation commerciale, op. cit.*, p 229, n°376.

⁵³² Cornu G., *Les modes alternatifs de règlement des conflits – rapport de synthèse*, RIDC 1997 p 313, spé p 315.

directifs, d'autres se placeront plus en retrait, laissant la querelle se vider, agissant ainsi avec plus de finesse, de discrétion.

Il n'existe pas de profil type de médiateur idéal ou de comportement standard ; les règlements des centres de médiation l'intègrent parfaitement car ils voient l'intervention du médiateur comme une aide pour les parties en conflit, aide ne l'autorisant en aucune manière à imposer une solution⁵³³. Le médiateur doit rester libre dans l'exécution de sa mission, car il n'a pas à être convaincu par les parties, c'est à elles seules de se recréer un avenir ou de régler leur passé.

§2 : Les droits et obligations des parties.

316. La participation à un processus de médiation emporte pour chacune des parties des obligations. Celles-ci se divisent pour l'essentiel en trois séries. L'une a trait aux frais financiers engendrés par la mise en place du processus de médiation (A). Une autre porte sur la conduite des parties lors de ce processus, elles doivent en effet respecter une exigence de bonne foi et de loyauté (B). Enfin, les parties doivent tout faire pour parvenir à un accord mais sans toutefois garantir une quelconque réussite. A tout moment, chacune d'elles bénéficie d'une faculté d'y mettre un terme si, selon elle, les conditions d'un accord ne sont pas réunies (C).

A. Les frais financiers du processus de médiation.

⁵³³ V. Article 7. 1 du CMAP : « *le médiateur aide les parties à rechercher une solution négociée à leur différend* » ; Article 1^{er} du CIMA : « *la médiation est un processus amiable qui organise l'intervention d'un tiers (...) dont le rôle est d'aider les parties à élaborer (...) les solutions permettant de mettre fin au différend qui les oppose* » ; Article 7 1° de la CNUDCI : « *Le conciliateur aide les parties (...) dans leurs efforts pour parvenir à un règlement amiable du litige* ».

317. En ayant recours à un tiers indépendant à des fins de conciliation, les parties s'engagent à rémunérer la prestation accomplie par le médiateur sous la forme d'honoraires⁵³⁴ (1) ainsi qu'à régler les frais administratifs liés à l'organisation pratique du processus de médiation (2).

1. Les honoraires du médiateur.

318. Il appartient aux protagonistes de déterminer leur montant mais aussi la répartition de leur charge entre les parties (a). Toutefois, il convient de ne pas négliger le risque d'une contestation de leur montant devant le juge étatique par le biais d'une action en révision des honoraires convenus (b).

a. *La détermination et la charge des honoraires du médiateur.*

319. La médiation constitue un processus relativement économique à la différence de l'arbitrage où les honoraires des arbitres peuvent s'avérer dissuasifs⁵³⁵. En effet, le médiateur ne dispose d'aucun pouvoir juridictionnel, ce qui n'oblige pas à respecter la règle de

⁵³⁴ « Nom traditionnellement donné, surtout dans certaines professions libérales (médecin, avocat, architecte, etc.), à la rémunération (fixée de gré à gré ou tarifée) des services rendus par une personne dont l'activité est indépendante et non salariée (en souvenir du temps où, ces personnes n'ayant aucune action en justice pour en exiger le recouvrement, cette rétribution était censée honorer les services qu'elles avaient rendus) » in Cornu G., *Vocabulaire juridique – Association H. Capitant*, Puf, 3^{ème} éd., 2002, p 437.

⁵³⁵ Nougéin H.-J., Reinhard Y., Ancel P., Rivier M.-C., Boyer A., Genin Ph., *Guide pratique de l'arbitrage et de la médiation commerciale*, op. cit, p 103, n°182 s & p 109, n°193 pour une présentation d'un exemple de grille d'honoraires pour un collège de trois arbitres déterminés à partir d'un pourcentage pris sur la valeur du litige.

l'imparité, pouvant renchérir le coût de l'arbitrage. En outre, le médiateur n'a aucune sentence à rédiger et le temps consacré à la médiation reste relativement bref.

L'ensemble de ces raisons explique le succès de la médiation, mais aussi l'intérêt qu'il y a à tenter la recherche d'une solution amiable. Son coût ne pourra constituer un frein.

Toutefois, la question de son coût se posera inévitablement lorsque le processus de médiation se déroulera entre un professionnel et un consommateur. Dans cette hypothèse et à condition que la clause de médiation soit valable⁵³⁶, le déséquilibre patrimonial ne fait guère de doute et l'on peut souhaiter que les professionnels, voire le médiateur, prennent en considération cette donnée en procédant à une répartition inégale des frais financiers du processus de médiation en faveur du consommateur. Cette prise en considération de l'inégalité amènera, sans doute, le rédacteur de la clause à réfléchir à l'opportunité et à l'intérêt de la stipuler s'il doit supporter la majorité voire la totalité des frais y afférents.

320. Les honoraires du médiateur sont déterminés dans le contrat de médiation. Une distinction s'impose toutefois entre les médiations institutionnelle et *ad hoc*.

Dans la première, les centres spécialisés fixent un barème ou plus précisément un taux horaire qui constituera la rémunération du médiateur. En désignant un tel centre, les parties se sont donc engagées à appliquer ledit barème. A l'inverse de l'arbitrage, les centres de médiation ne proposent que rarement une variation du taux horaire en fonction du montant du litige. La moyenne constatée à la lecture des règlements de médiation offre une fourchette de taux horaire entre 150 et 300 €, la complexité du conflit et la notoriété du médiateur pouvant encore la faire varier. Les parties peuvent ainsi mesurer assez précisément le coût de la médiation, ce qui accroît son intérêt.

Dans le cadre d'une médiation *ad hoc*, la détermination du montant des honoraires du médiateur relève de la liberté contractuelle. Le médiateur pourra ainsi proposer aux parties un taux horaire, une somme forfaitaire ou toute autre formule. L'intérêt de la médiation *ad hoc*

⁵³⁶ *Supra* n°26 s.

réside dans l'importante marge de manœuvre laissée à chacune des parties ; pour autant le montant des honoraires ou son mode de calcul devront très clairement figurer dans le contrat de médiation et ce, afin d'éviter l'ouverture d'un contentieux sur ce point.

321. La rémunération du médiateur est *a priori* calculée à partir d'un taux horaire fixe. Néanmoins, la question d'un possible intéressement du médiateur en fonction du résultat de la médiation, peut légitimement se poser⁵³⁷. La validité d'une clause de complément de rémunération ne suscite aucune difficulté pour une double raison. D'une part, les relations entre les parties et le médiateur sont gouvernées par le principe de liberté contractuelle, d'autre part, la médiation conventionnelle n'est régie par aucun texte prohibant une telle stipulation. Dès lors, rien ne semble l'interdire.

Cependant, l'opportunité d'une telle clause prête à discussion. Certains y voient un moyen de stimuler le médiateur pour qu'il fasse tout son possible pour guider les parties vers une solution amiable ; d'autres la rejettent par crainte que le médiateur n'agisse par esprit de lucre.

322. Une fois le montant des honoraires du médiateur déterminé, il convient de répartir sa charge entre les parties.

⁵³⁷ Dans le cadre de la médiation judiciaire, la Cour de cassation vient récemment de préciser que : « (...) que le médiateur qui s'était conformé à la mission qui lui avait été confiée et alors que le montant de la rémunération du médiateur ne peut dépendre de la circonstance que les parties sont ou non parvenues à un accord, la Cour d'appel (...), a privé sa décision de base légale » (Civ. 2^{ème}, 22 mars 2007, Pourvoi n°06-11790 (à paraître au Bulletin)).

La Cour de cassation casse l'arrêt de la Cour d'appel qui avait réduit la rémunération du médiateur en raison de l'échec de la médiation. Cette cassation est logique, car le médiateur n'est en aucun cas tenu d'une obligation de réussite dans sa mission de conciliation des parties. Aucune garantie ne peut être donnée en ce sens aux parties, dès lors la rémunération de ce dernier ne peut être conditionnée à la réussite du processus de médiation. Cet arrêt ne semble toutefois pas condamner l'idée d'une rémunération complémentaire en cas de réussite dudit processus.

Les différents règlements de médiation prévoient une répartition par parts égales⁵³⁸. La solution devrait être la même pour une médiation *ad hoc*, même s'il n'est pas impossible d'envisager une autre formule, en fonction de la situation financière des parties ou de celui qui a décidé de mettre en œuvre la médiation...

323. Quant au paiement, il semble fréquent que les parties procèdent au versement d'une provision qui couvre l'ensemble des honoraires et frais administratifs de la médiation, le défaut de consignation de ladite somme entraînant l'abandon de la médiation⁵³⁹. Cependant, d'autres modalités peuvent être envisagées par les parties dans le contrat de médiation, comme un paiement unique à l'issue de la médiation ou échelonné.

b. La révision judiciaire des honoraires.

324. Selon l'article 1134 alinéa 1^{er} du Code civil, « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ». Elles ont force obligatoire et le juge ne peut modifier la volonté des parties, la convention s'impose à lui. Dès lors, parler d'un pouvoir de révision du prix pour le juge et, plus spécifiquement à l'égard des honoraires excessifs, peut heurter la logique juridique⁵⁴⁰.

⁵³⁸ Article 8 du Règlement du CMAP, article 7 du Règlement du CIMA, article 9 du Règlement de l'IEAM.

⁵³⁹ V. notamment l'article 7 du CIMA : « (...) *Dans le cas où les sommes réclamées ne sont pas versées dans un délai de trente jours à compter de la date de l'information précitée, la médiation est considérée comme abandonnée* ».

⁵⁴⁰ Bénabent A., *Droit civil Les obligations*, Montchrestien, 10^{ème} éd., 2005, p 122, n°168 s. ; Malaurie Ph., Aynès L., Gautier P.-Y., *Les contrats spéciaux*, Defrénois, 2^{ème} éd., 2005, p 433, n°766 ; Terré F., Simler Ph., Lequette Y., *Droit civil - Les obligations*, Dalloz, 9^{ème} éd., 2005, p 317, n°311 s.

325. Pourtant, la jurisprudence a depuis longtemps admis la réduction par le juge des honoraires excessifs. Dans un premier temps, elle l'a admis à l'égard des seuls mandataires. Dans un arrêt fondamental, elle énonce que « *le mandat est un contrat gratuit de sa nature et, dans le cas de convention contraire, il appartient aux tribunaux, à la différence du contrat de louage, de réduire le salaire convenu, lorsqu'il est hors de proportion avec le service rendu*⁵⁴¹ ». Le fondement d'une telle décision réside dans la volonté de protéger les utilisateurs de prestations de service intellectuel. En effet, il est extrêmement difficile d'évaluer la réalité et la valeur d'une telle prestation avant son accomplissement, dès lors on peut craindre « *un risque d'abus d'influence*⁵⁴² ».

Dans un second temps, la Cour de cassation a élargi la qualification de mandat pour l'appliquer à certains entrepreneurs, notamment des membres de professions libérales.

Puis elle a cessé de dénaturer le contrat de mandat pour reconnaître la réduction des honoraires excessifs dans le contrat d'entreprise, et plus généralement à l'égard de toute personne percevant des honoraires. Cette nouvelle solution permet alors de réviser la rémunération des avocats, médecins, experts-comptables, généalogistes, détectives⁵⁴³... Elle énonce désormais de manière constante que « (...) *les tribunaux peuvent, quand une convention a été passée en vue de l'exécution de travaux donnant lieu à honoraires, réduire*

⁵⁴¹ Civ., 29 janvier 1867, DP 1867. 1. 53, S 1867. 1. 245, GAJC, Dalloz, 11^{ème} éd., 2000, Tome II n°266.

⁵⁴² Cornu G., obs. sous CA Rennes, 17 avril 1969, RTD Civ. 1971 p 172, spé p 173 : « *La nécessité de protéger leurs clients apparaît ainsi – comme la rançon d'une liberté – pour les professions dans lesquelles la fixation des honoraires est sujette à certains coefficients d'élasticité et donc à certains dangers d'exagération* ».

⁵⁴³ V. notamment pour un architecte, Civ. 1^{ère}, 4 mars 1958, D 1958 p 495 ; pour un avocat, Civ. 1^{ère}, 3 mars 1998, Bull. Civ. I n°85 ; pour un généalogiste, Civ. 1^{ère}, 21 février 2006, Bull. Civ. I n°100, Defrénois 2006 p 1223 obs. Libhaber R. ; Civ. 1^{ère}, 5 mai 1998, Bull. Civ. I n°168.

*ces derniers lorsqu'ils paraissent exagérés, pourvu qu'ils n'aient pas été versés en connaissance du travail effectué et après service fait*⁵⁴⁴ ».

Les juges du fond ne sont autorisés à user de ce pouvoir de révision que sous certaines conditions. La rémunération perçue doit prendre la forme d'honoraires, venant ainsi rétribuer les services accomplis par une personne indépendante, que la prestation accomplie soit matérielle ou intellectuelle. En outre, ce pouvoir cesse à l'instant même où le prix a été convenu après service rendu, car le client est alors en mesure d'apprécier la réalité et la valeur de la prestation⁵⁴⁵.

326. Dans le cadre d'un contrat de médiation, la rémunération du médiateur est préalablement fixée. La présence d'une convention d'honoraires ne constitue toutefois pas un obstacle à la mise en œuvre du pouvoir de révision du juge⁵⁴⁶, puisque le médiateur intervient comme un prestataire de service intellectuel indépendant de chacune des parties⁵⁴⁷. Le juge appréciera le caractère proportionné ou non des honoraires du médiateur, en fonction de divers critères comme la qualité du service rendu, la notoriété et la personnalité de celui-ci... Tout excès dans la fixation de la rémunération pourra amener le juge à procéder à sa juste réévaluation. Cependant, le risque d'une telle révision semble faible, car la rémunération moyenne perçue par les médiateurs apparaît comme étant mesurée.

2. Les frais administratifs de la médiation.

⁵⁴⁴ Civ. 1^{ère}, 3 juin 1986, Bull. Civ. I n°150, JCP éd. G 1987 II 20791 note Viandier A.

⁵⁴⁵ Civ. 2^{ème}, 18 septembre 2003, Bull. Civ. II n°279, RTD Civ. 2004 p 114 obs. Gautier P.-Y.

⁵⁴⁶ Rendant ainsi délicate la distinction entre le pouvoir de fixation du prix et le pouvoir de révision, V. Labarthe F., *Le juge et le prix dans le contrat d'entreprise*, Mélanges offerts à Jacques Normand, Litec, 2003, p 275, spé p 284, n°18.

⁵⁴⁷ Girardot-Rouhette E., *Le contrat de conseil en organisation*, Thèse Nice – Sophia Antipolis 1999, p 122, préférant l'expression d' « *entrepreneur intellectuel* ».

327. Les frais administratifs de la médiation représentent les dépenses engagées par le centre ou le médiateur pour l'organisation pratique de la médiation. Ils sont généralement composés d'une partie fixe de l'ordre d'une centaine d'euros augmentée d'un pourcentage calculé à partir de la rémunération du médiateur.

Dans le cadre d'une médiation institutionnelle, ils sont perçus directement par le centre de médiation en sus des honoraires du médiateur ; à l'inverse, au cours de la médiation *ad hoc* ils sont généralement inclus dans le montant des honoraires du médiateur.

B. Le rappel d'une exigence de bonne foi et de loyauté dans la conduite du processus de médiation.

328. Le processus de médiation, mis en œuvre lors de la survenance d'un conflit, astreint les parties à une obligation de négocier les termes d'une éventuelle solution amiable. Cette obligation a fait l'objet d'importantes recherches doctrinales⁵⁴⁸, plus particulièrement concernant la période précontractuelle formalisée ou non par un contrat de négociation⁵⁴⁹.

⁵⁴⁸ Mehlem H., *L'obligation de négocier en droit des contrats*, Thèse Lille 2003 ; Le Fichant F., *L'obligation de négocier en droit privé*, Thèse Rennes 1992 ; Aynès L., *Le devoir de renégocier*, colloque de Deauville, juin 1999, RJC 1999 p 11 ; Cedras J., *L'obligation de négocier*, RTD Com. 1985 p 265.

⁵⁴⁹ Pour une bibliographie non exhaustive : Schmidt J., *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982 ; Accad F., *Les pourparlers*, Thèse Paris 1996 ; Cohérier A., *Des obligations naissant des pourparlers préalables à la formation des contrats*, Thèse Paris 1939 ; Roubier P., *Essai sur la responsabilité précontractuelle*, Paris, 1911 ; Mazeaud D., *Mystères et paradoxes de la période précontractuelle*, Mélanges offerts à Jacques Ghestin, LGDJ, 2001, p 637 ; Mestre J., *La période précontractuelle et la formation du contrat*, PA 5 mai 2000 p 7 ; Mousseron J., *Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile contractuelle*,

L'obligation de négocier est généralement définie comme « *un lien de droit conférant à l'une des parties, voire aux deux, le droit d'exiger de l'autre la discussion en vue de la conclusion d'un accord*⁵⁵⁰ ».

L'obligation de négocier comporte donc deux volets indispensables à sa bonne exécution : une obligation de résultat qui consiste à mettre en place et à entreprendre la discussion, et une obligation de moyens de la conduire de bonne foi sans toutefois être contraint d'aboutir à un accord⁵⁵¹.

329. Cette exigence de bonne foi inhérente à la négociation contractuelle a au fil du temps évolué pour devenir un véritable devoir, une règle de comportement entre les sujets de droit. Cette constatation s'avère tout particulièrement explicite lors de l'étude de la période précontractuelle ; les pourparlers astreignent en effet chacun des participants à un devoir de bonne foi et de loyauté dans la conduite de la négociation⁵⁵². Cette exigence s'explique par la volonté de créer et de garantir une véritable éthique dans le déroulement d'une négociation et de sanctionner les comportements abusifs ou dilatoires. Les négociants risquent en effet de voir leur responsabilité délictuelle engagée en cas de méconnaissance de cette exigence. Il peut en être ainsi, notamment, lorsqu'ils induisent en erreur leur partenaire, profitent de la phase de négociation pour s'informer sur leurs secrets et savoir-faire ou encore prolongent

RTD Com. 1998 p 243 ; Lassalle B., *Les pourparlers*, RRJ 1994 p 825 ; Schmidt J., *La période précontractuelle en droit français*, RIDC 1990 p 545.

⁵⁵⁰ Mehlem H., *L'obligation de négocier en droit des contrats*, Thèse précitée, p 20, n°14.

⁵⁵¹ Terré F., Simler Ph., Lequette Y., *Droit civil – Les obligations*, Dalloz, 9^{ème} éd., 2005, p 188, n°186.

⁵⁵² Bénabent A., *Les obligations*, Montchrestien, 10^{ème} éd., 2005, p 46, n°62 s. ; Malaurie Ph., Aynès L., Stoffel-Munck Ph., *Les obligations*, Defrénois, 2^{ème} éd., 2005, p 217, n°464 s. ; Terré F., Simler Ph., Lequette Y., *Droit civil – Les obligations*, *op. cit*, p 185, n°185.

sans justification les pourparlers... L'absence d'une obligation, au sens civiliste, de négocier ne laisse pas lettre morte cette exigence de bonne foi et de loyauté lors d'une négociation.

330. Dans le même sens, une majorité des clauses de règlement des litiges contiennent une obligation de négocier⁵⁵³. Dès lors, la question de la pénétration de la bonne foi et de la loyauté au cours de la négociation se pose. L'entrée de cette exigence de bonne foi et de loyauté s'explique aussi par une référence logique à l'article 1134, alinéa 3^{ème} du Code civil énonçant que les conventions « *doivent être exécutées de bonne foi* ». En effet, lorsque l'obligation de négocier s'insère dans un cadre conventionnel, l'article 1134, alinéa 3^{ème} du Code précité impose aux parties contractantes de respecter les dispositions relatives aux contrats et conventions.

En ce sens, les clauses d'arrangement amiable⁵⁵⁴, de renégociation⁵⁵⁵, de *hardship*⁵⁵⁶, ainsi que les clauses de conciliation et médiation⁵⁵⁷ constituent des illustrations topiques de cette

⁵⁵³ La clause attributive de juridiction et la clause compromissoire ne contiennent aucune obligation de négocier les termes d'une solution amiable au différend opposant les parties contractantes.

⁵⁵⁴ Cayrol N., *Les actes ayant pour objet l'action en justice*, Economica, 2001, préface Grua F., p 201, n°328 ; Chretien A.-S., *Contrat et action en justice*, Thèse Nantes 2000, p 448, n°548 s.

⁵⁵⁵ V. notamment Jarrosson Ch., *Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation*, in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, PUAM 1990, préface Mestre J., spé p 149, n°25 s. ; Cass. Com., 3 octobre 2006 (non publié au Bulletin), D 2007 p 765 note Mazeaud D.

⁵⁵⁶ Terré F., Simler Ph., Lequette Y., *Droit civil - Les obligations*, op. cit, p 478, n°474 ; Oppetit B., *L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de « hardship »*, JDI 1974 p 474.

obligation pour chacune des parties de conduire le processus de négociation dans un esprit de bonne foi et de loyauté.

331. Expression d'une véritable éthique de la négociation, cette exigence est la traduction d'un devoir social de comportement s'imposant par son évidence. Chaque sujet de droit, quelle que soit sa situation, doit s'interdire dans ses relations avec autrui de mentir, de se contredire ou encore d'encourager son partenaire à s'engager pour l'abandonner par la suite au dernier moment.

Plus concrètement et par un effet de mimétisme avec les solutions retenues pour la période précontractuelle, cette exigence impose ainsi d'adopter une attitude et un comportement loyal envers son partenaire. Chacun s'oblige alors à ne pas faire des propositions inacceptables ne pouvant qu'engendrer inévitablement l'échec de la négociation, à informer sincèrement son partenaire, à émettre des propositions sérieuses et constructives, à ne pas modifier de manière incessante sa position...

332. Les parties à la médiation doivent ainsi prendre conscience que le processus de médiation constitue certes un espace de négociation dominé par un principe de liberté, mais qui reste soumis à cette exigence générale de bonne foi et de loyauté. Exigence qui prend une connotation toute particulière dans le cadre du processus de médiation, puisque les parties négocient une solution amiable et en ce sens l'expression d'une véritable bonne foi et loyauté est nécessaire pour tendre vers un rapprochement consenti entre des parties en conflit. Cette exigence constitue donc un élément substantiel de la médiation ; l'absence de bonne foi et de loyauté crée une situation incompatible avec l'esprit de ce mode de règlement des conflits.

⁵⁵⁷ Cadiet L., *Liberté des conventions et clauses relatives au règlement des litiges*, PA 5 mai 2000 p 30, spé p 33, n°15 : « *L'article 1134, alinéa 3 du Code civil s'applique à la clause de médiation comme à toute autre convention* ».

En ce sens, certains règlements de centres de médiation mettent clairement en avant ce rappel afin d'insister sur le caractère fondamental de cette exigence. L'article 1^{er} du CIMA énonce que : « *la médiation est un processus amiable qui organise l'intervention d'un tiers (...), dont le rôle est d'aider les parties à élaborer, dans un esprit d'équité et de loyauté (...)* ». L'article 7. 1 du règlement du CMAP insiste également sur cette nécessité d'assurer le respect de la loyauté tout au long du processus de médiation.

333. En conséquence, le comportement de chacune des parties au cours dudit processus pourrait, dans certaines hypothèses, aboutir à la mise en œuvre d'une action en responsabilité civile⁵⁵⁸. Elles ne se sont pas obligées d'aboutir à un règlement amiable, mais les normes de comportement en société ne sont pas pour autant abolies. Les parties se doivent donc un respect mutuel au cours de leurs échanges de propositions et contre-propositions en s'efforçant de ne pas créer d'apparence ou de croyance trompeuses. Cette exigence de bonne foi et de loyauté leur impose de faire des efforts réels et sincères pour parvenir à un accord mettant fin à leur conflit.

C. Le droit de rompre unilatéralement la médiation.

334. Tous les conflits ne sont pas susceptibles de trouver une issue favorable par la voie de la médiation. La complexité du conflit, les questions juridiques en jeu ou encore la personnalité des protagonistes sont autant d'éléments qui influent nécessairement sur la possibilité d'aboutir à une solution consentie.

⁵⁵⁸ *Infra* n°471 s.

La particularité du processus de médiation est de n'offrir aucune certitude quant à la réussite de celle-ci ; les parties ne sont aucunement obligées d'aboutir à un accord⁵⁵⁹.

335. La faculté de mettre fin au processus de médiation et corrélativement au contrat de médiation trouve sa justification dans l'observation de la pratique de la médiation judiciaire et de la médiation conventionnelle institutionnelle.

Le Nouveau Code de Procédure civile ainsi que les différents règlements de centres de médiation offrent à chacun des protagonistes la possibilité de mettre un terme au processus. Cette permission constitue une véritable faculté qui, à titre de comparaison contractualiste s'apparente à une clause de résiliation unilatérale.

336. Les dispositions relatives à la médiation judiciaire prévoient effectivement cette faculté de pouvoir mettre un terme au processus de médiation ; l'article 131-10 du NCPC énonce en ce sens que : « *le juge peut mettre fin, à tout moment, à la médiation sur demande d'une partie ou à l'initiative du médiateur* ».

L'expression de la volonté d'une seule des parties suffit donc à permettre de sortir du processus de médiation. La question se pose toutefois de savoir si le juge dispose ou non d'un pouvoir d'appréciation lorsqu'une demande en ce sens, lui est présentée. L'usage du verbe « *peut* » dans l'article précité laisse supposer une telle interprétation. Néanmoins, il semble qu'au regard de l'esprit et de la finalité de la médiation, le juge ne doit qu'exceptionnellement forcer cette partie à réessayer de négocier les termes d'une solution amiable. Dès lors,

⁵⁵⁹ Termine M., *Médiation et droit des affaires*, Thèse Paris II 2004, p 101, n°123 : « *En effet, l'issue d'une médiation dépendant de la seule volonté des parties, chaque litigant est libre d'entrer et de sortir du processus de façon discrétionnaire* ».

l'utilisation de ce verbe doit davantage être compris comme une invitation forte à motiver sa décision de ne plus poursuivre le processus de négociation⁵⁶⁰.

337. Dans le cadre de la médiation conventionnelle institutionnelle, une solution identique se retrouve, puisque les différents règlements de centres de médiation rappellent cette faculté d'anéantissement dont dispose chacune des parties.

En ce sens, l'article 7 du CMAP énonce que « *S'il apparaît que le processus de médiation n'aboutira pas à un accord, il peut mettre fin d'office à sa mission. De même et à tout moment, chacune des parties peut librement mettre un terme au déroulement de la médiation* ». L'article 6 du CIMA rappelle que la médiation prend fin : « *2. par une déclaration écrite d'une partie, faite à tout moment, selon laquelle cette partie entend mettre un terme à la médiation* ». Enfin, le règlement de l'IEAM en son article 2. 7 confirme cette liberté de mettre un terme au processus : « *(...) à l'initiative d'une partie qui le notifie au Secrétariat ; celui-ci informe l'autre partie et le médiateur* ».

338. Ainsi, il est indispensable de préserver la liberté de chacun des acteurs de la médiation en lui reconnaissant la faculté de mettre fin, à tout instant, au processus de médiation, s'il estime que la conclusion d'un accord juste et équilibré n'est pas actuellement possible.

Cette faculté d'anéantissement s'explique en partie par l'absence de toute obligation de résultat quant à la conclusion d'un accord ayant trait au règlement du conflit ; il est effectivement impossible pendant une négociation de forcer une personne à adhérer à un accord qu'elle juge insatisfaisant voire inéquitable.

⁵⁶⁰ *Contra* Joly-Hurard J., *Conciliation et médiation judiciaires*, PUAM, 2003, préface Guinchard S., p 287, n°474 s. L'auteur retient que le pouvoir du juge est au contraire discrétionnaire et peut, à ce titre, être rattaché à ses pouvoirs de police de l'audience.

Chacune des parties engagées dans les liens d'un contrat de médiation pourra donc y mettre un terme à tout moment. Cette faculté est la traduction d'une possibilité de « résilier » unilatéralement le processus mis en place.

339. Sur un plan pratique, l'exercice par l'une des parties de sa faculté d'anéantissement du processus de médiation passe par l'information évidente du médiateur et de son partenaire contractuel. Dans cette hypothèse, le médiateur essaye en règle générale de laisser à la partie souhaitant rompre le processus un délai de réflexion⁵⁶¹ afin de s'assurer que sa volonté est libre et éclairée.

Le contrat de médiation devra ainsi rappeler cette faculté de mettre fin à tout instant au processus de médiation, en raison de la situation de négociation dans laquelle se trouvent les parties. Il pourra aussi prévoir les modalités d'information et l'éventuel délai de réflexion s'imposant en cas de demande de rupture du processus de médiation.

340. Toutefois, cette liberté de rompre à tout instant le processus de médiation le rend extrêmement précaire dans le sens où chacun des protagonistes dispose d'une faculté propre de résiliation. Dans le but de renforcer le sérieux et le crédit d'un tel processus, il est possible de suggérer d'imposer une véritable obligation de motivation lors de l'exercice du droit de rupture. En d'autres termes, la partie souhaitant se désengager dudit processus devra alors présenter les raisons justifiant une telle décision⁵⁶².

⁵⁶¹ Nougein H.-J., Reinhard Y., Ancel P., Rivier M.-C., Boyer A., Genin Ph., *Guide pratique de l'arbitrage et de la médiation commerciale*, op. cit, p 234, n°386, qui proposent un délai d'une quinzaine de jours.

⁵⁶² En ce sens, Termine M., *Médiation et droit des affaires*, Thèse précitée, p 102, n°123 ; sur la question de l'existence en droit des contrats d'une obligation de motivation, V. notamment Aynès L., *Motivation et justification*, RDC 2004 p 555 ; Fabre-Magnan M., *L'obligation de motivation en droit des contrats*, Mélanges offerts à Jacques Ghestin, LGDJ, 2001, p 301.

L'insertion de cette obligation n'a pour effet ni pour finalité de nuire ou d'empêcher chacun des acteurs de la médiation d'en sortir. Elle a uniquement pour objectif d'éviter la réalisation de comportements indécents. Etant avant tout un processus de négociation fragile en raison de l'existence d'un conflit, un risque existe que l'une des parties ne vienne que par simple curiosité ou en raison d'une stipulation l'y obligeant mais sans avoir aucune intention d'aboutir à un quelconque accord.

En obligeant à motiver sa décision de désengagement, on responsabilise davantage chacun des protagonistes qui doivent justifier leur volonté et présenter un certain nombre de raisons expliquant ce choix. L'obligation de motivation permet ainsi d'imposer une certaine transparence dans l'attitude et le comportement des acteurs lors de la médiation.

Enfin, l'insertion d'une obligation de motivation permet au juge, en cas de contentieux portant sur les conditions de la rupture, d'exercer un véritable contrôle sur les modalités et les justifications apportées par l'auteur de celle-ci. Dans l'hypothèse d'une rupture sans motifs, l'action en responsabilité s'en trouvera facilitée, puisqu'il s'agit alors d'un cas d'inexécution totale d'une obligation contractuelle.

Les parties ont donc tout intérêt à songer à adjoindre au rappel de la faculté de rompre le processus de médiation une obligation de motivation éventuellement assortie en cas d'inexécution d'une clause de dommages et intérêts. Sans restreindre le droit de se désengager à tout instant, cette obligation a au moins le mérite de renforcer le sérieux du processus initié.

Ayant vocation à mettre fin à un conflit, le contrat de médiation doit prendre en considération cet objectif et véhiculer ainsi « *une vertu déontologique*⁵⁶³ » permettant d'assurer un minimum d'équité et d'éthique au cours du processus de médiation.

⁵⁶³ Cadiet L., *Une justice contractuelle, l'autre*, Mélanges offerts à Jacques Ghestin, *mélanges précités*, p 177, spé p 190, n°5.

Sous-section 2^{ème} : La déontologie inhérente au processus de médiation.

341. Régler un conflit autrement que par une procédure juridictionnelle ou arbitrale semble annihiler toute la lente construction du droit processuel élaborée dans le but de protéger les droits fondamentaux des justiciables. Dès lors, le recours à un mode conventionnel de règlement des conflits ne peut que susciter un mélange de crainte et de suspicion de voir une nouvelle fois la démonstration de l'inégalité des rapports de force entre les parties à un contrat.

C'est cependant oublier que la médiation a un objet dual : contractuel et processuel. En mettant fin à un conflit même par la voie de la négociation, on ne peut admettre une éviction pure et simple de l'ensemble des règles du procès équitable. Le processus de médiation doit se dérouler avec loyauté, comme l'y invite sa qualification contractuelle. Cette exigence de loyauté s'entend aussi par rapport à son objet processuel de règlement amiable. Ainsi, il convient de « *puiser à ces deux sources*⁵⁶⁴ » pour traduire cette exigence supérieure de loyauté dans le règlement amiable. L'idée n'est pas d'institutionnaliser ces techniques de règlement de conflits, mais de leur donner une éthique qui leur permettra de susciter la confiance des utilisateurs actuels et futurs⁵⁶⁵.

Au travers du contrat de médiation, les relations entre le médiateur et les parties doivent respecter cette éthique mêlant à la fois des principes contractuels et processuels. Tout en respectant la particularité de ce processus, le contrat de médiation impose l'observation de certaines règles déontologiques propres au médiateur (§1) mais aussi d'autres règles dans le cadre de ses rapports avec les parties tout au long de la médiation (§2).

§1 : La déontologie du médiateur.

⁵⁶⁴ Cadiet L., *Procès équitable et modes alternatifs de règlement des conflits*, in *Variations autour d'un droit commun*, sous la direction de Delmas-Marty M., Muir Watt H., Ruiz Fabri H., Société de législation comparée, 2002, p 89, spé p 102, n°20.

⁵⁶⁵ Termine M., *Médiation et droit des affaires*, Thèse précitée, p 117, n°139 s.

342. « *Un homme aura beau être intelligent, énergique, prévoyant, beau ou autre chose, on ne le choisira pas s'il est présumé être partial. (...) Inversement si on le sait « juste », on peut fermer les yeux sur tous ses autres défauts*⁵⁶⁶ ». Ces propos soulignent une nouvelle fois l'importance qu'il convient d'accorder à la déontologie des personnes intervenant dans le règlement des conflits et des litiges. Dans le cadre du processus de médiation, le médiateur doit respecter certaines exigences déontologiques. On peut en distinguer deux : l'indépendance (A) et l'impartialité (B).

343. Aux exigences d'indépendance et d'impartialité, le besoin de probité constitue certainement la troisième exigence déontologique. La probité participe activement à l'éthique du médiateur, car elle se définit comme une vertu qui consiste à se conformer aux règles de la morale sociale.

Cette exigence déontologique fait écho à la règle posée par l'article 131-5 1° et 2° du NCPC pour la médiation judiciaire. Les parties peuvent effectivement souhaiter que le médiateur choisi, n'ait pas « *fait l'objet d'une condamnation, d'une incapacité ou d'une déchéance mentionnées sur le bulletin N°2 du casier judiciaire* » et de ne pas avoir été « *l'auteur de faits contraires à l'honneur, à la probité et aux bonnes mœurs ayant donné lieu à une sanction disciplinaire ou administrative de destitution, de radiation, révocation, de retrait d'agrément ou d'autorisation* ».

Comment effectivement avoir confiance en une personne que la société a auparavant condamnée pour sa moralité douteuse. Les parties pourront donc exiger du médiateur une information complète sur d'éventuelles condamnations passées.

A. L'indépendance.

⁵⁶⁶ Kojève A., cité par Clay Th., *L'arbitre*, Dalloz, Vol. 2, 2001, préface Fouchard Ph., p 231, n°274.

344. L'exigence d'indépendance est traditionnellement rattachée à l'exercice d'un pouvoir juridictionnel. L'acte de juger nécessite une distance entre le titulaire dudit pouvoir et ceux qui vont le subir⁵⁶⁷. Dès lors, le juge étatique ainsi que l'arbitre doivent respecter cette exigence d'indépendance.

A l'égard du médiateur, la question de son indépendance est plus délicate, car il n'est *a priori* pas possible de transposer les règles relatives à l'indépendance du juge étatique et de l'arbitre à celui-ci. En effet, il ne dispose d'aucun pouvoir juridictionnel, il ne tranche pas de litige. Pour autant, le médiateur a un rôle déterminant dans l'issue du conflit opposant les parties, il aide ces dernières à parvenir à la conclusion d'un accord mettant un terme à leur différend. Ainsi, son indépendance est nécessaire pour garantir l'effectivité du processus de médiation dans le but d'éviter une rupture d'égalité entre les parties et que l'une d'elles ne se fasse justice à elle-même au travers du médiateur⁵⁶⁸ (1). L'indépendance du médiateur constitue ainsi une condition essentielle dans la réussite du processus de médiation, celle-ci s'exprimant par la déclaration d'indépendance (2).

1. L'exigence d'indépendance du médiateur.

345. L'exercice d'une fonction suppose un pouvoir et tout pouvoir a besoin de légitimité. Il ne peut s'exercer sans un minimum de transparence et de sécurité pour ceux qui en usent ou le subissent.

⁵⁶⁷ Pour une approche pratique de l'acte de juger, V. Garapon A., *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Editions Odile Jacob, 2001, préface Carbonnier J.

⁵⁶⁸ Guinchard S., Constantin-S. Delicostopoulos, Ioannis-S. Delicostopoulos, Douchy-Oudot M., Ferrand F., Lagarde X., Magnier V., Ruiz Fabri H., Spinoli L., Sorel J.-M., *Droit processuel*, Dalloz, 3^{ème} éd., 2005, p 928, n°596.

Dans l'usage de leur pouvoir juridictionnel, le juge et l'arbitre doivent être indépendants dans leur rapport aux tiers, car « *on est présence d'un juge véritable que s'il est en situation d'indépendance et d'impartialité, autrement dit s'il n'est en rien impliqué dans l'affaire qu'il va juger*⁵⁶⁹ ».

346. A l'inverse, le médiateur est privé de tout pouvoir juridictionnel, n'appartient à aucun corps, ne dispose d'aucun statut et intervient dans le cadre d'un processus purement conventionnel. La notion d'indépendance inhérente à l'exercice de la fonction de magistrat⁵⁷⁰ et d'arbitre⁵⁷¹ ne devrait donc pas le concerner. Pour autant, sa fonction et son rôle dans le

⁵⁶⁹ Wiederkehr G., *Qu'est-ce qu'un juge ?*, Mélanges en l'honneur de Roger Perrot, Dalloz, 1985, p 575, spé p 582.

⁵⁷⁰ L'indépendance du juge étatique se mesure dans son rapport aux tiers, à savoir avec les parties à l'instance, les autres magistrats et les pouvoirs législatif et exécutif. L'indépendance du juge fait traditionnellement l'objet d'une distinction entre l'indépendance organique et l'indépendance fonctionnelle. Sur cette question, V. notamment, Milano L., *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Dalloz, Vol. 57, préface Sudre F., 2006, p 392, n°486 s.

⁵⁷¹ V. Clay Th., *L'arbitre*, Dalloz, Vol. 2, 2001, préface Fouchard Ph., p 231, n°274 s. ; Henry M., *Le devoir d'indépendance de l'arbitre*, LGDJ, Bibliothèque de Droit Privé, Tome 352, 2001, préface Mayer P.

V. aussi CA Paris, 2 juin 1989, Rev. Arb. 1989 p 87 obs. Reymond Cl. : « *L'indépendance de l'arbitre est de l'essence de sa fonction juridictionnelle, en ce sens que, d'une part, il accède dès sa désignation au statut de juge, exclusif de tout lien de dépendance notamment avec les parties, et que, d'autre part, les circonstances invoquées pour contester cette indépendance doivent caractériser, par l'existence de liens matériels et intellectuels, une situation de nature à affecter le jugement de l'arbitre en constituant un risque certain de prévention à l'égard de l'une des parties à l'arbitrage* »

cadre de la médiation rendent indispensable l'existence et le respect de cette exigence déontologique.

Le médiateur est un acteur majeur du processus de médiation et, à ce titre, il dispose d'un pouvoir d'influence non négligeable à l'égard de chacune des parties. Intervenant dans le cadre d'un processus délibératif, il doit respecter une stricte neutralité pour garantir à chacune des parties une véritable et effective égalité de traitement. L'indépendance constitue donc une garantie substantielle pour les parties à la médiation ; elle permet de créer la confiance nécessaire et indispensable pour un déroulement satisfaisant du processus de médiation ⁵⁷².

Eu égard à l'absence de toute procédure juridictionnelle, la médiation ne repose que sur la confiance et la coopération de chacun des protagonistes. Dès lors, le médiateur doit être un véritable tiers à l'égard des parties afin de garantir son indépendance⁵⁷³.

347. En ce sens, cette garantie d'indépendance du médiateur est clairement mise en avant tant dans le cadre de la médiation judiciaire que dans les différents règlements de centres de médiation. Dès lors, un médiateur intervenant dans le cadre d'une médiation conventionnelle *ad hoc* devrait lui aussi présenter une telle garantie d'indépendance. L'absence de dispositions spécifiques pour la médiation conventionnelle ne laisse pas lettre morte cette exigence d'indépendance du médiateur. L'importance de cette garantie démontre ainsi qu'elle participe à l'esprit et à la nature même de la médiation ; son absence nuirait gravement à ce mode de règlement des conflits.

⁵⁷² En ce sens la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil en date du 22 octobre 2004 sur certains aspects de la médiation civile et commerciale insiste sur la nécessité de l'indépendance et de l'impartialité du médiateur (COM (2004) 718 final / 2004/0251 (COD)).

⁵⁷³ Cadiet L., *La légalité procédurale en matière civile*, BICC N°636 mars 2006, spé n°21 s.

348. Dans le cadre de la médiation judiciaire⁵⁷⁴, l'article 131-5 5° du NCPC énonce que « *la personne physique qui assure l'exécution de la mesure de médiation doit satisfaire aux conditions suivantes : (...) présenter les garanties d'indépendance nécessaires à l'exercice de la médiation* ».

Intervenant pour aider au rapprochement des parties en vue d'un règlement amiable de leur conflit, le médiateur judiciaire doit logiquement ne présenter aucun lien de dépendance avec l'une ou l'autre des parties. Le médiateur devra ainsi leur révéler l'existence de tout lien familial, amical, professionnel, économique ou encore juridique.

Les dispositions du Nouveau Code de procédure civile relatives à la médiation judiciaire ne prévoient cependant aucune sanction en cas de méconnaissance de cette exigence. Sans préjuger d'une éventuelle action en responsabilité civile, il est toutefois possible d'imaginer que la partie découvrant un fait de nature à compromettre l'indépendance du médiateur, en informera le juge qui procédera à son remplacement ou mettra fin à la médiation.

349. Les Centres de médiation dans leurs règlements mettent aussi clairement en avant cette exigence d'indépendance qui participe au bon fonctionnement du processus de médiation. Comment effectivement susciter la confiance des parties si le médiateur désigné entretient ou a entretenu des liens avec l'une d'elles.

L'article 6 du règlement du CMAP est le plus achevé sur cette question de l'indépendance du médiateur⁵⁷⁵. Il énonce que : « *Le médiateur doit être indépendant, neutre et impartial à l'égard des parties. Le cas échéant, il doit leur faire connaître, ainsi qu'au Secrétariat général du CMAP, les circonstances qui seraient, aux yeux des parties, de nature à affecter*

⁵⁷⁴ Joly-Hurard J., *Conciliation et médiation judiciaires*, PUAM, 2003, préface Guinchard S., p 363, n°581 s.

⁵⁷⁵ Voir aussi l'article 1^{er} du CIMA : « *La médiation est un processus amiable qui organise l'intervention d'un tiers, indépendant et impartial, dont le rôle est d'aider les parties à élaborer, dans un esprit d'équité et de loyauté, les solutions permettant de mettre fin au différend qui les oppose* » ; Article 2. 6 de l'IEAM : « *Le médiateur exécute sa mission en toute indépendance et impartialité* ».

son indépendance et/ou son impartialité. Il ne peut alors être confirmé ou maintenu dans sa mission qu'après décision de la Commission d'agrément et de nomination et avec l'accord écrit de toutes les parties. Le médiateur, désigné par la Commission, signe une déclaration d'indépendance. Si, au cours du processus de médiation, le médiateur constate l'existence d'un élément de nature à mettre en cause son indépendance et/ou son impartialité, il en informe les parties. Sur accord écrit de celles-ci, il poursuit sa mission. Dans le cas contraire, il suspend la médiation. La Commission d'agrément et de nomination procède alors au remplacement du médiateur ».

350. La médiation conventionnelle *ad hoc* n'échappera pas non plus à cette exigence d'indépendance du médiateur, puisque l'on constate que cette garantie est consubstantielle au processus de médiation, qu'il soit institutionnel ou *ad hoc*. Ce besoin d'une juste distance entre les parties à la médiation et le médiateur s'exprime au travers de cette indépendance.

Toute la difficulté consiste alors à déterminer comment, en pratique, cette exigence d'indépendance aura été remplie de manière satisfaisante par le médiateur.

2. La déclaration d'indépendance du médiateur.

351. L'exigence d'indépendance du médiateur participe donc à la bonne exécution du processus de médiation qui, repose avant tout sur la confiance qu'ont les parties dans ce processus qui les astreint à coopérer entre elles et avec le médiateur.

Dès lors, un médiateur qui serait le salarié de l'une d'elles⁵⁷⁶ ou son ancien conseil, ne susciterait sans doute pas la confiance suffisante pour croire en ce processus. La médiation ne

⁵⁷⁶ L'indépendance du médiateur dans ses rapports avec les parties invite ainsi à s'interroger sur les médiateurs que l'on peut trouver au sein de grandes entreprises. Comment peut-on rapprocher des parties vers une solution négociée lorsque l'on est subordonné à l'une d'elles, impliquant ainsi une soumission à son autorité ? Une telle situation apparaît comme étant une négation même de la nature de la médiation ; ces médiateurs salariés desdites entreprises n'en

pourra se dérouler dans un climat serein que si cette juste distance existe entre les parties et le médiateur. Le médiateur n'ayant que son autorité naturelle pour aider les parties à se concilier, le silence gardé sur un éventuel conflit d'intérêts avec l'une des parties ne pourra que nuire à sa crédibilité.

352. On peut en déduire que cette exigence d'indépendance s'applique ainsi à tout médiateur, qu'il intervienne dans le cadre d'une médiation judiciaire ou conventionnelle de type institutionnelle ou *ad hoc*. Cette garantie est fondamentale pour permettre une égalité de traitement entre chacune des parties lors de l'intervention du médiateur. Ce dernier ne doit effectivement favoriser aucune des parties ; aussi doit-il, dans un premier temps, leur signaler tous les liens qui ont pu exister dans le passé ou qui existeraient encore entre lui-même et l'une ou l'autre d'entre elles. Cette obligation incombe pareillement à celle des parties qui aurait entretenu un lien avec le médiateur.

La seule crainte d'une dépendance du médiateur à l'égard de l'une des parties créerait une suspicion gênante pour la réussite du processus, puisque l'on pourrait alors douter de la sincérité et de la lucidité du médiateur ou de la partie qui se serait abstenue de signaler le lien. En effet, la dépendance du médiateur à l'égard de l'une d'elles laisse supposer qu'il ira davantage dans le sens de celle-ci ou essaiera de favoriser son point de vue⁵⁷⁷.

ont finalement que le nom. Ces médiateurs, aussi compétents soient-ils, constituent en réalité une forme rénovée de service précontentieux disposant d'une marge de négociation et de proposition dans l'intérêt ... de l'entreprise. En ce sens V. notamment Bourry d'Antin M., Pluyette G., Bensimon S., *Art et techniques de la médiation*, *op. cit.*, p 416, n°669 s. ; Termine M., *Médiation et droit des affaires*, Thèse Paris II 2004, p 152, n°175 s.

⁵⁷⁷ Guinchard S., Constantin-S Delicostopoulos, Douchy-Oudot M., Ferrand F., Lagarde X., Magnier V., Ruiz Fabri H., Spinoli L., Sorel J.-M., *Droit processuel*, *op. cit.*, p 928, n°596.

353. En conséquence, l'exigence d'indépendance du médiateur passe par un réel effort d'information à l'égard des parties sur tous les liens qu'il a pu avoir avec chacune d'entre elles. « *La transparence, dont le législateur contemporain se délecte, interdit de cacher, de se taire ou de taire ; elle impose un devoir d'information et combat le secret*⁵⁷⁸ ».

Le médiateur a donc l'obligation de signaler aux parties tous les liens personnels, économiques ou juridiques qu'il a pu avoir directement ou par personnes interposées avec l'une ou l'autre d'entre elles. Le médiateur, pour donner confiance aux parties, doit procéder à une déclaration d'indépendance⁵⁷⁹ exhaustive, sans prendre en considération l'ancienneté, la notoriété et la qualité (personnelle ou professionnelle) des relations antérieurement nouées⁵⁸⁰.

⁵⁷⁸ Aynès L., *L'obligation de loyauté*, ADP, Dalloz, Tome 40, 2000, p 195, spé p 197.

⁵⁷⁹ La déclaration d'indépendance est aussi utilisée dans le cadre de l'arbitrage. Sur cette question V., Clay Th., *L'arbitre, Thèse précitée*, p 318, n°378 s. ; Henry M., *Le devoir d'indépendance de l'arbitre, Thèse précitée*, p 230, n°345 s.

Les arbitres doivent en effet procéder à une déclaration de tous les faits susceptibles de faire naître un doute raisonnable quant à leur indépendance vis-à-vis de chacune des parties. La transparence impose ainsi aux arbitres de révéler toutes les circonstances passées, présentes ou à naître pouvant avoir une incidence raisonnable sur son indépendance. La solution est équilibrée, car le monde de l'arbitrage est relativement restreint et il serait difficile de trouver un arbitre n'ayant jamais eu le moindre contact avec l'une ou l'autre des parties. Cette obligation d'information pèse sur l'arbitre tout au long de la procédure arbitrale, c'est-à-dire jusqu'au prononcé de la sentence. L'exercice du pouvoir juridictionnel est étroitement lié à l'exigence d'indépendance, dès lors l'arbitre doit demeurer indépendant jusqu'à son dessaisissement et informer en conséquence chacune des parties de toutes circonstances pouvant créer un doute raisonnable sur son indépendance. La révélation par l'arbitre de faits susceptibles de susciter un doute quant à son indépendance, joue un rôle purifiant. En effet, à partir du moment où les parties en ont pris connaissance, leur absence de protestation leur fait perdre toute possibilité de s'en prévaloir ultérieurement. Elles sont présumées avoir renoncé à soulever une telle irrégularité. La révélation a ainsi le mérite de purger la procédure arbitrale des vices présents et éviter des recours à des fins dilatoires.

⁵⁸⁰ En ce sens Fricero N., *Modes alternatifs de règlement des conflits et procès équitable*, Mélanges en mémoire du doyen Gérard Cohen-Jonathan, Bruylant, 2004, p 838, spé p 844, n°7 ; Pluyette G., *Principes et applications récentes des décrets des 22 juillet et 13 décembre 1996 sur la conciliation et la médiation judiciaire*, Rev. Arb. 1997 p 505, spé p 514.

Cette obligation de révélation doit être accomplie avant le début de la médiation proprement dite et continuer tout au long de celle-ci. En d'autres termes, cette obligation prend naissance lors de la formation et de la négociation du contrat de médiation, mais ses effets se prolongent durant tout le processus de médiation jusqu'à son issue. Cette déclaration devra ainsi figurer dans le contrat de médiation et être complétée le cas échéant en cas de survenance de circonstances nouvelles de nature à créer un doute raisonnable quant à l'indépendance du médiateur.

L'exécution de cette obligation permet surtout aux parties de procéder à la confirmation de leur choix du médiateur en toute connaissance de cause ; dès lors rien n'interdit aux parties de retenir une personne ayant eu des relations avec l'une d'elles. En conséquence, l'information délivrée par le médiateur doit être loyale et complète afin qu'elle produise un effet de purge, puisqu'on ne pourra pas reprocher par la suite au médiateur ses liens privilégiés avec l'une des parties. Une action en responsabilité dirigée contre le médiateur serait alors sans utilité en raison de l'absence de faute et de préjudice.

354. L'indépendance du médiateur constitue une garantie fondamentale pour chacune des parties qui ainsi seront assurées de bénéficier d'une égalité de traitement ; l'obligation de révélation participe à la recherche de cette égalité, de cette transparence nécessaire pour la réussite du processus de médiation.

Toutefois, un médiateur indépendant mais partial sera un mauvais médiateur. Dès lors, l'indépendance de celui-ci ne peut aller sans la garantie de son impartialité. Ces deux exigences constituent les fondements de l'éthique du médiateur.

C. L'impartialité.

355. Le droit à un juge impartial et plus généralement à un tribunal impartial est une garantie toute aussi fondamentale que celle de l'indépendance. L'impartialité participe de l'essence de la fonction de juger, car le juge doit s'abstenir de tout préjugé et pré-jugement avant de statuer.

La problématique est certes différente pour le médiateur, puisqu'il ne tranche aucune contestation. Néanmoins il exerce une influence logique et nécessaire sur chacune des parties afin de les guider vers un règlement amiable, dès lors la question de son impartialité se pose avec insistance.

356. L'impartialité du juge étatique⁵⁸¹ se définit traditionnellement par rapport à sa mission, qui consiste à trancher des contestations par application des règles de droit à la suite d'une argumentation en fait et en droit développée par chacune des parties. L'opinion du juge ne pourra ainsi se former qu'après un débat contradictoire intervenu entre les parties.

Le défaut d'impartialité du juge étatique s'exprime au travers de l'opinion du juge qu'il s'est lui-même forgée avant le terme des débats. Au vu de l'évolution de la jurisprudence européenne et nationale⁵⁸², la partialité du juge se manifeste soit par l'expression d'un préjugé de sa part en dehors de tout débat⁵⁸³, soit par un pré-jugement consistant en sa connaissance préalable du dossier⁵⁸⁴.

⁵⁸¹ Dans le cadre de l'arbitrage, les juges ne font pas réellement la distinction entre l'indépendance et l'impartialité. En réalité, ils utilisent le critère de l'indépendance de manière objective en le tempérant à l'aide de circonstances subjectives relevant davantage de la notion d'impartialité. Sur cette question V. notamment Clay Th., *L'arbitre, Thèse précitée*, p 245, n°291 s.

⁵⁸² Pour une analyse exhaustive de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, V. Milano L., *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme, Thèse précitée*, p 424, n°531 s.

⁵⁸³ Le juge devient partial dès l'instant où il prend position sur le litige, qui lui est soumis, en dehors de tout débat. Les cas les plus fréquents sont ceux où le magistrat en charge du dossier prend position sur celui-ci dans un article de presse, au cours d'un débat télévisé ou tient des propos insultants voire racistes à l'égard de l'une des parties... De tels éléments, s'ils sont démontrés, permettent de suspecter légitimement le juge de ne pas fonder exclusivement sa décision sur une appréciation neutre des faits et une application objective des règles juridiques. En ce sens V. notamment CEDH, 28 novembre 2002, *Lavents c/ Lettonie*, requête n°58442/00 ;

357. L'exigence d'impartialité du médiateur pourrait alors effectivement s'inspirer de l'impartialité du juge étatique lorsqu'elle interdit à ce dernier de former sa conviction sur le litige en dehors de tout débat.

Le médiateur se doit d'intervenir sans préjugé, sans parti pris, donc avec neutralité. L'impartialité découle normalement de sa nécessaire indépendance, mais consiste davantage en une démarche intellectuelle introspective.

CEDH, 16 septembre 1999, *Buscemi c/ Italie*, JCP éd. G 2000 I 203 p 197 obs. Sudre F., D 2000 Somm. p 185 obs. Fricero N.

⁵⁸⁴ L'impartialité est dite fonctionnelle lorsque le juge appelé à statuer sur le fond, a déjà eu à connaître auparavant de l'espèce dans le cadre d'autres fonctions juridictionnelles. La présomption d'impartialité cède fréquemment lorsque le juge est amené à connaître d'une même affaire pour la deuxième fois. La question s'est notamment posée pour un juge qui avait eu à se prononcer successivement dans un même litige en qualité de juge des référés puis au fond. La Cour de cassation a ainsi décidé qu'un juge ayant exercé des fonctions de juge des référés ne peut par la suite statuer au fond lorsqu'il a accordé une provision, car il porte inévitablement un regard sur le fond en vérifiant que l'obligation n'est pas sérieusement contestable. A l'inverse s'il n'a fait que prononcer une mesure conservatoire, il peut se prononcer sur le fond, puisqu'il n'a porté aucun pré-jugement au fond (AP, 6 novembre 1998, D 1999 p 1 concl. Burgelin J.-F., JCP éd. G 1998 II 10198 rapp. Sargos P. ; Frison-Roche M.-A., *L'impartialité du juge*, D 1999 p 53). Conformément à la jurisprudence européenne, les juges s'attachent à vérifier qu'en plus du cumul de fonctions, insuffisant pour caractériser la partialité, le juge a émis sur l'affaire un pré-jugement au fond (CEDH, 25 juillet 2000, *Tierce c/ Saint-Martin*, requête n°24954/94 ; CEDH, 6 juin 2000, *Morel c. France*, JCP éd. G 2001 I 291 p 191 obs. Sudre F.).

358. L'impartialité du médiateur se justifie en raison de la nature de son intervention auprès des parties. Son rôle consiste à les aider, les orienter vers un règlement amiable de leur conflit. Dès lors, il participe logiquement à la résolution de ce conflit.

Cette participation induit l'existence d'un pouvoir de fait à l'égard des parties à la médiation. Le médiateur, même dépourvu de tout pouvoir juridictionnel, dispose de ce pouvoir de fait, celui d'influencer les parties pour les guider vers une solution amiable.

En conséquence, il convient d'encadrer ce pouvoir du médiateur afin d'éviter toute rupture d'égalité entre les parties. La partialité du détenteur d'un tel pouvoir créerait effectivement une atteinte au principe d'égalité des armes⁵⁸⁵, puisque l'une des parties bénéficierait alors d'un traitement de faveur et de l'appui plus ou moins mesuré du médiateur en vue de permettre l'adoption d'une solution amiable respectueuse des intérêts de celle-ci.

359. Le médiateur devra ainsi prendre soin de ne pas favoriser l'une ou l'autre des parties, les écouter avec objectivité, garder une neutralité dans ses gestes et attitudes, ne pas l'encourager, ni oublier que le destinataire de ses paroles est aussi l'autre partie, veiller à une certaine égalité des temps de parole...

⁵⁸⁵ L'encadrement d'un tel pouvoir de fait se retrouve aussi à l'égard de l'expert judiciaire et du tiers estimateur du prix dans le contrat de vente (article 1592 du Code civil).

En effet, l'expert judiciaire est susceptible d'influencer grâce à son rapport non pas les parties mais le juge, dès lors il est primordial que les exigences d'indépendance et d'impartialité s'appliquent à son égard. L'article 234 du NCPC applique à l'expert judiciaire les mêmes causes de récusation que pour le juge étatique.

Le tiers estimateur dispose aussi d'un pouvoir important puisque le prix fixé par ce dernier s'imposera aux parties, dès lors la jurisprudence rappelle qu'il doit être indépendant et impartial dans l'évaluation du prix de l'objet de la vente (Civ. 1^{ère}, 2 décembre 1997, Bull. Civ. I n°334, RTD Civ. 1998 p 396 obs. Gautier P.-Y. & p 900 obs. Mestre J.).

L'impartialité est une attitude, un état d'esprit qui influe sur la confiance et la coopération des parties⁵⁸⁶. Le processus de médiation reposant avant tout sur la confiance, confère ainsi au médiateur un rôle délicat, puisqu'il doit démontrer qu'il conserve une juste distance entre chacune des parties. L'apparence d'impartialité dégagée justifie la légitimité de son intervention.

L'impartialité du médiateur permet en conséquence de s'assurer qu'aucune inégalité ne se créera entre les parties. Elle a ainsi pour rôle de prévenir et de corriger dans une certaine mesure les déséquilibres de puissance économique. En effet, lors d'une médiation réunissant par exemple un professionnel et un consommateur, le médiateur devra veiller à corriger cette inégalité structurelle en s'assurant que la partie faible puisse faire valoir ses arguments et être écoutée et traitée sur un même pied d'égalité.

360. En conclusion sur les exigences d'indépendance et d'impartialité du médiateur, une question se pose quant à la nature de la sanction en cas de méconnaissance de ces exigences. En effet, le défaut d'indépendance et d'impartialité sera *a priori* sanctionné par le biais d'une action en responsabilité civile exercée à l'encontre du médiateur⁵⁸⁷.

Toutefois, il apparaît légitime que s'interroger sur l'influence de la révélation d'une telle circonstance peut avoir sur l'accord obtenu à l'issue du processus de médiation. L'hypothèse de la découverte postérieure d'un défaut d'indépendance et / ou d'impartialité du médiateur peut-elle influencer sur la validité de l'accord obtenu ?

⁵⁸⁶ En ce sens, Cadiet L., *Procès équitable et modes alternatifs de règlement des conflits*, in *Variations autour d'un droit commun*, sous la direction de Delmas-Marty M., Muir Watt H., Ruiz Fabri H., Société de Législation Comparée, 2002, p 89, spé p 103, n°21.

⁵⁸⁷ *Infra* n°453 s.

La jurisprudence a pu décider, pour l'arbitrage, que la révélation postérieure au prononcé de la sentence d'une cause de récusation ou d'un défaut d'indépendance de l'arbitre peut entraîner l'annulation de la sentence sur le fondement de l'article 1484 2° du NCPC⁵⁸⁸.

Dans le cadre de la médiation, la question se pose autrement, puisque le médiateur n'a tranché aucune contestation. N'étant pas partie à l'accord conclu, le médiateur demeure un tiers par rapport à celui-ci. Son défaut d'indépendance et d'impartialité a pu cependant avoir une influence sur la sincérité et la lucidité du consentement de la partie qui s'estime victime de cette défaillance. En conséquence, il est possible de suggérer une action fondée sur les vices du consentement. L'action sera difficile à exercer au regard de la qualité de tiers du médiateur par rapport à l'accord conclu. En conséquence, la partie qui s'estime lésée devra démontrer soit l'existence de violence morale ou physique soit un dol commis avec la complicité du cocontractant⁵⁸⁹. La preuve de telles manœuvres risque d'être extrêmement difficile à rapporter, laissant augurer l'échec fréquent d'une telle action en nullité.

La déontologie applicable au médiateur permet de conférer au processus de médiation une certaine éthique. Toutefois, le médiateur n'est pas seul concerné, les relations entretenues avec les parties obligent aussi au respect de certaines exigences déontologiques afin de permettre un déroulement loyal du processus de médiation.

§2 : La déontologie applicable dans les relations entre le médiateur et les parties.

⁵⁸⁸ CA Paris, 29 janvier 2004, D 2004 Somm. p 3182 obs. Clay Th., Rev. Arb. 2004 p 448 & 2005 p 709 note Henry M. ; CA Paris, 16 mai 2002, Rev. Arb. 2003 p 1231 note Gaillard E.

⁵⁸⁹ Civ. 1^{ère}, 3 juillet 1996, Bull Civ. I n°288, D 1996 Somm. p 323 obs. Delebecque Ph., JCP éd. G 1997 I 4033 n°1 obs. Simler Ph., RTD Civ. 1996 p 895 obs. Mestre J. : « *L'erreur consécutive au dol d'un tiers à la convention est une cause de nullité lorsqu'elle porte sur la substance même du contrat* ».

361. Ces exigences déontologiques s'imposent tant au médiateur qu'aux parties tout au long du processus de médiation. Elles ont vocation à en renforcer l'efficacité en favorisant le déroulement loyal et le respect de certaines règles du procès équitable. Parce que son objet est processuel et vise au règlement amiable du conflit, la possibilité de l'assistance d'un avocat se pose (A), ainsi que l'application du principe du contradictoire (B) et de la confidentialité des débats (C).

A. L'assistance d'un avocat.

362. Le processus de médiation étant avant tout conventionnel ne rend pas *a priori* obligatoire la présence de l'avocat. Pourtant, celle-ci va s'avérer utile, voire nécessaire, car l'avocat n'est pas qu'un plaideur, c'est avant tout un professionnel du droit astreint à une obligation de conseil. Sa mission sera toutefois différente dans le cadre d'une médiation, faute de juge à convaincre⁵⁹⁰.

Il aura pour rôle premier de conseiller son client et en second lieu de s'assurer tout au long du processus de médiation de la loyauté des débats et du respect des règles déontologiques.

363. L'assistance d'un avocat tout au long du processus de médiation est effectivement recommandée, sans être obligatoire, et le médiateur devra impérativement rappeler aux parties qu'elles ont la possibilité et non l'obligation d'être assistées d'un avocat tout au long du processus de médiation.

⁵⁹⁰ Sur le rôle spécifique de l'avocat tout au long du processus de médiation, V. notamment Joly-Hurard J., *Conciliation et médiation judiciaires*, PUAM, 2003, préface Guinchard S., p 341, n°544 s. ; Montéran Th., *Médiation commerciale : rôle de l'avocat*, Gaz. Pal. 16 septembre 2003 p 2.

La présence d'un avocat permet de favoriser une certaine égalité entre les parties⁵⁹¹, tout particulièrement sur la question de la connaissance de leurs droits.

Les pouvoirs publics en ont réellement pris conscience et ont modifié en ce sens l'article 10 alinéa 2^{ème} de la loi du 10 juillet 1991. Désormais, l'aide juridictionnelle pourra être octroyée à une personne⁵⁹² qui tente de « *parvenir à une transaction avant l'introduction de l'instance* ».

364. En effet, l'avocat est sans doute l'un des rares professionnels à pouvoir rencontrer toutes les catégories sociales, lui donnant ainsi une légitimité particulière pour la compréhension d'un conflit. Il convient de cesser de cantonner et de caricaturer l'avocat à un seul rôle, celui d'un plaideur au pénal⁵⁹³. Il représente certes son client, mais il a aussi une fonction importante de conseil ; il permet à son client de mieux appréhender ses droits et ainsi de le guider vers le mode de résolution adéquat. Les avocats sont aujourd'hui de plus en plus sensibilisés à la résolution amiable des conflits⁵⁹⁴ ; il en va de l'intérêt de leurs clients respectifs mais aussi du leur.

Un autre argument peut être soulevé quant au caractère nécessaire de leur présence. Lorsqu'un client confie ses intérêts à un avocat, il exprime sa confiance en la personne de l'avocat mais aussi pour cette profession juridique. Ainsi, un client sans connaissance du droit et de son vocabulaire, même dans le cadre d'une médiation, peut risquer de faire des

⁵⁹¹ Joly-Hurard J., *Conciliation et médiation judiciaires*, Thèse précitée, p 341, n°543.

⁵⁹² Personne qui remplit les conditions d'attribution pour l'aide juridictionnelle définies par la loi du 10 juillet 1991.

⁵⁹³ Bourry d'Antin M., *Le rôle de l'avocat dans la médiation*, Droit et patrimoine décembre 1999 p 58, spé p 58.

⁵⁹⁴ V. les propos du Bâtonnier Teitgen F., in *Art et techniques de la médiation*, Bourry d'Antin M., Pluyette G., Bensimon S., *op. cit*, p 107, n°178 s.

concessions préjudiciables pendant la négociation⁵⁹⁵. Dans cette hypothèse, l'avocat a un rôle légitime que le médiateur n'a pas, celui du conseil et de la maîtrise des règles juridiques. L'avocat a en effet pour mission d'accompagner son client mais aussi de le conseiller et enfin de participer à la rédaction de l'accord ; il lui permet d'accéder au droit.

En définitive, l'avocat sécurise la position de son client dans le sens où il pallie l'éventuelle inégalité dans l'accès et la connaissance des règles juridiques, évitant ainsi la répercussion de ce déséquilibre dans les termes de l'accord conclu.

365. L'avocat est un observateur scrupuleux de l'application des règles du procès équitable et fin connaisseur des principes directeurs, sa présence permet donc de veiller au respect de l'égalité des armes entre les parties.

Le processus de médiation ne peut être réduit à une procédure judiciaire, mais l'application de certains principes directeurs et de plusieurs exigences déontologiques directement issues de l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, font de l'avocat un garant supplémentaire du respect de l'application d'une certaine éthique au cours du processus de médiation. L'ensemble de ses connaissances et son expérience de la pratique judiciaire lui permettra de s'assurer qu'aucune inégalité ne puisse se créer entre les parties.

B. Le principe du contradictoire.

⁵⁹⁵ Joly-Hurard J., *Conciliation et médiation judiciaires*, Thèse précitée, p 341, n°543.

366. « *La défense étant un droit naturel, personne ne doit être condamné sans avoir été interpellé et mis en demeure de se défendre*⁵⁹⁶ ». Le principe du contradictoire⁵⁹⁷ est aujourd'hui un principe fondamental consacré par les articles 14 à 16 du NCPC et par l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'Homme⁵⁹⁸. Il est l'expression d'une justice équitable et loyale, permettant d'être entendu par le juge afin d'emporter sa conviction. « *Donner la possibilité de contredire, c'est donner une chance de convaincre*⁵⁹⁹ ». Le principe du contradictoire garantit ainsi le respect des droits de la défense, en offrant à chacun des protagonistes la possibilité de s'expliquer et d'argumenter sur les différents éléments du dossier. Il est aussi une garantie de bonne justice, puisque le juge doit faire respecter et respecter lui-même le principe du contradictoire.

L'évidence de son application dans une procédure juridictionnelle ne suscite que peu de critiques. Ce principe exprime plus concrètement, selon la Cour européenne des droits de l'Homme, le principe de l'égalité des armes⁶⁰⁰, imposant que chacune des parties à l'instance dispose de moyens égaux pour se défendre et favoriser ainsi la manifestation de la vérité.

⁵⁹⁶ Civ., 7 mai 1828, S. 1828. 1. 93.

⁵⁹⁷ Frison-Roche M.-A., *Généralités sur le principe du contradictoire (Droit processuel)*, Thèse Paris II 1988 ; Plus récemment V. Ascenci L., *Du principe de la contradiction*, LGDJ, Bibliothèque de Droit Privé, Tome 454, 2006, préface Cadiet L.

⁵⁹⁸ V. notamment, CEDH, 27 novembre 2003, *Slimane-Kaïd c/ France*, requête n°48943/99 ; CEDH, 26 avril 2002, *Meftah c/ France*, requête n°32911/96, D 2002 Somm. p 687 obs. Fricero N. ; CEDH, 25 janvier 2000, *Slimane-Kaïd c/ France*, requête n°29507/95, D 2000 Somm. p 186 obs. Fricero N. ; CEDH, 20 février 1996, *Vermeulen c/ Belgique*, requête n°58-1994-505-587, D 1997 p 208 obs. Fricero N.

⁵⁹⁹ Guinchard S., Constantin-S Delicostopoulos, Ioannis-S Delicostopoulos, Douchy-Oudot M., Ferrand F., Lagarde X., Magnier V., Ruiz Fabri H., Spinoli L., Sorel J.-M., *Droit processuel*, Dalloz, 3^{ème} éd., 2005, p 933, n°599.

⁶⁰⁰ CEDH, 6 mai 1985, *Bönisch c/ Autriche*, Série A n°92.

367. La présentation du principe du contradictoire comme une règle fondamentale et inhérente au procès ne fait aujourd'hui guère de doute.

Pour autant, son cantonnement au seul cadre du procès apparaît comme réducteur. Le Vocabulaire juridique du doyen Cornu présente le principe du contradictoire de la manière suivante : « *se dit d'une opération (judiciaire ou extrajudiciaire) à laquelle tous les intéressés ont été mis à même de participer, même si certains n'y ont pas été effectivement présents ou représentés, mais à la condition que tous y aient été régulièrement convoqués de telle sorte que le résultat de cette opération leur est, à tous, opposable*⁶⁰¹ ».

La lecture de cette définition permet de constater qu'à aucun moment le principe du contradictoire ne se limite au seul procès. Le contradictoire est davantage perçu comme un principe général pouvant ainsi s'appliquer en d'autres circonstances⁶⁰².

368. À titre d'illustration de cette manifestation d'une application extensive du principe du contradictoire, l'exemple tiré de la jurisprudence relative à la révocation des dirigeants de sociétés peut être cité.

En effet, le Président du conseil d'administration, qu'il occupe ou non les fonctions de directeur général, peut être révoqué à tout moment sur décision du conseil d'administration⁶⁰³

⁶⁰¹ Sous la direction de Cornu G., *Vocabulaire juridique*, Puf, 3^{ème} éd., 2002, V° Contradictoire.

⁶⁰² La référence aux travaux de Motulsky apparaît ici avec force, V. Motulsky H., *Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile*, Ecrits – Etudes et notes de Procédure civile, Dalloz, 1973, p 60 ; V. aussi Ascenci L., *Du principe de la contradiction*, Thèse précitée.

⁶⁰³ V. article L 225-47 alinéa 3^{ème} du Code de commerce.

ainsi que par l'assemblée ordinaire ou extraordinaire des actionnaires⁶⁰⁴ qui peut lui retirer sa qualité d'administrateur et par ricochet son mandat de Président. Il est donc révocable *ad nutum*.

En dépit de l'éventualité d'être remercié à tout instant, la jurisprudence admet au côté de la révocation abusive⁶⁰⁵, que le dirigeant révoqué puisse invoquer dans certaines circonstances la violation du principe du contradictoire. L'application de ce principe peut effectivement surprendre, puisqu'il n'existe aucune procédure juridictionnelle et la décision de révocation n'est pas une décision de justice mais une décision portant sur la gestion de la société⁶⁰⁶. Pourtant, le recours au principe du contradictoire peut s'expliquer par le souci de garantir un minimum de loyauté dès lors qu'un processus décisionnel a abouti au prononcé d'une sanction. Le dirigeant révoqué, même notoirement incompetent, a le droit de bénéficier d'un minimum d'égards lors de la décision du conseil d'administration ou de l'assemblée de mettre un terme à ses fonctions. Le principe du contradictoire s'immisce ainsi afin d'assurer dans les relations juridiques un minimum de civilité et de loyauté. Même révocable à tout instant, le dirigeant doit être mis en mesure de présenter des observations ou au moins de connaître les raisons de son éviction⁶⁰⁷.

⁶⁰⁴ V. article L 225-18 du Code de commerce.

⁶⁰⁵ V. notamment Com., 13 novembre 2003, RJDA 2004/3 n°308 ; CA Paris, 13 octobre 2000, Bull. Joly 2001 p 176 ; CA Paris, 21 novembre 1991, JCP éd. E 1992 I 145 n°8 obs. Viandier A., Caussain J.-J. ; V. aussi Reigné Ph., *Révocabilité ad nutum des mandataires de la société et faute de la société*, Rev. Sociétés 1991 p 499.

⁶⁰⁶ Com., 12 mai 2004, Bull. Joly 2004 p 1275 note Vidal D., Pujol Fl. ; Com., 13 mai 1998, RJDA 1998/6 n°740 ; V. aussi Vidal D., *Le respect du principe du contradictoire : une exigence du droit des sociétés*, Dr. Sociétés novembre 1998 ; Le Cannu P., *Le principe du contradictoire et la protection des dirigeants*, Bull. Joly 1996 p 11.

⁶⁰⁷ La Cour de cassation a toutefois et à juste titre mis un frein à une éventuelle analogie entre les droits de la défense et les règles de la révocation du dirigeant. La Cour a ainsi admis que n'était pas constitutif d'un trouble manifestement illicite le fait d'avoir refusé au dirigeant

369. L'ensemble de ces observations amène à constater que l'application du principe du contradictoire au processus de médiation nécessite d'apporter une réponse en deux temps.

En effet, le maintien du principe du contradictoire dans le cadre d'un processus de résolution extrajudiciaire des conflits ne semble pas se justifier en l'absence de procédure juridictionnelle⁶⁰⁸. Ledit processus n'aboutit pas au prononcé d'une décision de justice, le médiateur ne dispose d'aucun pouvoir de juger, dès lors le principe du contradictoire n'a pas vocation à s'appliquer.

Pour autant, une telle position, aussi stricte dans son rejet dudit principe, est elle-même intenable. En effet, la médiation ne symbolise pas « *le règne du n'importe quoi*⁶⁰⁹ ». Le processus de médiation n'a des chances de réussir que s'il suscite un minimum de confiance chez chacun des protagonistes, d'où la nécessité d'une certaine éthique et plus particulièrement de leur garantir une égalité de traitement.

Ainsi, le principe du contradictoire va nourrir le processus de médiation au travers de l'exigence de loyauté inhérente à tout processus décisionnel⁶¹⁰. Le principe du contradictoire ne reçoit pas la même application que pour le procès civil ; il est, dans le cadre de la

convoqué à des fins de révocation d'être assisté par son avocat au motif que l'assemblée générale n'est pas un organe juridictionnel ou disciplinaire. Com., 10 mai 2006, D 2006 p 1533 obs. Lienhard A.

⁶⁰⁸ Joly-Hurard J., *Conciliation et médiation judiciaires, Thèse précitée*, p 311, n°504 s.

⁶⁰⁹ Cadiet L., *Procès équitable et modes alternatifs de règlement des conflits, in Variations autour d'un droit commun*, sous la direction de Delmas-Marty M., Muir Watt H., Ruiz Fabri H., Société de Législation Comparée, 2002, p 89, spé p 102, n°19.

⁶¹⁰ Jarrosson Ch., *Le principe de la contradiction s'applique-t-il à la médiation ?*, RGDP 1999 n°4 p 764, spé p 766.

médiation, appliqué de manière plus souple et mesurée afin de tenir compte des spécificités de celle-ci.

370. La médiation a besoin pour son succès de flexibilité et non d'un carcan formaliste. Une application trop rigide et littérale du principe du contradictoire nuirait à l'émergence d'une solution amiable. Il est effectivement irréaliste de penser que les parties peuvent se concilier, si elles doivent tout se dire, discuter de tout, transmettre toutes les pièces et tous les éléments de preuve⁶¹¹ ... ; on ne ferait que recréer l'atmosphère d'un procès qu'elles ont au contraire voulu quitter temporairement. Il est donc nécessaire de l'aménager en gardant à l'esprit qu'il s'agit avant tout d'une négociation, d'un rapprochement amiable. Dès lors, les réflexes d'affrontement sont à omettre en vue de recréer un espace de dialogue.

Pour susciter la confiance et l'instauration d'un dialogue, il convient de ne pas placer les parties face à face, dans une logique d'opposition : *« L'essence même de la médiation impose au médiateur d'adapter son comportement et sa manière de procéder à l'état d'esprit des parties, lorsqu'il entreprend sa mission. Il peut lui apparaître indispensable de commencer par rencontrer séparément les parties afin d'apprécier leur volonté réelle de transiger et les concessions qu'elles sont prêtes à faire pour y arriver⁶¹² ».*

Toute l'originalité du processus de médiation réside dans la négociation qui s'instaure entre les parties sous l'égide du médiateur. Les parties n'ont donc pas à convaincre le médiateur du bien-fondé de leurs demandes, elles doivent s'entendre entre elles avec l'aide de celui-ci⁶¹³.

⁶¹¹ Nougéin H.-J., Reinhard Y., Ancel P., Rivier M.-C., Boyer A., Genin Ph., *Guide pratique de l'arbitrage et de la médiation commerciale*, op. cit., p 156, n°261 ; Pollet D., *Principe de contradiction et médiation*, Gaz. Pal. 1999 doct. p 683, spé p 685 ; Jarrosson Ch., *Le principe de la contradiction s'applique-t-il à la médiation ?*, art. préc, spé p 765.

⁶¹² Armand-Prevost M., *L'avocat, le juge, le médiateur*, PA 8 juillet 1998 p 19, spé p 22.

⁶¹³ Guinchard S., Bandrac M., Douchy M., Ferrand F., Lagarde X., Magnier V., Ruiz Fabri H., Spinoli L., Sorel J.-M., *Droit processuel*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2003, p 937, n°599 : *« (...) le*

371. L'un des aspects de la réussite de la médiation consiste par exemple en la possibilité pour le médiateur de rencontrer chacune des parties séparément pour évaluer dans un premier temps les chances de succès du processus. Son expérience lui permettra effectivement de déterminer une méthode dans la conduite des entretiens et par la suite d'avancer sereinement sur chacun des points objets du conflit.

Dans le même sens, chacune des parties doit avoir la possibilité de se retrouver seule avec son avocat ou avec le médiateur pour évoquer des points qui ne peuvent encore l'être en présence de l'autre partie. Ces entretiens privés, appelés « *caucus*⁶¹⁴ », se déroulent sous le sceau de la confidentialité, sauf volonté contraire. Ils permettent souvent des avancées significatives, car le médiateur est alors en mesure de mieux comprendre les données du conflit, telle qu'exposées par chacune des parties, prévoir les réactions des partenaires et essayer de créer les conditions d'un accord amiable. Ils symbolisent ainsi la liberté qui règne au sein du processus de médiation, que celle-ci se déroule dans un cadre institutionnel⁶¹⁵ ou non.

but de la procédure n'est pas de convaincre le médiateur du bien-fondé de ses prétentions, mais bien plutôt de lui communiquer les informations pertinentes avec l'espoir qu'il saura trouver la solution convenant aux deux parties ».

⁶¹⁴ Bourry d'Antin M., Pluyette G., Bensimon S., *Art et techniques de la médiation, op. cit.*, p 49, n°73.

⁶¹⁵ Article 7 alinéa 1^{er} du règlement du CMAP : « (...) S'il l'estime utile, il peut entendre les parties séparément, après avoir reçu leur accord de principe. Dans ce cas, il veille à assurer un équilibre de traitement entre toutes les parties et à faire respecter la confidentialité du processus » ; Article 4 du règlement du CIMA : « (...) Le médiateur est libre de rencontrer séparément les parties, mais les informations qui lui sont communiquées lors de ces rencontres ne peuvent être divulguées à l'autre partie sans autorisation expresse de la partie de qui elles émanent » ; Article 2. 6 du règlement de l'IEAM : « (...) Sans être tenu au respect du principe du contradictoire, le médiateur doit assurer l'égalité de traitement des parties ».

372. L'application mesurée et assouplie du principe du contradictoire à la médiation permet ainsi de favoriser sa réussite en prenant clairement en considération la négociation d'un accord amiable entre les parties tout en garantissant grâce au dit principe une égalité de traitement. Le principe du contradictoire appliqué au travers de l'exigence de loyauté peut être vu comme un véritable point de vigilance contre toute inégalité ou déséquilibre.

En conséquence, cette exigence de loyauté s'exprime par un besoin évident de transparence ; chacune des parties doit être traitée de manière aussi identique que possible et informée le plus complètement possible sur la façon dont se déroulera l'entier processus de médiation. Ainsi, l'existence d'entretiens privés doit être portée à la connaissance de l'autre tout en lui offrant l'opportunité d'en bénéficier aussi⁶¹⁶.

Grâce à cette exigence de transparence, le principe du contradictoire pourra être utilisé par le médiateur notamment pour rééquilibrer une négociation qui ne l'est pas en raison de la qualité ou de la puissance économique d'un des protagonistes. En adaptant l'application dudit principe, le médiateur pourra veiller à la préservation des intérêts de chacune des parties.

C. La confidentialité du processus de médiation.

373. « *Par sa nature même de mesure tendant à favoriser la négociation amiable d'un litige, la médiation judiciaire ou conventionnelle implique que chaque partie puisse se confier librement au médiateur et que, sauf accord unanime, le secret soit conservé sur les informations, propositions ou concessions reçues par celui-ci (...)*⁶¹⁷ ». La réponse est sans équivoque : la médiation est par nature confidentielle, elle ressort du domaine de la justice privée et est ainsi naturellement étrangère à toute idée de publicité des débats. Ce statut se

⁶¹⁶ Pollet D., *Principe de contradiction et médiation*, art. préc, spé p 686.

⁶¹⁷ TGI Paris, ord. Référé, 18 janvier 1999, D 1999 IR p 102.

justifie d'autant plus que la médiation est l'œuvre des seules parties ; aucune autorité extérieure ne tranche leur différend, elles seules peuvent le résoudre⁶¹⁸.

Ainsi est écartée dans le cadre du processus de médiation la règle fondamentale de la publicité des débats applicable à tout procès. L'article 22 du NCPC énonce effectivement que : « *les débats sont publics, sauf les cas où la loi exige qu'ils aient lieu en chambre du conseil* ». Cette exigence fait partie des règles du procès équitable⁶¹⁹. Elle se comprend parfaitement, puisqu'elle constitue une garantie de bonne justice pour le justiciable. La publicité des débats est le complément nécessaire au principe du contradictoire, car elle offre aux justiciables une certaine transparence du service public de la justice et leur permet d'en contrôler l'effectivité⁶²⁰.

⁶¹⁸ V. notamment Nougéin H.-J., Reinhard Y., Ancel P., Rivier M.-C., Boyer A., Genin Ph., *Guide pratique de l'arbitrage et de la médiation commerciale*, Litec, 2004, p 155, n°259 s. ; Guinchard S., Bandrac M., Douchy M., Ferrand F., Lagarde X., Magnier V., Ruiz Fabri H., Spinoli L., Sorel J.-M., *Droit processuel*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2003, p 936, n°601 ; Joly-Hurard J., *Conciliation et médiation judiciaires, Thèse précitée*, p 317, n°512 s. ; Fricero N., *Modes alternatifs de règlement des conflits et procès équitable*, Mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen-Jonathan, Bruylant, Vol.1, 2004, p 839, spé p 846, n°9 ; Cadiet L., *Procès équitable et modes alternatifs de règlements des conflits, art. préc.*, spé p 96, n°10 ; Lagarde X., *Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges*, Rev. Arb. 2001 p 423, spé p 435, n°10 ; Carré S., *La confidentialité dans le règlement amiable des litiges*, PA 5 et 8 août 1994 n°93 et n°94.

⁶¹⁹ Milano L., *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Dalloz, Vol. 57, 2006, préface Sudre F., p 487, n°600 s.

⁶²⁰ La Cour européenne des droits de l'Homme admet toutefois que les justiciables puissent renoncer expressément ou tacitement au principe de la publicité des débats, dès lors que la renonciation est libre, dénuée d'équivoque et ne heurte pas l'intérêt public. V. notamment CEDH, 21 février 1990, *Hakansson et Sturesson c/ Suède*, Série A n°171.

Mais la médiation ne constitue pas une procédure juridictionnelle, dès lors la question de la publicité des débats ne se pose pas. Cette affirmation est largement renforcée par l'étude de la pratique de la conciliation et de la médiation judiciaires et extrajudiciaires.

374. Dans le cadre de la conciliation extrajudiciaire, l'article 1^{er} du décret du 20 mars 1978⁶²¹ retient que les conciliateurs de justice interviennent en dehors de toute procédure juridictionnelle, dès lors est *a priori* évincé le principe de publicité des débats au profit de leur confidentialité. L'article 8 du décret précité accrédite cette thèse, puisqu'il énonce que : « *le conciliateur de justice est tenu à l'obligation de secret. Les informations qu'il recueille ou les constatations auxquelles il procède ne peuvent être divulguées* ».

Dans le même sens, l'article 131-14 du NCPC relatif à la médiation judiciaire⁶²² retient que : « *les constatations du médiateur et les déclarations qu'il recueille ne peuvent être ni produites ni invoquées dans la suite de la procédure sans l'accord des parties, ni en tout état de cause dans le cadre d'une autre instance* ».

Les pouvoirs publics ont clairement fait de la confidentialité au cours du règlement amiable une garantie essentielle. Celle-ci est inhérente aux modes alternatifs de règlement des conflits, elle vient protéger les parties et seules ces dernières peuvent renoncer à son bénéfice⁶²³.

⁶²¹ Décret n°78-381 du 20 mars 1978 relatif aux conciliateurs de justice.

⁶²² La solution est identique pour la conciliation judiciaire, V. article 832-9 du NCPC.

⁶²³ La Cour de cassation a récemment admis que la confidentialité était également applicable dans le cadre de la médiation pénale. La Chambre criminelle énonce que : « *les dispositions de l'article 24 de la loi du 8 février 1995, relatif à la médiation en matière civile, selon lesquelles les constatations du médiateur et les déclarations qu'il recueille ne peuvent être évoquées devant le juge saisi du litige qu'avec l'accord des parties, sont également applicables lorsque le procureur de la République fait procéder à une médiation en application de l'article 41-1 du Code de procédure pénale* » (Crim., 28 février 2001, Bull. Crim. n°54).

375. Les règlements des centres de médiation rappellent avec force cette obligation de confidentialité qui concerne tout au long du processus de médiation tant le médiateur que les parties.

L'article 7. 4 du règlement du CMAP énonce notamment que : « *le médiateur et les parties sont tenus à la plus stricte confidentialité pour tout ce qui concerne la médiation ; aucune constatation, déclaration ou proposition effectuée devant le médiateur ou par lui ne peut être utilisée ultérieurement, même en justice, sauf accord formel de toutes les parties* ». Le règlement de l'IEAM en son article 2. 4 retient aussi que : « *dès l'enregistrement de la demande de médiation par le Secrétariat, tous les travaux et communications sont couverts par une stricte règle de confidentialité. Toute personne participant à la médiation, à quelque titre que ce soit, est soumise à cette règle. Le médiateur ne peut révéler le contenu d'une information reçue d'une partie à l'autre qu'après avoir obtenu l'autorisation de la première* ».

376. La confidentialité est effectivement inhérente au processus de médiation, puisqu'à défaut les parties ne pourraient avoir une totale liberté de parole. Comment négocier sereinement une issue amiable à un conflit, si la crainte de possibles révélations à des tiers, ou postérieurement au juge, est présente. Elle facilite ainsi la discussion et l'échange d'informations entre les parties.

Elle apparaît comme un moyen destiné à faciliter le succès de la médiation, car elle permet de susciter la confiance de chacun des protagonistes en leur assurant que les confidences ou propositions ne pourront être révélées ou utilisées postérieurement sans leur accord exprès. La garantie d'une véritable liberté de parole constitue le socle de la réussite dans la négociation d'une solution amiable à un conflit, sans elle une suspicion à l'égard de chacune des parties demeurera.

L'exigence de confidentialité est présente tout au long du processus de médiation de sa mise en œuvre jusqu'à son issue. Le régime de la confidentialité se manifestera essentiellement après la réussite ou l'échec de celui-ci, car c'est à ce moment que le comportement des

parties, le sort des documents échangés et l'attitude de l'arbitre ou du juge étatique à cet égard pourront engendrer un certain nombre de questions⁶²⁴.

Toutefois, il apparaît nécessaire de rappeler cette exigence au sein du contrat de médiation en insérant une clause de confidentialité. L'intérêt de cette stipulation est de préciser les débiteurs de celle-ci, l'étendue de son objet soit l'identification des informations et documents protégés, la durée de la confidentialité⁶²⁵ et enfin les modalités pratiques grâce auxquelles les parties peuvent renoncer au bénéfice de la confidentialité. Elles peuvent aussi éventuellement y adjoindre une clause pénale afin de prévenir conventionnellement toute inexécution future.

377. Quid cependant de la sanction de la violation de la confidentialité. Une action en responsabilité civile pourra sans aucun doute être mise en œuvre à l'encontre de la personne à l'origine de la révélation. On pourrait aussi imaginer que la production en justice de pièces soumises à la confidentialité entraîne une sanction comme leur irrecevabilité ou une condamnation à une astreinte pour faire cesser cette divulgation.

On peut regretter que la seule décision relative à la violation de l'obligation de confidentialité n'ait pas fait preuve de plus de rigueur dans la sanction.

Le juge des référés reconnaît que cette divulgation d'informations confidentielles est « susceptible de constituer (...) un trouble manifestement illicite au sens des articles 809

⁶²⁴ *Infra* n°439 s.

⁶²⁵ La clause de confidentialité peut produire ses effets tout au long du contrat de médiation mais aussi recevoir une exécution post-contractuelle. La pratique fait état d'une durée moyenne de cinq années après la cessation de la relation contractuelle, mais il apparaît que les clauses de confidentialité à durée indéterminée soient admises. En ce sens, Vivant M., *Les clauses de secret*, in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Institut de Droit des affaires d'Aix-en-Provence, PUAM, 1990, préface Mestre J., p 101, spé p 117, n°36 s., l'auteur citant l'exemple des clauses de secret à durée indéterminée du groupe Coca-Cola.

alinéa 1^{er} et 873 alinéa 1^{er} NCPC ». Cependant, il énonce qu' « *un tel trouble ne suffit pas pour autant à justifier l'intervention du juge des référés et il appartient au tribunal saisi au fond d'apprécier la régularité et la recevabilité des pièces litigieuses*⁶²⁶ ». Les circonstances de l'espèce peuvent sans doute justifier la décision, puisque c'est au cours de l'instance au fond que furent produites lesdites pièces ; l'autre partie réagissant alors immédiatement en introduisant une action en référé pour demander la cessation de l'atteinte sans attendre que le juge saisi au fond se prononce.

On peut toutefois espérer que les juges des référés n'hésiteront pas à sanctionner un tel trouble ; un manque de fermeté à cet égard nuirait en effet à la crédibilité du processus de médiation.

* *

*

378. Le contrat de médiation peut ainsi se définir comme une relation contractuelle tripartite, qui oblige le médiateur à créer les conditions d'un dialogue entre les parties, afin de permettre une issue amiable à leur conflit. Le contrat de médiation engendre un certain nombre d'obligations à la charge de chacun des protagonistes. Son originalité réside dans la déontologie qui lui est inhérente et s'inspire à la fois des principes du droit des contrats et des règles du procès équitable. La particularité de son objet, la recherche d'un règlement amiable, justifie l'exigence d'une telle déontologie.

Conclusion du Titre I

⁶²⁶ TGI Paris, ord. Référé, 18 janvier 1999, *ordonnance précitée*.

379. La survenance d'un conflit au cours de la relation contractuelle oblige les cocontractants à exécuter la clause de médiation stipulée. Les parties doivent ainsi mettre en œuvre le processus de médiation c'est-à-dire, d'une part désigner le médiateur, d'autre part fixer les conditions dans lesquelles la médiation se déroulera.

La nomination du médiateur appartient aux parties qui doivent s'entendre sur le nom d'une personne. Il leur appartiendra de préciser leur volonté quant aux qualités et compétences recherchées en la personne du médiateur. Pour autant, la situation dans laquelle se trouvent les parties et la difficulté d'obtenir un consensus sur ce point, peuvent entraîner un risque sérieux de blocage empêchant la mise en œuvre du processus de médiation. Dès lors, il est important de prévoir les conséquences et le traitement d'une absence de désignation du médiateur. Dans l'hypothèse où les parties n'auraient rien prévu, il paraît envisageable de demander l'intervention du juge des référés pour obtenir une telle nomination et ainsi éviter la constitution d'une situation préjudiciable pour des parties privées temporairement de leur liberté d'agir en justice.

L'entente des parties sur la personne du médiateur les amène ensuite à déterminer les modalités de déroulement du processus de médiation. Ils vont conclure ensemble un contrat de négociation, appelé contrat de médiation. Ce contrat a pour objet de permettre le rétablissement d'un dialogue entre les parties sous l'égide du médiateur. En ce sens, le contrat de médiation va déterminer les modalités d'organisation du processus de médiation. Le lieu, la durée, la fréquence des entretiens, la rémunération du médiateur... constituent autant de points que le contrat de médiation devra préciser. Enfin, parce qu'il a pour but de permettre le règlement amiable d'un conflit, il doit susciter la confiance de ses utilisateurs en leur garantissant le respect de certaines règles déontologiques. C'est ainsi que pour assurer la loyauté du processus de médiation, le médiateur et les parties seront soumis à diverses exigences : aux besoins de probité, d'indépendance et d'impartialité du médiateur s'ajouteront les questions de l'opportunité de l'assistance d'un avocat et de l'application au processus de médiation des principes du contradictoire et de la confidentialité.

La négociation intervenue entre les parties sous l'égide du médiateur permettra de constater la réussite ou l'échec du processus de médiation, tous les conflits n'étant pas effectivement susceptibles d'être résolus amiablement.

Titre II

L'issue de la médiation.

380. Le processus de médiation a pour but de reconstruire un lien par le dialogue, l'écoute, l'art de la persuasion et de la reformulation positive. Seulement, ce processus repose à la fois sur les qualités humaines du médiateur et sur la coopération et la bonne volonté des parties en conflit. On aboutit ainsi nécessairement à cette conclusion que tous les conflits ne sont pas susceptibles d'aboutir à un accord amiable ; l'issue de la médiation peut alors prendre la forme d'une réussite ou d'un échec.

La réussite de la médiation (Chapitre 1^{er}) entraîne certaines conséquences juridiques sur la situation de chacune des parties, puisqu'elles sont parvenues à régler et mettre un terme à leur conflit. La conclusion d'une solution amiable va prendre la forme d'un accord qui devra faire l'objet d'une qualification juridique pour pouvoir en déterminer les conditions de formation et de conclusion, afin d'éviter un nouveau conflit. La liberté dont disposent les parties pour fixer le contenu de leur accord leur permet ainsi une très grande variété dans la recherche de sa qualification juridique.

L'échec de la médiation (Chapitre 2^{ème}) est au contraire le constat d'une impossibilité actuelle pour les parties de trouver une issue amiable à leur conflit. Retrouvant leur liberté d'agir en justice⁶²⁷, chacune des parties peut désormais saisir le juge pour voir trancher le litige au fond mais aussi pour connaître d'une éventuelle action en responsabilité à l'encontre du médiateur ou de l'une des parties pour son comportement tout au long du processus de médiation.

⁶²⁷ L'issue de la médiation, qu'elle soit une réussite ou un échec, entraîne la fin de la suspension du droit d'action de chacune des parties. Nous la présentons dans le cadre de l'échec de la médiation pour en simplifier l'étude, car c'est davantage dans ce contexte que les parties saisiront le juge étatique ou auront recours à l'arbitrage.

Chapitre 1^{er}

La réussite de la médiation.

381. La réussite de la médiation passe par la constatation d'un accord entre les parties portant sur tout ou partie de leur conflit. Ces dernières peuvent effectivement ne s'entendre que sur certains éléments de leur différend et remettre à plus tard la résolution des autres points conflictuels. Cet accord sur une solution amiable prend généralement le nom de procès verbal ou d'accord de conciliation. La particularité de cet accord est, en règle générale, de fixer les grandes lignes de la solution amiable consentie par les parties.

Il s'agit avant tout d'un acte consensuel qui oblige les parties dès lors qu'elles l'ont approuvé⁶²⁸ ; sa formalisation ultérieure n'enlève rien à sa validité intrinsèque, seule sa qualification devra être clairement définie. L'accord de conciliation est valable dès l'échange des consentements de chacune des parties en conflit, l'écrit ne servant qu'à titre d'élément de preuve.

Il se conclut uniquement entre ces dernières ; la solution amiable consentie ne produit d'effets juridiques qu'à l'égard des seules parties en conflit.

⁶²⁸ TGI Châlons-sur-Marne, 1^{er} juin 1978, cité par Desdevises Y., *Remarques sur la place de la conciliation dans les textes récents de procédure civile*, D 1981 p 241, spé p 247, n°37 s.

A l'occasion d'un contentieux, le juge rapporteur d'un Tribunal de commerce avait réussi à provoquer la conciliation des parties, mais le jour de signer le procès-verbal de conciliation obtenu l'une d'elles refusa de le signer. La question se posait donc de savoir si l'accord de conciliation était parfait dès l'échange des consentements ou s'il ne pouvait l'être que par l'établissement d'un procès-verbal dûment signé par chacune des parties. Le TGI de Châlons-sur-Marne a considéré que l'accord de conciliation était parfait dès l'échange des consentements et sa validité intrinsèque n'était pas subordonnée à l'établissement d'un procès-verbal de conciliation.

Le médiateur reste étranger à cet accord, il n'est pas engagé par celui-ci⁶²⁹. Il n'a effectivement pour rôle que d'aider les parties à se rapprocher afin qu'elles s'entendent sur une issue amiable. Il n'entre pas dans ses fonctions de rédiger l'accord ni de suivre sa bonne exécution, à moins que les parties lui aient expressément confié une telle mission. Il semble toutefois que le médiateur doive mettre en garde les parties sur certaines conséquences de leur accord, notamment en matière fiscale, mais aussi vérifier que le contenu de l'accord de conciliation est fidèle à la volonté des parties et ne crée pas de difficultés d'interprétation. Il est difficile d'astreindre le médiateur à une véritable obligation de conseil, car seules les parties, éventuellement avec l'aide de leurs conseils, ont la charge de rédiger et formaliser le contenu détaillé de l'accord de conciliation.

La réussite de la médiation pose tout de même la question de la nature de cet accord et plus particulièrement de la qualification qu'il est susceptible de recevoir. En raison de la très grande liberté dont disposent les parties, celles-ci peuvent imaginer différentes issues et ainsi ne pas se limiter à une seule figure contractuelle⁶³⁰. Dans la majorité des cas, elles formaliseront leur accord dans le cadre d'une transaction (Section I) mais il existe aussi d'autres qualifications possibles ayant une portée juridique inégale (Section II).

Section I : La conclusion d'une transaction.

382. Dans l'exposé des motifs des textes du futur Code civil relatifs à la transaction, Bigot de Préameneu la présentait comme « *le plus heureux des moyens de mettre fin à un conflit*⁶³¹ ». Le contrat de transaction permet en effet à des parties en conflit d'y mettre elles-

⁶²⁹ Nougéin H.-J., Reinhard Y., Ancel P., Rivier M.-C., Boyer A., Genin Ph., *Guide pratique de l'arbitrage et de la médiation commerciale*, Litec, 2004, p 237, n°393.

⁶³⁰ Boillot Ch., *La transaction et le juge*, PU de Clermont-Ferrand, 2003, préface Le Cannu P., p 11, n°9.

⁶³¹ Fenet P.-A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Videcoq, 1836, Tome 15, p 103.

mêmes définitivement un terme, puisque selon l'article 2052 du Code civil : « *les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort*⁶³² ». L'effet extinctif de la transaction entraîne le prononcé d'une fin de non-recevoir pour défaut de droit d'action⁶³³, empêchant ainsi toute action ultérieure de l'une des parties portant sur l'objet de celle-ci⁶³⁴.

La transaction constitue ainsi une issue assez naturelle pour des parties en médiation⁶³⁵, sans pour autant être la solution unique. En effet, au cours du processus de médiation, les parties en conflit vont, sous l'égide du médiateur, tenter de se rapprocher dans l'espoir d'aboutir à une solution amiable. En ce sens, elles vont entreprendre une négociation, une discussion portant sur l'objet de leur différend, en s'efforçant de comprendre et de rapprocher les points de vue de chacun. L'évolution favorable des tractations permet alors d'esquisser les bases d'un accord, qui sera le fruit de concessions plus ou moins équivalentes faites par chacune des parties. C'est à ce propos que le rapprochement avec la qualification de contrat de transaction peut se faire, car au nombre de ses éléments caractéristiques figure celui des concessions réciproques. Pour autant, la formalisation de l'accord de conciliation en transaction nécessitera la réunion de l'ensemble de ses critères de qualification (§1). La possibilité de donner la qualification de transaction à l'accord de conciliation a le mérite d'offrir à celui-ci une portée juridique non négligeable en raison notamment des dispositions du Code civil mais aussi de la faveur récente du législateur envers cette technique contractuelle (§2).

⁶³² Pour une très intéressante critique de cet article, V. Boillot Ch., *La transaction et le juge, Thèse précitée*, p 55, n°74 s.

⁶³³ Boillot Ch., *La transaction et le juge, Thèse précitée*, p 82, n°139 s.

⁶³⁴ Sous la réserve de l'exercice d'une action en nullité du contrat de transaction.

⁶³⁵ Guinchard S., Constantin-S Delicostopoulos, Ioannis-S Delicostopoulos, Douchy-Oudot M., Ferrand F., Lagarde X., Magnier V., Ruiz Fabri H., Spinoli L., Sorel J.-M., *Droit processuel*, Dalloz, 3^{ème} éd., 2005, p 941, n°603 ; Clay Th., *Transaction et autres contrats relatifs aux litiges*, in *La transaction sous toutes ses dimensions*, sous la direction de Mallet-Bricout B., Nourissat C., Dalloz, 2006, p 13.

§1 : L'accord de conciliation qualifié de transaction.

383. Pour parvenir à la qualification de contrat de transaction, il convient de déceler dans l'accord des parties certains éléments caractéristiques de cet acte. Selon la définition donnée par l'article 2044 du Code civil, ils sont au nombre de deux : l'existence d'une contestation née ou à naître (A) et la volonté d'y mettre un terme (B). La jurisprudence a ajouté un troisième élément : l'exigence de concessions réciproques (C).

A. L'existence d'une contestation née ou à naître.

384. La notion de conflit ou de litige est au cœur du contrat de transaction, puisqu'elle a précisément pour finalité de l'éteindre. Dès lors, la présence d'un conflit ou d'un litige est un élément à la fois naturel et nécessaire à la qualification de transaction. « *Le contrat de transaction trouve son origine dans un litige opposant les parties*⁶³⁶ ». L'article 2044 du Code civil ne dit pas autre chose, lorsqu'il énonce que la transaction termine « *une contestation née* » ou prévient « *une contestation à naître* ». Se pose toutefois la question de la définition de la notion de contestation.

385. La doctrine s'est longtemps interrogée sur cette notion et sur ce qu'elle recouvrait⁶³⁷.

Il semble aujourd'hui qu'on ait pris en considération le rôle que joue la transaction dans les rapports sociaux, adoptant ainsi une vision finaliste de la notion de contestation. La transaction a vocation à pacifier et à résoudre à l'amiable les conflits opposant des justiciables soit de manière préventive soit lorsque le différend est avéré.

⁶³⁶ Boillot Ch., *La transaction et le juge, Thèse précitée*, p 403, n°772.

⁶³⁷ Pour une analyse des différentes positions doctrinales V., Boillot Ch., *La transaction et le juge, Thèse précitée*, p 404, n°773 s.

Dès lors, la jurisprudence s'est efforcée d'aller en ce sens et a ainsi adopté une conception extensive de la notion de contestation⁶³⁸ en vue de faciliter le recours à la transaction et notamment quant à la détermination de ses éléments qualificatifs.

La notion de contestation se comprend essentiellement comme une résistance ou un désaccord, actif ou passif, opposé à la prétention avancée par l'une des parties. La contestation peut à la fois porter sur le fond du droit mais aussi sur l'exécution de celui-ci⁶³⁹.

386. La mise en œuvre du processus de médiation passe par la survenance d'un conflit portant sur la relation contractuelle antérieurement nouée entre les parties et dans leur volonté d'y mettre un terme. Aussi, l'existence d'une contestation ne fait pas de difficultés dans le cadre de la médiation ; il appartiendra toutefois aux parties de faire clairement ressortir l'existence de cette contestation dans leur accord de conciliation. On comprend ainsi que la qualification de transaction apparaisse comme une issue logique du processus de médiation⁶⁴⁰.

B. La volonté d'éteindre le conflit.

387. Ce critère s'impose, autant que le précédent, par son évidence. La transaction ayant pour finalité d'éteindre un conflit ou un litige, dès lors cette volonté doit se retrouver dans

⁶³⁸ Pour une appréciation large de la notion de contestation V. notamment, Soc. 5 janvier 1994, Bull. Civ. V n°1 ; Soc. 18 mars 1986, Bull. Civ. V n°92 ; Soc. 3 février 1983, Bull. Civ. V n°81 ; Soc. 1 mars 1979, Bull. Civ. V n°201.

⁶³⁹ Bénabent A., *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Montchrestien, 6^{ème} éd., 2004, p 642, n°1005 s. ; Malaurie Ph., Aynès L., Gautier P.-Y., *Contrats spéciaux*, Defrénois, 2^{ème} éd., 2005, p 585, n°1102.

⁶⁴⁰ Clay Th., *Transaction et autres contrats relatifs aux litiges*, art. préc, spé 23, n°24.

l'acte. Le règlement du conflit ou du litige opéré par la transaction peut certes n'être que partiel pourvu que la volonté d'y mettre un terme soit certaine et sans équivoque⁶⁴¹.

Aucun doute ne peut exister quant à la volonté des parties engagées dans le processus de médiation de mettre fin à leur différend. L'accord de conciliation conclu atteste précisément de cet état d'esprit et de leur volonté de ne pas s'enfermer dans une logique d'affrontement. Après tout, la médiation extrajudiciaire appartient aux modes alternatifs de règlement des conflits, marquant ainsi l'évidence de la volonté de ses utilisateurs.

C. L'exigence de concessions réciproques.

388. « *La règle est empreinte de bon sens : l'accord suppose qu'aucun des antagonistes ne perde la face et s'incline seul*⁶⁴² ». L'exigence de concessions réciproques constitue l'élément déterminant pour permettre la qualification d'un accord en contrat de transaction⁶⁴³. Elle symbolise l'esprit de négociation et de conciliation dans lequel se trouvent les parties en conflit. La Cour de cassation l'a imposé dans la définition même du contrat de transaction en dépit du silence de l'article 2044 du Code civil sur ce point⁶⁴⁴. Depuis, les juges utilisent cette notion pour vérifier l'existence d'une transaction.

⁶⁴¹ Boillot Ch., *La transaction et le juge, Thèse précitée*, p 417, n°803 s.

⁶⁴² Jarrosson Ch. *Les concessions réciproques dans la transaction*, D 1997 p 267, spé p 268, n°9.

⁶⁴³ Boillot Ch., *La transaction et le juge, Thèse précitée*, p 445, n°862.

⁶⁴⁴ Civ., 3 janvier 1883, DP 1883. 1. 457 ; Civ. 24 décembre 1900, DP 1901. 1. 135 ; V. plus récemment Civ. 1^{ère}, 3 mai 2000, Bull. Civ. I n°130 : « *une transaction implique l'existence de concessions réciproques des parties* ».

389. L'exigence de concessions réciproques constitue la substance du contrat de transaction, aussi peut-on s'interroger sur sa consistance.

Etant un acte grave, les parties doivent avoir la capacité de disposer et leurs concessions ne pourront porter que sur des droits dont elles ont la libre disposition. En d'autres termes, elles ne pourront renoncer à des droits protégés par l'ordre public à moins qu'ils soient nés et acquis.

En pratique, chacune des parties va avancer ses arguments et espérer de la part de l'autre l'abandon d'une prétention ou l'octroi d'un avantage de nature pécuniaire ou morale... Il ne peut y avoir de transaction que si chaque partie consent à un sacrifice qui devient ainsi la cause de l'engagement contracté par l'autre. Le contrat de transaction est avant tout synallagmatique et repose sur un esprit de compromis.

Il est toutefois nécessaire que les concessions faites par les parties soient réciproques sans pour autant être équivalentes⁶⁴⁵ sauf à ne pas être dérisoires⁶⁴⁶. Les juges considèrent en effet qu'une concession dérisoire équivaut à une absence de concession entraînant de fait une disqualification de l'accord conclu⁶⁴⁷.

390. La qualification de l'accord de conciliation en contrat de transaction nécessite cette recherche de l'existence de concessions réciproques. En effet, la Cour de cassation a jugé que « *l'accord passé en conciliation et par lequel les parties se faisaient des concessions réciproques constitue une transaction*⁶⁴⁸ ». Dès lors, l'absence de concessions réciproques ne

⁶⁴⁵ Soc., 13 mai 1992, Bull. Civ. V n°307, RTD Civ. 1992 p 783 obs. Gautier P.-Y.

⁶⁴⁶ Soc., 8 novembre 2000, Bull. Civ. V n°399 ; Soc., 18 mai 1999, Bull. Civ. V n°223 ; Civ. 1^{ère}, 4 mai 1976, Bull. Civ. I n°157.

⁶⁴⁷ Bénabent A., *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit, p 644, n°1009.

⁶⁴⁸ Soc., 16 mai 1952, Bull. Civ. V n°430, D 1952 p 721 note Savatier R.

permettra pas une telle qualification et l'interprète devra se tourner vers d'autres figures contractuelles.

Les parties, lors de la formalisation de leur accord, devront donc très clairement mettre en évidence ces concessions et permettre une vérification tant de leur existence que de leur réciprocité.

Une fois les éléments constitutifs de la qualification de transaction caractérisés au sein de l'accord de conciliation, il appartient aux parties de conclure un contrat de transaction afin de profiter pleinement de son effet extinctif.

§2 : La portée juridique de la transaction.

391. Par une formule particulièrement évocatrice, l'article 2052 du Code civil énonce que la transaction a entre les parties « *l'autorité de la chose jugée en dernier ressort* ». En dépit de sa nature contractuelle, la transaction se voit ainsi reconnaître la portée d'un jugement lui donnant alors un caractère hybride, sorte d'« *équivalent juridictionnel*⁶⁴⁹ ». La dualité de ses effets juridiques permet de donner au contrat de transaction un véritable effet extinctif au conflit opposant les parties (A). Toutefois, l'étendue du bénéfice de ses effets ne permet pas une assimilation complète au jugement ; la transaction reste avant tout une convention privée. Dans le but de favoriser les modes alternatifs de règlement des conflits, les pouvoirs publics, par le décret du 28 décembre 1998⁶⁵⁰, ont introduit au sein du Nouveau code de procédure civile l'article 1441-4, qui permet de solliciter auprès du Président du Tribunal de grande instance l'apposition de la formule exécutoire à la transaction (B).

A. L'effet extinctif de la transaction.

⁶⁴⁹ Cadiet L., Jeuland E., *Droit judiciaire privé*, Litec, 5^{ème} éd., 2006, p 315, n°552.

⁶⁵⁰ JO 30 décembre 1998 ; JCP éd. G 1999 III 20014.

392. La rédaction de l'article 2052 du Code civil est malencontreuse, car elle tend à laisser croire qu'il existe une équivalence entre la transaction et le jugement. La transaction reste une convention privée et ne bénéficie pas des attributs spécifiques des jugements comme la force probante ou encore l'hypothèque judiciaire.

En réalité, il faut comprendre à la lecture de cet article que la transaction a une autorité particulière en raison de sa finalité qui consiste à éteindre un conflit ou un litige⁶⁵¹. Ainsi, l'article 2052 du Code civil met tout particulièrement en relief l'effet extinctif attaché à cette convention⁶⁵², en lui reconnaissant à la fois des effets contractuels et processuels.

La transaction est un contrat régi par les dispositions du Code civil qui a force obligatoire entre les parties. Ces dernières se sont effectivement obligées à respecter les engagements pris dans le cadre de cet accord. Elles ont pu ainsi créer soit des obligations de faire ou de ne pas faire, comme opérer un désistement d'instance, mettre fin à une pratique restrictive de concurrence, restituer un bien..., soit des obligations de donner, une somme d'argent, de transférer la propriété d'un bien... ou encore de renoncer à certaines prétentions. Les parties sont libres de déterminer le contenu de leur engagement à condition de démontrer l'existence de concessions réciproques.

Enfin, la transaction entraîne un effet processuel non négligeable, qui constitue un élément logique de ce contrat. Par leur accord, les parties renoncent à leur droit d'action portant sur l'objet litigieux. En mettant fin à leur différend, elles éteignent nécessairement le droit d'action correspondant. *« C'est parce qu'ils éliminent tous deux une situation litigieuse que la transaction et le jugement peuvent et doivent être rapprochés : tous deux, en effet, interdisent au juge de connaître à nouveau du conflit d'intérêt auquel ils ont donné une solution ; lorsqu'une contestation a été tranchée par l'un de ces actes, la solution qui résulte de ces*

⁶⁵¹ Sur cette question des rapports entre la transaction et la notion d'autorité de la chose jugée, Voir les très intéressants développements de Boillot Ch., *La transaction et le juge, Thèse précitée*, p 55, n°74 s.

⁶⁵² Boillot Ch., *La transaction et le juge, Thèse précitée*, p 100, n°173 s.

derniers ne saurait être remise en question car l'extinction du droit d'action des parties rend tout nouveau litige impossible à ce sujet⁶⁵³ ».

393. L'autorité attachée à la transaction et la renonciation des parties à leur droit d'action les empêche de saisir le juge pour une même identité d'objet et de cause⁶⁵⁴. En d'autres termes, leur action sera déclarée irrecevable faute de disposer du droit d'agir en justice. La transaction conclue entraîne ainsi le prononcé d'une fin de non-recevoir, l'*exceptio litis finitae per transactionem*.

Toute action en justice n'est cependant pas interdite. La transaction demeure une convention privée, ainsi l'une des parties pourra la contester au moyen des actions ouvertes par le Code civil. Il lui sera possible de saisir le juge afin de critiquer la validité ou la qualification du contrat de transaction mais aussi de faire constater l'inexécution de celle-ci.

Le contrat de transaction, par son effet extinctif, constitue une technique contractuelle particulièrement bien adaptée pour constater un accord entre des parties en conflit. En outre, les pouvoirs publics ont récemment pris conscience de l'intérêt que pouvait représenter la transaction pour le règlement amiable des conflits en permettant aux parties de saisir le Président du tribunal de grande instance en vue de lui délivrer la formule exécutoire.

B. L'intervention du juge en vue de donner force exécutoire à la transaction.

⁶⁵³ Boyer L., *La notion de transaction. Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, Sirey, 1947, p 468.

⁶⁵⁴ Ass. Plé., 7 juillet 2006, D 2006 p 2135 note Weiller L. La Cour de cassation adopte dans cet arrêt une nouvelle vision des critères de l'autorité de la chose jugée et notamment de la notion de cause.

394. Issue des propositions du rapport⁶⁵⁵ Coulon, l'introduction de l'article 1441-4 dans le Nouveau code de procédure civile a été présentée par les pouvoirs publics comme un moyen de favoriser le règlement amiable des conflits. Pourtant, il semble qu'aujourd'hui l'objectif soit en partie manqué en raison de la rédaction très elliptique dudit article (1). Il entraîne un certain nombre d'interrogations de la part des praticiens et de la doctrine, laissant ainsi planer des incertitudes quant à son application concrète (2).

1. L'objectif manqué des pouvoirs publics.

395. L'article 1441-4 du NCPC énonce que « *le Président du tribunal de grande instance, saisi sur requête par une partie à la transaction, confère force exécutoire à l'acte qui lui est présenté* ».

L'objectif de cet article est de renforcer l'efficacité juridique de la transaction conclue entre les parties, s'inscrivant ainsi davantage dans un mouvement de rapprochement entre le jugement et la transaction⁶⁵⁶.

Cet article permet aussi à la partie qui saisit le juge, de bénéficier des effets de la force exécutoire attachés à n'importe quel acte authentique. La partie saisissante pourra ainsi recourir au juge de l'exécution lors de la survenance d'une difficulté d'exécution.

⁶⁵⁵ Coulon J.-M., *Réflexions et propositions sur la procédure civile*, La Documentation française, 1997, p 60 s.

⁶⁵⁶ Voir notamment la modification de l'article 3 de la loi du 9 juillet 1991 : « *Seuls constituent des titres exécutoires : 1° Les décisions des juridictions de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif ainsi que les transactions soumises au président du tribunal de grande instance lorsqu'elles ont force exécutoire (...)* ».

396. L'article 1441-4 a très certainement pour champ d'application les transactions conclues hors la présence du juge et de toute procédure⁶⁵⁷. Aucun risque de conflit n'existe avec les dispositions relatives aux transactions conclues dans le cadre d'une instance⁶⁵⁸.

En effet, les transactions judiciaires peuvent recevoir force exécutoire soit par un jugement d'homologation si l'accord est issu d'une médiation judiciaire⁶⁵⁹, soit d'un procès verbal de conciliation dans l'hypothèse d'une conciliation judiciaire⁶⁶⁰ ou encore dans le cadre de l'article 384 du NCPC qui permet au juge de donner force exécutoire à l'acte, constatant l'accord des parties conclu au cours d'une instance en ou hors sa présence. Reste enfin la possibilité pour les parties, lors d'une instance, de simuler leur désaccord en accordant leurs conclusions afin que le juge rende un jugement convenu ou dit d'expédient⁶⁶¹, véritable décision juridictionnelle.

⁶⁵⁷ Croze H., Fradin O., *Transaction et force exécutoire*, in *La transaction dans toutes ses dimensions*, sous la direction de Mallet-Bricout B., Nourissat C., Dalloz, 2006, p 95 ; Héron J., *Réflexions sur le décret n°98-1231 du 28 décembre 1998 modifiant le code de l'organisation judiciaire et le nouveau code de procédure civile*, RGDP 1999 p 65, spé p 73 ; Jarrosson Ch., *Modes alternatifs de règlement des conflits*, RGDP 1999 p 133, spé p 135 ; Perrot R., *L'homologation des transactions (NCPC, article 1441-4)*, Procédures Août – septembre 1999 Chron. 10, p 3, spé p 4, n°3 ; V. également CA Paris, 22 septembre 1999, Procédures mai 2000 n°119 obs. Perrot R.

⁶⁵⁸ Boillot Ch., *La transaction et le juge*, Thèse précitée, p 602, n°1211 s.

⁶⁵⁹ Article 131-12 du NCPC.

⁶⁶⁰ Article 129 à 131 du NCPC.

⁶⁶¹ Guinchard S., Ferrand F., *Procédure civile*, Dalloz, 28^{ème} éd., 2007, p 241, n°209.

397. L'interprète devrait ainsi se réjouir de l'arrivée d'une telle disposition dans le Nouveau code de procédure civile, car il renforce l'autorité des transactions extrajudiciaires et l'intérêt du recours au règlement amiable.

En outre, les dispositions du Code précité sont en conformité avec les évolutions récentes de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui fait du droit à l'exécution d'une décision de justice⁶⁶² et d'un accord de conciliation conclu devant un juge judiciaire⁶⁶³ une exigence du droit à un procès équitable.

Pourtant, l'article 1441-4 du NCPC suscite un certain malaise tant sur le plan psychologique que sur le plan juridique.

398. D'un point de vue psychologique, il est pour le moins paradoxal de permettre à une seule des parties de demander l'octroi de la force exécutoire au juge sans permettre à son contractant de s'exprimer. Cette manière de procéder est étonnante car les parties viennent juste de s'entendre sur tout ou partie de leur conflit et, pour renforcer l'autorité de leur accord « *on leur offre la possibilité de faire bande à part pour se concocter en catimini une petite formule exécutoire de précaution*⁶⁶⁴ ». On crée ainsi un sentiment de malaise mais aussi de suspicion qui, dans un certain sens, pourrait fragiliser l'accord intervenu. Comment effectivement ne pas s'interroger sur les motivations d'une démarche unilatérale après la réussite du processus de médiation ? On sent que l'objectif recherché par les pouvoirs publics est louable mais la démarche pour y aboutir crée un climat de méfiance qui risque d'engendrer un nouveau conflit portant sur la validité même de la transaction ; on pourrait alors s'interroger sur la réalité et la sincérité du consentement émis.

⁶⁶² CEDH, 19 mars 1997, *Hornsby c/ Grèce*, D 1998 p 74 note Fricero N., JCP éd. G 1997 II 22949 note Dugrid M., Sudre F., RTD Civ. 1997 p 1009 obs. Marguénaud J.-P.

⁶⁶³ CEDH, 28 octobre 1998, *Pérez de Rada Cavamilles c/ Espagne*, JCP éd. G 1999 I 105 n°105 obs. Sudre F.

⁶⁶⁴ Perrot R., *L'homologation des transactions (NCPC, article 1441-4)*, art. préc, spé p 4, n°2.

399. L'article 1441-4 du NCPC énonce que « *le président du tribunal de grande instance, saisi sur requête par une partie à la transaction, confère force exécutoire (...)* ». C'est à partir de ces quelques mots que l'on doit esquisser la nature juridique de l'intervention du Président du tribunal de grande instance. Et c'est à ce propos que se situe une véritable difficulté d'un point de vue juridique. La recherche de cette nature juridique est loin d'être académique puisqu'elle en conditionne le régime⁶⁶⁵. En d'autres termes, cette étude est indispensable en vue de déterminer par la suite les critères de compétence matérielle et territoriale, l'existence d'un contrôle de l'acte par le juge et l'ouverture de voies de recours à l'égard de la décision prise.

400. En premier lieu, il est possible d'exclure un quelconque parallèle avec la procédure contentieuse⁶⁶⁶, puisque le juge intervient en dehors de toute activité juridictionnelle. Il ne dit pas le droit et ne tranche aucun litige, puisqu'il est d'ores et déjà réglé par la conclusion de la transaction. Le juge n'intervient qu'au titre de son *imperium*. La Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 26 juin 2003 a récemment confirmé cette proposition, puisqu'elle retient que : « (...) *donner force exécutoire à l'acte [en l'espèce une transaction], qui ne peut que relever de l'imperium du juge étatique, est indépendant des difficultés d'exécution du même acte, lesquelles difficultés se règlent, soit par la saisine du juge étatique, soit par le recours à l'arbitrage*⁶⁶⁷ ».

⁶⁶⁵ Jarrosson Ch., *Modes alternatifs de règlement des conflits*, art. préc, spé p 136 s.

⁶⁶⁶ *Contra* Taormina G., *Brèves remarques sur quelques difficultés pratiques rencontrées dans le cadre de la procédure d'exequatur des transactions de l'article 1441-4 NCPC*, D 2002 p 2353.

⁶⁶⁷ CA Paris, 26 septembre 2003, D 2004 p 1042 note Kenfack H.

401. Le rejet de tout parallèle avec la procédure contentieuse amène, en second lieu, à s'interroger sur un éventuel rapprochement avec la procédure gracieuse, à l'instar de la médiation judiciaire⁶⁶⁸ qui, en son article 131-12 du NCPC impose d'y recourir. Cette référence, malencontreuse, à la procédure gracieuse a été vertement critiquée⁶⁶⁹. En effet, la procédure gracieuse⁶⁷⁰, définie à l'article 25 du NCPC, est avant tout une activité de nature juridictionnelle imposée par la loi pour assurer la perfection et la reconnaissance juridique d'un acte par l'autorité publique⁶⁷¹. Elle suppose de la part du juge un véritable contrôle de l'acte soumis tant sur le plan de la légalité que sur son opportunité. La procédure gracieuse est destinée à permettre la sauvegarde de certains intérêts jugés prioritaires ou de vérifier l'équilibre de la convention. En outre, l'intervention du juge est indispensable à la perfection de l'acte, en son absence l'acte ne pourra développer aucun effet juridique.

On comprend alors la perplexité d'une majorité d'auteurs à l'égard de cette référence à la procédure gracieuse pour l'homologation de l'accord des parties à la suite d'une médiation judiciaire. En effet, ces dernières ne sont pas obligées de recourir à l'homologation, il s'agit d'une faculté et, en son absence l'acte pourra exister et se réaliser juridiquement⁶⁷².

⁶⁶⁸ Article 131-12 du NCPC : « *Le juge homologue à la demande des parties l'accord qu'elles lui soumettent. L'homologation relève de la matière gracieuse* ».

⁶⁶⁹ Sur l'ensemble de ces critiques et les nombreuses références citées V. Joly-Hurard J., *Conciliation et médiation judiciaires*, PUAM, 2003, préface Guinchard S., p 417, n°664 s.

⁶⁷⁰ Article 25 du NCPC : « *Le juge statue en matière gracieuse lorsqu'en l'absence de litige il est saisi d'une demande dont la loi exige, en raison de la nature de l'affaire ou de la qualité du requérant, qu'elle soit soumise à son contrôle* ».

⁶⁷¹ Hugon Ch., *Existe-t-il un droit commun de l'homologation judiciaire ?*, PA 11 décembre 2003 p 4, spé p 4.

⁶⁷² Nougein H.-J., Reinhard Y., Ancel P., Rivier M.-C., Boyer A., Genin Ph., *Guide pratique de l'arbitrage et de la médiation commerciale*, op. cit, p 165, n°276.

Cette justification se vérifie aussi dans le cadre de la procédure de l'article 1441-4 du NCPC, puisque les parties disposent de cette même faculté d'apposer la force exécutoire sur leur transaction. A défaut, la transaction s'exécutera selon les règles du Code civil ; l'intervention du Président du tribunal de grande instance n'est aucunement nécessaire à la perfection de celle-ci.

402. Face à cette difficulté à déterminer la nature de cette procédure, une partie de la doctrine a suggéré de voir dans la décision du Président du tribunal de grande instance un « *acte judiciaire non juridictionnel*⁶⁷³ ». En n'exerçant pas de *jurisdictio*, le juge ne rend effectivement aucune décision juridictionnelle ; il ne fait qu'enregistrer la volonté des parties en conférant à la transaction force exécutoire. En d'autres termes, il constate l'accord survenu entre les parties en dehors de toute instance. Il authentifie l'acte sans toutefois délivrer un brevet de validité. L'acte judiciaire non juridictionnel tire ainsi son autorité de la seule volonté des parties à la transaction ; elle ne modifie donc pas la nature contractuelle de la transaction.

Cette proposition de voir dans la décision du Président du tribunal de grande instance un acte judiciaire non juridictionnel est sans doute la qualification la plus en adéquation avec l'objectif recherché par les pouvoirs publics. Pourtant, elle n'est pas pleinement convaincante, car elle ne permet aucun recours contre la décision même du Président du tribunal de grande instance. En conservant sa nature contractuelle, les voies de recours ordinaires lui sont donc fermées au profit de celles décrites dans le Code civil⁶⁷⁴. Les rares décisions⁶⁷⁵ relatives à

⁶⁷³ Vincent J., Guinchard S., *Procédure civile*, Dalloz, 27^{ème} éd., 2003, p 255, n°200 s. ; Joly-Hurard J., *Conciliation et médiation judiciaires*, Thèse précitée, p 433, n°684 s. ; Racine J.-B., *Les incertitudes de la transaction dite « homologuée » (à propos de l'article 1441-4 du Nouveau Code de procédure civile)*, in *Les Modes de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice*, sous la direction de Chevalier P., Desdevises Y., Milburn Ph., La Documentation française, 2003, p 151, spé p 156 s. ; Jarrosson Ch., *Modes alternatifs de règlement des conflits*, art. préc, spé p 138.

⁶⁷⁴ Vincent J., Guinchard S., *Procédure civile*, op. cit, p 257, n°200.

l'article 1441-4 du NCPC reconnaissent implicitement que cette qualification est satisfaisante, tout en refusant d'appliquer son régime juridique et notamment quant à l'absence logique de recours à l'égard de la décision accordant ou non force exécutoire à la transaction. Les juges ont effectivement admis soit la recevabilité d'un appel ordinaire, soit l'exercice d'un référé rétractation, montrant ainsi leur attachement à une certaine égalité entre les parties au cours d'une procédure judiciaire. Ils s'efforcent de redonner à la procédure initiée sur le fondement de l'article 1441-4 du NCPC un aspect contradictoire, se conformant ainsi à l'article 14 du NCPC.

403. Le caractère insatisfaisant de ces différentes propositions invite à étudier une dernière hypothèse. En effet, l'article 1441-4 du NCPC laisse supposer par sa rédaction que le juge rendrait une ordonnance sur requête. Une telle ordonnance est définie à l'article 493 du NCPC comme « *une décision provisoire rendue non contradictoirement dans les cas où le requérant est fondé à ne pas appeler de partie adverse* ».

A l'appui de cet argument, on pouvait citer une ordonnance du juge de l'exécution du TGI de Paris en date du 20 mars 2000⁶⁷⁶, qui semblait prudemment aller dans le sens d'un rapprochement entre l'article 1441-4 et l'ordonnance sur requête. Il retient que « *la nature et le régime de l'ordonnance du président du Tribunal de grande instance de Paris donnant force exécutoire à une transaction ne sont nullement précisés dans ce texte (...), il s'agit donc d'une sorte d'exequatur obtenue sur requête et à supposer qu'elle soit exécutoire sur minute comme toutes les ordonnances sur requête (...), son régime doit au minimum suivre celui desdites ordonnances sur requête (...)* ». La lecture de cette décision démontre cependant la perplexité du juge face à cet article et un certain manque de conviction dans l'application du régime juridique des ordonnances sur requête.

⁶⁷⁵ CA Paris, 26 septembre 2003, *note précitée* ; CA Versailles, 18 juin 2003, *note précitée* ; TGI Paris (JEX), 20 mars 2000, *observations précitées*.

⁶⁷⁶ TGI Paris (JEX), 20 mars 2000, Procédures juin 2000 n°145.

404. Cette difficulté à qualifier correctement la procédure prévue à l'article 1441-4 du NCPC vient de faire l'objet d'une prise de position récente par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation.

La Cour, dans un arrêt en date du 24 mai 2007, avait à se prononcer sur les voies de recours ouvertes à la partie contestant l'apposition de la formule exécutoire sur la transaction conclue. La Cour de cassation prend sur cette question une véritable position de principe et énonce que : « (...) l'ordonnance rendue en application de l'article 1441-4 du nouveau code de procédure civile est une ordonnance sur requête au sens de l'article 812, alinéa 1^{er}, soumise aux recours prévus par l'article 496 du même code⁶⁷⁷ ». En conséquence, l'ordonnance du Président du tribunal de grande instance est une ordonnance sur requête suivant les dispositions du Nouveau Code de procédure civile s'y appliquant. La généralité de la solution de la Cour de cassation laisse supposer que le débat sur la nature de la procédure de l'article précité est désormais clos.

405. Toutefois, deux raisons essentielles réfutent un tel parallèle⁶⁷⁸. La première tient à l'absence de caractère provisoire de la décision du Président du tribunal de grande instance ; l'apposition de la formule exécutoire sur le contrat de transaction n'a pas pour but d'être temporaire, elle a au contraire un caractère définitif et ce, pour permettre éventuellement l'usage des voies d'exécution. La seconde tient à la nature de la procédure sur requête dont le but est de surprendre son adversaire, justifiant ainsi l'absence d'application du principe du contradictoire. Rien de tel dans la procédure prévue à l'article 1441-4, puisque la transaction

⁶⁷⁷ Civ. 2^{ème}, 24 mai 2007, Pourvoi n°06-11259 (à paraître au Bulletin).

⁶⁷⁸ TGI Nanterre (JEX), cité par Merveille A., Thominette R., note sous CA Versailles, 18 juin 2003, D 2004 p 1332, spé p 1333 : le Président du TGI de Nanterre a considéré que sa décision ne constituait pas une ordonnance au sens de l'article 493 du NCPC au motif qu'il ne lui était « pas demandé d'ordonner une mesure urgente au regard des circonstances exigeant qu'elle ne soit pas prise contradictoirement ».

est issue d'un accord mutuel. L'article 1441-4 du NCPC n'a aucunement vocation à créer un effet de surprise auprès du défendeur « virtuel ».

En dépit de ces critiques, la Cour de cassation a décidé que le régime des ordonnances sur requête devait s'appliquer à la procédure prévue par l'article 1441-4 du NCPC. Il semble qu'il faille non pas rechercher la raison de cette décision dans les termes de l'article 1441-4, mais davantage dans le mutisme de celui-ci. Il est effectivement possible de suggérer que la faiblesse de l'article 1441-4 réside dans son silence sur la possibilité de contester la décision du Président du tribunal de grande instance. Ainsi, la préférence a été donnée à l'application d'un régime connu et pourvu de voies de recours plutôt que laisser l'autre partie dans l'ignorance d'un moyen de contestation.

406. La question de la nature de l'intervention du Président du tribunal de grande instance remet en réalité en lumière un débat jamais clos : celui de la notion d'acte juridictionnel, de la délicate distinction entre la matière gracieuse et contentieuse et de la nature des ordonnances sur requête. Sans entrer dans un tel débat qui dépasserait nécessairement le cadre de cette étude, il convient de prendre acte de la position de la Cour de cassation dans son arrêt du 24 mai 2007 et de son inclination en faveur de l'application du régime des ordonnances sur requête.

En conséquence, la position de la Cour de cassation, même contestable, permet aujourd'hui de répondre aux attentes et interrogations des praticiens et ainsi d'appréhender les difficultés d'application pratique dudit article.

2. Les incertitudes dans l'application de l'article 1441-4 du NCPC.

407. Se poser la question de l'application pratique de l'article 1441-4 du NCPC sans connaître la nature juridique de l'intervention du Président du tribunal de grande instance,

c'est tenter de construire un régime juridique cohérent⁶⁷⁹ en prenant soin de préciser les modalités de mise en œuvre ainsi que les pouvoirs du juge.

Il est effectivement possible de s'interroger sur les critères de répartition de la compétence du juge (a), la présence ou non d'un avocat (b), l'étendue du contrôle du juge sur la transaction (c), l'ouverture des voies de recours (d) et enfin mettre en lumière les conséquences de la formule exécutoire (e).

a. Les critères de répartition de compétence.

408. Pour la majorité des auteurs⁶⁸⁰, le Président du tribunal de grande instance dispose d'une compétence exclusive pour apposer la formule exécutoire sur une transaction.

409. L'activité du Président du tribunal de grande instance appartient au domaine de l'*imperium*. Il convient ainsi de bien distinguer la compétence liée à l'article 1441-4 du NCPC du contentieux lié à l'exécution forcée ainsi qu'au fond.

En conséquence, le Président du tribunal de grande instance conserve sa compétence exclusive qu'il tient de l'article 1441-4 du NCPC. Le contentieux lié à l'exécution de la transaction relève alors de la compétence du juge de l'exécution. Quant aux questions relatives au fond, il convient d'appliquer les règles classiques de compétence décrites dans le Code de procédure civile.

⁶⁷⁹ En ce sens, Boillot Ch., *La transaction et le juge*, Thèse précitée, p 606, n°1220.

⁶⁸⁰ Cadiet L., *Chronique de droit judiciaire privé*, JCP éd. G 1999 I 130, spé n°18 ; Jarrosson Ch., *Modes alternatifs de règlement des conflits*, art préc, spé p 139 ; Racine J.-B., *Les incertitudes de la transaction dite « homologuée » (à propos de l'article 1441-4 du Nouveau Code de procédure civile)*, op. cit, spé p 154 ; Kenfack H., note sous CA Paris, 26 septembre 2003, D 2004 p 1042, spé p 1043, n°3.

410. La présence d'une clause compromissoire dans la transaction autorise-t-elle l'arbitre à apposer la formule exécutoire ? Privé de tout *imperium*, l'arbitre ne peut en aucune circonstance conférer force exécutoire à ladite transaction.

C'est ce qu'a rappelé la Cour d'appel de Paris dans un arrêt en date du 26 septembre 2003 : « *donner force exécutoire à l'acte, qui ne peut relever que de l'imperium du juge étatique, est indépendant des difficultés d'exécution du même acte, lesquelles se réglant, soit par la saisine du juge de l'exécution, soit comme en l'espèce, par le recours à l'arbitrage*⁶⁸¹ ».

En conséquence, en présence d'une clause compromissoire, le Président du tribunal de grande instance est seul compétent pour accorder force exécutoire à la transaction conclue. Pour le reste, l'arbitre est compétent, dans la limite des pouvoirs conférés par la clause compromissoire, pour régler le litige portant sur des questions de validité, d'exécution ou d'interprétation de la transaction.

411. Quant à la compétence territoriale, l'article 1441-4 du NCPC ne nous livre aucune information. Doit-on supposer que le demandeur peut se livrer à un « *forum shopping*⁶⁸² » lui laissant ainsi la possibilité de choisir n'importe quel Président de tribunal de grande instance.

En raison du mutisme de l'article 1441-4 du NCPC, il apparaît alors nécessaire de se reporter aux principes généraux de la procédure civile et ainsi d'appliquer les règles classiques de compétence territoriale prévues au sein du Nouveau Code de procédure civile. Le recours aux principes généraux de compétence aurait effectivement été une solution empreinte de logique et aurait ainsi amené à retenir la compétence du Président du tribunal de grande

⁶⁸¹ CA Paris, 26 septembre 2003, D 2004 p 1042 Note Kenfack H.

⁶⁸² Jarrosson Ch., *Modes alternatifs de règlement des conflits*, art. préc, spé p 140.

instance en fonction soit du lieu du domicile du défendeur « virtuel⁶⁸³ » selon l'article 42 du NCPC soit du lieu d'exécution des obligations issues du contrat de transaction⁶⁸⁴ au regard de l'article 46 du NCPC⁶⁸⁵ .

412. Pour autant, la récente position prise par la Cour de cassation, dans son arrêt⁶⁸⁶ du 24 mai 2007, en faveur du choix pour la procédure sur requête amène à s'intéresser aux critères de compétence applicables à celle-ci.

Sur ce point, il est curieux de constater que le « *nouveau code de procédure civile, qui a minutieusement réglementé la procédure des requêtes (art. 493 à 498), a totalement fait l'impasse sur une question aussi importante que la détermination du juge territorialement compétent en cette matière*⁶⁸⁷ ». Lacune désormais comblée par un arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, qui retient que : « (...) *sauf disposition légale contraire, le juge territorialement compétent pour rendre une ordonnance sur requête est le Président de la juridiction saisie au fond ou celui du tribunal du lieu où la mesure demandée*

⁶⁸³ Guinchard S., *Mégacode Nouveau Code de procédure civile*, Dalloz, 2001, sous article 1441-4, spé n°004.

⁶⁸⁴ Cadiet L., *Chronique de droit judiciaire privé*, art. préc, spé n°18.

⁶⁸⁵ CA Aix-en-Provence, 24 février 2005, D 2005 p 3068 note Weiller L. : « *la compétence territoriale de la juridiction chargée (...), en application de l'article 1441-4 NCPC, de donner force exécutoire à une transaction, doit s'apprécier, faute de dispositions spécifiques instituées par ce dernier texte, soit sur le fondement du droit commun résultant de l'article 42 du même code en considération du lieu où demeure le défendeur, soit au regard du lieu d'exécution forcée des obligations résultant de la transaction fondant la demande du requérant* ».

⁶⁸⁶ Civ. 2^{ème}, 24 mai 2007, Arrêt précité.

⁶⁸⁷ Perrot R., obs. sous Civ. 2^{ème}, 18 novembre 1992, RTD Civ. 1993 p 648, spé p 648.

*doit être exécutée*⁶⁸⁸ ». La règle posée par la Cour de cassation s'applique donc de manière résiduelle, puisqu'il convient de réserver l'hypothèse de dispositions légales contraires.

En l'occurrence, la procédure prévue par l'article 1441-4 du NCPC ne prévoit aucune disposition concernant la compétence territoriale offrant ainsi au demandeur une alternative : soit il existe un litige au fond pendant, dès lors la requête devra être présentée au même juge et ce, dans un souci de meilleure justice et de centralisation des demandes ; dans le cas contraire, le juge territorialement compétent, sera celui du lieu où la mesure doit être exécutée.

Dès lors, la partie souhaitant faire apposer la formule exécutoire sur la transaction récemment conclue devra préalablement résoudre cette alternative afin de déterminer le lieu où elle pourra mettre en œuvre la procédure de l'article 1441-4 du NCPC.

b. La présence de l'avocat.

413. La persistance d'un doute sur la réelle nature juridique de la procédure prévue à l'article 1441-4 du NCPC ne permettait pas de répondre avec certitude quant à la présence obligatoire ou non de l'avocat. Toutefois, il était possible de soulever un argument d'opportunité quant à sa présence.

Ce dernier aura effectivement très souvent participé au processus de médiation et à la rédaction du contrat de transaction⁶⁸⁹. Il est donc *a priori* la personne la mieux placée pour introduire et présenter une telle requête auprès du Président du tribunal de grande instance⁶⁹⁰.

⁶⁸⁸ Civ. 2^{ème}, 18 novembre 1992, Bull. Civ. II n°266, D 1993 p 91 note Chartier J.-Y., JCP éd. G 1993 I 3678 obs. Cadiet L., RTD Civ. 1993 p 648.

⁶⁸⁹ Supra n°383 s.

⁶⁹⁰ Jarrosson Ch., Modes alternatifs de règlement des conflits, art. préc, spé p 136 s.

Il convient en effet de ne pas marginaliser le rôle de l'avocat tout au long du processus de médiation⁶⁹¹.

414. L'arrêt du 24 mai 2007 de la Cour de cassation confirme la pertinence de la présence de l'avocat. Au regard de la solution adoptée par la Cour et de sa préférence pour la procédure sur requête, on peut désormais conclure à la présence obligatoire de l'avocat, puisque l'article 813 du NCPC retient que « *la requête doit être présentée par un avocat (...)* ».

c. L'étendue du contrôle à l'égard de la transaction.

415. « *Le Président du tribunal de grande instance, (...), confère force exécutoire à l'acte qui lui est présenté* ». L'utilisation du présent de l'indicatif dans cet article a suscité la perplexité d'une partie de la doctrine. Les pouvoirs publics ont-ils voulu retirer au juge tout pouvoir de contrôle et en cela le transformer en chambre d'enregistrement⁶⁹² ?

Il semble cependant difficilement admissible que le juge n'effectue aucun contrôle même léger sur la transaction qui lui est présentée⁶⁹³. L'apposition de la formule exécutoire entraîne

⁶⁹¹ A l'appui de ce raisonnement, on peut citer une ordonnance du TGI de Brest retenant que : « *en l'absence de disposition spéciale contraire au principe posé par l'article 813 du nouveau Code de procédure civile, la requête tendant à ce que la force exécutoire soit conférée à la transaction conclue entre un bailleur et son locataire doit être présentée par un avocat* » (TGI Brest, 6 août 2002, BICC 2002 n°564, n°1040).

⁶⁹² En ce sens, Héron J., *Réflexions sur le décret n°98-1231 du 28 décembre 1998 modifiant le Code de l'organisation judiciaire et le Nouveau Code de procédure civile, art. préc, spé p 74* : « (...) *hormis le cas de la fraude bien sûr, le président du tribunal de grande instance devrait apposer la formule exécutoire sur la transaction sans connaissance de cause* ». L'auteur justifie sa position par le temps employé dans l'article et le risque qu'il y aurait à alourdir cette procédure en cas de contrôle de la transaction par le juge.

⁶⁹³ Racine J.-B., *Les incertitudes de la transaction dite « homologuée » (à propos de l'article 1441-4 du Nouveau Code de procédure civile, op. cit, spé p 162 s. ; Jarrosson Ch., Modes*

des conséquences importantes, puisqu'en cas d'inexécution il sera possible pour le créancier de mettre en œuvre des mesures relevant des voies d'exécution. « *La force exécutoire est une prérogative grave qui ne se distribue pas comme une barre de chocolat dans une machine à sous*⁶⁹⁴ », comme le rappelle avec sévérité M. Perrot. Parce qu'elle a été conclue en dehors de la tutelle judiciaire, le juge ne peut apposer la formule exécutoire sans s'assurer qu'elle n'est pas atteinte de vices rédhibitoires.

La Cour d'appel de Versailles a récemment statué en ce sens puisqu'elle a retenu que « *l'ordonnance rendue sur requête par le président du tribunal de grande instance n'est pas un simple visa apposé automatiquement mais suppose un contrôle minimum du juge, au moins sur la nature de la convention qui lui est soumise et sur sa conformité apparente avec l'ordre public*⁶⁹⁵ ».

La légitimité d'un contrôle du juge sur la transaction ne semble guère faire de doute⁶⁹⁶, d'autant plus que la doctrine n'hésite pas à appuyer son propos en citant l'hypothèse de la

alternatifs de règlement des conflits, art. préc, spé p 139 ; Kenfack H., note sous CA Paris, 26 septembre 2003, D 2004 p 1042, spé p 1044, n°6 ; Merveille A., Thominet R., note sous CA Versailles, 18 juin 2003, D 2004 p 1332, spé p 1334 s.

⁶⁹⁴ Perrot R., *L'homologation des transactions (NCPC, article 1441-4)*, art. préc, spé p 4, n°4.

⁶⁹⁵ CA Versailles, 18 juin 2003, note précitée.

⁶⁹⁶ Faucher B., cité par Joly-Hurard J., *Conciliation et médiation judiciaires, Thèse précitée*, p 403, n°639 : « *Les parties auraient alors moins de garanties que si elles se présentaient devant un notaire puisque ce dernier, soumis à un devoir de conseil, engage sa responsabilité lorsqu'il donne force authentique à un acte sans avertir ses clients des éventuelles difficultés juridiques qui s'y rencontreraient* ».

procédure d'exequatur des sentences arbitrales⁶⁹⁷. Le rapport Coulon n'avait-il pas lui-même présenté la procédure de l'article 1441-4 du NCPC comme une sorte d'exequatur⁶⁹⁸ ?

416. La Cour d'appel de Versailles retient que le Président du tribunal de grande instance doit effectuer un contrôle en deux temps, d'une part vérifier s'il s'agit bien d'une véritable transaction, d'autre part s'assurer de sa conformité apparente à l'ordre public.

Le premier contrôle se présente ainsi comme un contrôle de la qualification de l'acte soumis au juge. En d'autres termes, ce dernier doit vérifier que les éléments constitutifs de la transaction sont présents dans l'acte conclu⁶⁹⁹. Il doit s'assurer que l'acte met définitivement fin à une contestation née ou à naître et qu'il comporte des concessions réciproques. Le juge n'effectue qu'un contrôle formel de la transaction ; il ne lui appartient pas d'apprécier par exemple la réalité et la consistance des concessions réciproques, cela relève d'une action au fond. Il est à noter que ce contrôle n'assure pas à son titulaire « *un brevet de qualification*⁷⁰⁰ », n'empêchant pas ainsi le défendeur virtuel d'agir pour contester la qualification de la transaction.

Le second contrôle porte sur la conformité de la transaction à l'ordre public (incluant de fait la fraude). La Cour d'appel de Versailles, dans son arrêt du 18 juin 2003, évoque l'idée d'une « *conformité apparente à l'ordre public* ». Cette solution semble difficile à comprendre. Pourquoi se contenter d'un contrôle seulement apparent, là où on demande au juge dans le cadre de l'exequatur d'une sentence arbitrale, un véritable contrôle de sa conformité à l'ordre public. Peut-être les juges d'appel ont-ils voulu respecter la souplesse de la procédure

⁶⁹⁷ Pour les sentences internes : article 1488 du NCPC et pour les sentences internationales : article 1502 du NCPC.

⁶⁹⁸ Coulon J.-M., *Réflexions et propositions sur la procédure civile*, op. cit, spé p 60 s.

⁶⁹⁹ *Supra* n°384 s.

⁷⁰⁰ Jarrosson Ch., *Modes alternatifs de règlement des conflits*, art. préc, spé p 139.

instituée par l'article 1441-4 du NCPC en n'alourdissant pas à l'excès le travail du juge. Il apparaît en effet que la Cour d'appel ait voulu insister sur le caractère formel du contrôle opéré par le juge, se limitant aux illégalités les plus flagrantes⁷⁰¹. Il doit avant tout refuser la formule exécutoire à des transactions qui violeraient des principes essentiels et fondamentaux du droit.

En conséquence, si au cours de l'exercice de son contrôle de la transaction, le juge décèle une violation de l'ordre public ou encore l'absence de l'un des éléments constitutifs du contrat de transaction, il devra rejeter la demande de délivrance de la formule exécutoire. Le juge dispose donc d'un pouvoir d'appréciation lui permettant d'accorder ou non force exécutoire à la transaction qui lui est soumise.

d. L'ouverture des voies de recours.

417. La décision du Président du tribunal de grande instance accordant ou non force exécutoire à la transaction, est-elle susceptible de contestation de la part tant du demandeur que du défendeur virtuel ?

Apporter une réponse à cette interrogation nécessiterait au préalable de déterminer la nature juridique de l'intervention du Président du tribunal de grande instance. La Cour de cassation, dans son arrêt précité⁷⁰² du 24 mai 2007, a clairement déterminé quelle est la marche à suivre en cas de contestation de la décision du Président du tribunal de grande instance statuant selon la procédure de l'article 1441-4 du NCPC. Toutefois, la critique adressée à l'égard de la solution retenue par la Cour de cassation amène à proposer un régime différent quant à l'exercice des voies de recours.

** Les voies de recours propres à la procédure sur requête.*

⁷⁰¹ Boillot Ch., *La transaction et le juge, Thèse précitée*, p 608, n°1227 s.

⁷⁰² Civ. 2^{ème}, 24 mai 2007, Pourvoi n°06-11259 (à paraître au Bulletin).

418. La position de la Cour de cassation, dans son arrêt précité, avait été suggérée par différentes décisions des Cours d'appel de Versailles et d'Aix-en-Provence qui avaient toutes deux admis l'application des voies de recours propres à la procédure d'ordonnance sur requête prévues aux articles 496 et suivants du NCPC.

En effet, la Cour d'appel de Versailles dans son arrêt⁷⁰³ du 18 juin 2003, a autorisé la recevabilité d'un référé rétractation à l'encontre de l'ordonnance du Président du TGI de Nanterre statuant selon la procédure de l'article 1441-4 du NCPC.

Dans le même sens, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence a retenu la recevabilité d'un référé rétractation⁷⁰⁴ mais a justifié sa solution sur le fondement de l'article 17 du NCPC qui énonce que : « *lorsque la loi permet ou la nécessité commande qu'une mesure soit ordonnée à l'insu d'une partie, celle-ci dispose d'un recours approprié contre la décision qui lui fait grief* ».

Le recours à ce principe directeur de la procédure civile démontre à quel point l'article 1441-4 du NCPC est lacunaire et souligne le souci des juges de ne pas laisser l'une des parties privée de la possibilité de faire valoir ses observations.

419. Désormais, l'arrêt de la Cour de cassation clarifie ces incertitudes et prend clairement position en faveur de l'application des dispositions relatives à la procédure d'ordonnance sur requête. La Cour énonce en effet que : « *l'ordonnance rendue en application de l'article 1441-4 du nouveau code de procédure civile est (...) soumise aux recours prévus par l'article 496 du même code*⁷⁰⁵ ».

Dès lors et conformément à la lettre de l'article 496 du NCPC, une distinction doit être faite dans l'exercice des voies de recours selon que le Président du tribunal de grande instance a ou non fait droit à la requête du demandeur.

⁷⁰³ CA Versailles, 18 juin 2003, *note précitée*.

⁷⁰⁴ CA Aix-en-Provence, 24 février 2005, *note précitée*.

⁷⁰⁵ Civ. 2^{ème}, 24 mai 2007, *Arrêt précité*.

S'il a apposé la formule exécutoire sur le contrat de transaction, alors « *tout intéressé peut en référer au juge qui a rendu l'ordonnance*⁷⁰⁶ ». Le passage par la procédure des référés joue ici le rôle de voie de recours et permet de rétablir le contradictoire selon les termes de l'article 17 du NCPC. Toutefois, ce recours à des fins de modification ou de rétractation n'obéit pas aux règles propres de la procédure des référés, puisque la condition d'urgence ou d'absence de contestation n'est pas requise⁷⁰⁷. Dans le cadre de la procédure de l'article 1441-4 du NCPC, seule la rétractation pourra être demandée, comme le rappelle la Cour de cassation dans son arrêt du 24 mai 2007, puisque la demande du requérant ne visera qu'à exiger le retrait de la formule exécutoire et non à sa modification.

A l'inverse, si le Président du tribunal de grande instance n'a pas fait droit à la demande du requérant, alors un appel pourra être interjeté selon les termes de l'alinéa 1^{er} de l'article 496 du NCPC. Le délai d'appel est de quinze jours et il devra être formé, instruit et jugé comme en matière gracieuse.

* *Proposition contra legem dans l'exercice des voies de recours.*

420. La difficulté à suivre la Cour de cassation dans son choix en faveur de la procédure d'ordonnance sur requête⁷⁰⁸ oblige à présenter de manière *contra legem* une proposition pour l'exercice de voies de recours dans le cadre de la procédure prévue à l'article 1441-4 du NCPC. Toute la difficulté consiste alors à élaborer un régime cohérent et en adéquation avec l'objectif de souplesse et de rapidité affiché par l'article 1441-4 du NCPC.

⁷⁰⁶ Article 496, alinéa 2^{ème}, du NCPC.

⁷⁰⁷ Cadiet L., Jeuland E., *Droit judiciaire privé*, Litec, 5^{ème} éd., 2006, p 419, n°648 ; Cornu G., Foyer J., *Procédure civile*, Puf, 3^{ème} éd., 1996, 733, n°188.

⁷⁰⁸ Pour les réserves émises à l'égard de la position de la Cour de cassation dans le cadre de l'arrêt de sa deuxième chambre civile du 24 mai 2007, V. n°405.

Les rares arrêts rendus à propos de l'article 1441-4 du NCPC se rejoignent tous sur un point : celui d'insister sur la possibilité et la nécessité d'un recours contre la décision du Président du tribunal de grande instance, peu important de qui il peut émaner. Chacune des parties peut effectivement avoir un intérêt à contester la décision du juge, en raison notamment de l'unilatéralité de cette procédure.

421. La construction d'un régime cohérent de voies de recours passe sans doute par un nouveau parallèle avec le régime des ordonnances d'exequatur des sentences arbitrales. Certes, une transaction ne peut être assimilée à une sentence arbitrale, mais le rapprochement provient de cette étrange similitude dans la finalité de ces deux procédures. Dans ces deux hypothèses, s'agissant pour le juge de conférer force exécutoire à une transaction et à une sentence arbitrale, dès lors pourquoi ne pas transposer le régime de l'ordonnance d'exequatur à celui de l'article 1441-4 du NCPC ?

Cette inclination en faveur de ce raisonnement tient aussi au caractère équilibré des voies de recours ouvertes à l'encontre de l'ordonnance d'exequatur. Il existe effectivement un équilibre entre la volonté d'obtenir une décision rapidement et le souci de préserver les droits de la partie non représentée à la procédure.

En l'occurrence, l'article 1488 du NCPC retient que l'ordonnance qui accorde l'exequatur n'a pas à être motivée et n'est susceptible d'aucun recours. Toutefois, l'exercice de l'appel ou du recours en annulation entraînera une remise en cause de l'exequatur si la sentence venait à être annulée. A l'inverse, le refus d'accorder l'exequatur doit être motivé et selon l'article 1489 du Code précité, la Cour d'appel pourra alors connaître des moyens qui auraient pu être utilisés dans le cadre d'un appel ou d'un recours en annulation.

422. Par analogie, on pourrait ainsi suggérer pour la contestation de la décision du Président du tribunal de grande instance le régime suivant⁷⁰⁹ :

⁷⁰⁹ En ce sens, Boillot Ch., *La transaction et le juge*, Thèse précitée, p 609, n°1231 s.

A titre liminaire, il convient de rappeler que l'intervention du juge ne modifie pas la nature de la transaction; elle ne se «jurisdictionnalise» pas et conserve pleinement sa nature contractuelle. En effet, le juge ne tranche aucun litige et n'use donc pas de la *jurisdictio*.

Si le juge appose la formule exécutoire à la transaction, il considère alors qu'en apparence elle contient les éléments nécessaires à sa qualification et semble en conformité avec l'ordre public. Dès lors, il n'y a pas lieu d'ouvrir une voie de recours contre la décision du Président du tribunal de grande instance. On évite l'ouverture d'un contentieux et facilite ainsi l'exécution de la transaction.

Toutefois, la transaction conservant sa nature contractuelle, cela n'empêchera pas le défendeur virtuel d'agir au fond mais dans les limites des cas de recours ouverts par le Code civil⁷¹⁰. L'annulation ou la disqualification de la transaction entraînera alors logiquement l'anéantissement de l'ordonnance rendue sur le fondement de l'article 1441-4 du NCPC.

En revanche, le refus d'accorder la force exécutoire à la transaction démontre qu'il y a un doute sur la qualification de celle-ci ou sa conformité à l'ordre public. En conséquence, il convient d'autoriser l'appel à l'encontre de cette décision, mais en permettant de faire valoir des moyens de fond. L'ouverture de l'appel permet au juge d'examiner au fond les griefs formulés et de statuer définitivement sur la validité de la transaction conclue.

e. Les conséquences de la formule exécutoire sur l'exécution de la transaction.

423. La loi du 22 novembre 1999 a clairement confirmé que la transaction revêtue de la formule exécutoire constituait un titre exécutoire⁷¹¹ au sens de l'article 3 de la loi du 9 juillet 1991. Ainsi, elle ouvre aux parties les portes des voies d'exécution et attribue compétence au juge de l'exécution pour régler toutes les difficultés liées à l'exécution du titre.

⁷¹⁰ V. les articles 2053 à 2057 du Code civil.

⁷¹¹ Article 4 de la loi n°99-857 du 22 novembre 1999.

424. Toutefois un avis rendu par la Cour de cassation a récemment semé le doute sur le régime juridique de la transaction revêtue de la formule exécutoire⁷¹².

En l'espèce, le juge de l'exécution du TGI de Saint-Nazaire a demandé à la Cour de cassation s'il pouvait procéder à l'expulsion d'un occupant d'un local commercial sur le fondement d'une transaction revêtue de la force exécutoire selon la procédure de l'article 1441-4 du NCPC.

La Cour de cassation répond par la négative en affirmant que « *l'expulsion ne peut pas être poursuivie en vertu d'une transaction rendue exécutoire par ordonnance du président du tribunal de grande instance, ce titre ne constituant aucun des deux titres exécutoires limitativement énumérés par l'article 61 de la loi du 9 juillet 1991* ».

La Cour de cassation s'est retranchée derrière une interprétation stricte et littérale de l'article 61 de la loi précitée, qui ne permet l'expulsion qu'en vertu d'une décision de justice ou d'un procès-verbal de conciliation. On ne peut donc pas reprocher aux magistrats de la Cour de cassation leur refus de voir une expulsion autorisée sur le fondement d'une transaction revêtue de la formule exécutoire.

En effet, cet avis confirme qu'une expulsion est une mesure grave nécessitant un véritable contrôle de la part du juge sur son bien-fondé et son opportunité. Dès lors, on comprend qu'une transaction conclue en dehors de toute tutelle judiciaire suscite une certaine suspicion quant à ses conditions de formation et notamment sur d'éventuelles pressions subies par l'occupant.

Il était en outre impossible pour la Cour de cassation de rapprocher le procès-verbal de conciliation de la transaction. Le premier se conclut dans un cadre judiciaire, sous le contrôle du juge et de manière contradictoire. A l'inverse, la seconde se réalise de manière extrajudiciaire et se voit accorder force exécutoire suite à une procédure unilatérale.

⁷¹² Cass. Avis, 20 octobre 2000, JCP éd. G 2001 II 10479 obs. Desdevises Y., RTD Civ. 2001 p 213 obs. Perrot R. et p 384 obs. Gautier P.-Y.

Toutefois, cet avis semble aussi traduire une certaine méfiance à l'égard de la procédure de l'article 1441-4 du NCPC, car « *à vouloir faire simple pour mieux encenser la conciliation, le législateur a mis en place une procédure inadaptée qui n'a plus rien à voir avec le procès-verbal de conciliation*⁷¹³ ».

425. Peut-être y a-t-il là un appel au législateur pour modifier ledit article en précisant davantage son régime juridique. Il a été effectivement clairement montré qu'il serait judicieux de procéder à cette réécriture soit en confirmant clairement la position, contestable, prise par la Cour de cassation dans son arrêt du 24 mai 2007 soit en déterminant explicitement les critères de répartition de compétence, l'étendue du contrôle du juge et enfin les possibilités de contestation de sa décision.

Sans constituer pour autant l'unique issue du processus de médiation, la transaction, avec son exigence de concessions réciproques et sa possibilité de devenir un titre exécutoire, lui permet d'être la figure contractuelle la plus usitée pour constater l'accord des parties.

Pour autant, il convient de ne pas sous-estimer d'autres accords qui pourront avoir la préférence des parties au regard de certaines circonstances et de l'objet de leur accord amiable.

Section II : Les autres accords possibles.

426. Le contrat de transaction constitue en règle générale l'issue la plus fréquente du processus de médiation ; il ne semble cependant pas toujours évident de trouver dans l'accord de conciliation l'ensemble des éléments constitutifs de celle-ci.

Dans cette hypothèse, la souplesse de la médiation permet aux parties de ne pas se limiter à quelques figures contractuelles connues ; elles peuvent ainsi user de leur liberté contractuelle

⁷¹³ Perrot R., obs. sous Cass. Avis, 20 octobre 2000, spé p 214.

pour conclure tout type d'accord. Les bornes de leur imagination constituent, avec celles de l'ordre public, leur seule limite ; il devient alors difficile de dresser une liste exhaustive de cette variété d'accords.

Cette difficulté à pouvoir présenter de façon exhaustive l'ensemble des accords auxquels peuvent aboutir les parties, invite à se concentrer sur les plus fréquents d'entre eux : l'hypothèse du non-droit (§3), ceux portant sur le maintien du contrat initial (§1) ou ayant trait à la fin de celui-ci (§2).

§1 : La modification du contrat initial.

427. Le processus de médiation peut être un moyen pour les parties d'adapter leur contrat à la suite de la survenance d'un conflit au cours de l'exécution de leur relation contractuelle. Elles peuvent effectivement prendre conscience au cours de la négociation avec le médiateur, de la nécessité de modifier le contenu de leur contrat pour le mettre en adéquation tant avec leurs attentes respectives qu'au regard des exigences économiques.

En règle générale, l'accord des parties en vue de procéder à la modification de certains éléments du contrat initial prendra la forme d'un avenant⁷¹⁴. Il s'agit d'une convention qui s'ajoutera à l'accord initial pour supprimer d'anciennes clauses ou le compléter par de nouvelles. L'avenant peut ainsi exister en tant que tel ou s'insérer notamment dans une transaction ; dans cette hypothèse, il conviendra toutefois de s'assurer de la présence des éléments constitutifs du contrat de transaction.

428. Dans le cadre de leur avenant, les parties vont préciser l'étendue de la modification du contrat initial, comme le changement d'un indice, le report du terme, la modification d'un

⁷¹⁴ Mousseron J.-M., *Technique contractuelle*, Editions Francis Lefebvre, 3^{ème} éd. Par Mousseron P., Raynard J., Seube J.-B., 2005, p 41, n°70 s. & p 635, n°1598 s.

taux d'intérêt, l'ajout d'une clause pénale... Il s'agit d'un véritable acte juridique⁷¹⁵, nécessitant le consentement de chacune des parties et le respect de l'ensemble des règles de formation des contrats.

Quant aux conditions de forme, le principe du parallélisme des formes semble s'appliquer⁷¹⁶, ainsi l'acte modificatif devrait suivre la même forme que le contrat initial. Une évolution semble néanmoins se dessiner sur cette question du respect du parallélisme des formes pour l'acte modificatif afin d'adopter une démarche plus pragmatique et tournée vers la prise en considération de la finalité de la forme. L'acte modificatif ne serait alors soumis au parallélisme des formes qu'à partir du moment où l'acte initial imposerait une solennité particulière⁷¹⁷. En l'absence d'une consécration légale voire jurisprudentielle de cette évolution doctrinale récente, une certaine prudence reste à conseiller dans le but d'éviter tout risque de contentieux sur cette question.

429. L'étendue de la modification dépend de la volonté des parties. Au nom de la liberté contractuelle, il semble envisageable que les parties puissent modifier jusqu'à la qualification même du contrat initial.

Pour autant, dans cette hypothèse, en touchant aux éléments essentiels du contrat initial (objet et cause), on dépasse inévitablement sa simple modification pour se diriger davantage vers

⁷¹⁵ Sur cette question, Ghazi A., *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, LGDJ, Bibliothèque de Droit Privé, Tome 166, 1980, préface Tallon D., p 166, n°392 s.

⁷¹⁶ Bénabent A., *Les obligations*, Montchrestien, 10^{ème} éd., 2005, p 223, n°296 : « *Quant à la forme, la modification doit suivre elle-même les conditions de forme exigées du contrat* » ; Ghazi A., *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, Thèse précitée, p 177, n°438 : « (...) *les parties s'en tiendront par prudence au parallélisme des formes* ».

⁷¹⁷ En ce sens, Becqué-Ickowicz S., *Le parallélisme des formes*, Editions Panthéon-Assas, 2002, préface Gautier P.-Y., p 266, n°351 s.

une novation⁷¹⁸, voire d'un *mutuus dissensus* suivi par la conclusion d'un nouvel accord⁷¹⁹. Dans ces deux dernières hypothèses, il n'est plus possible de parler de modification, puisque le lien originaire disparaîtra au profit d'une nouvelle convention entraînant alors un certain nombre de conséquences notamment quant au sort d'éventuelles clauses accessoires ou encore des garanties ou sûretés.

La distinction avec la modification se fait ainsi en constatant le maintien ou non du lien contractuel originaire, le changement de ses éléments essentiels ne permettant plus d'y voir une simple modification des obligations. En conséquence, il conviendra d'étudier à la fois la volonté des parties et le caractère accessoire ou essentiel de l'élément modifié.

§2 : La fin du contrat initial.

430. « *Ce sont les parties, adultes et raisonnables qui décident ensemble, à l'instar d'époux bien sages, de mettre fin à leur liaison par un consentement mutuel – « Pas de juge, pas d'avocat », (...). On se serre virilement la main et on se dit : Adieu, camarade⁷²⁰ !* ».

La médiation en tant que mode de règlement des conflits, peut aussi s'achever sur le constat qu'un avenir n'est plus envisageable entre les protagonistes. Ayant réussi à accepter une telle situation, il peut leur rester assez de détermination pour procéder à la rupture amiable de leur relation contractuelle initiale, sans recourir à une éventuelle clause résolutoire ou au juge. Les

⁷¹⁸ Articles 1271 à 1281 du Code civil.

⁷¹⁹ Flour J., Aubert J.-L., Savaux E., *Droit civil Les obligations – Le rapport d'obligation*, Armand Colin, 4^{ème} éd., 2006, p 303, n°446.

⁷²⁰ Gautier P.-Y., *Rapport de synthèse, in La cessation des relations contractuelles d'affaires*, Colloque de l'Institut de droit des affaires d'Aix-en-Provence, PUAM, 1997, préface Mestre J., p 215, spé p 222, n°8.

parties peuvent ainsi décider par leur *mutuus dissensus*⁷²¹ de défaire ce qu'elles avaient précédemment conclu, comme l'autorise l'article 1134 alinéa 2^{ème} du Code civil. L'accord de conciliation constatera alors cette volonté de mettre un terme à leur relation contractuelle. Les parties vont ainsi être amenées à conclure une convention éteignant leur contrat.

431. Pour pouvoir rompre amiablement leur contrat, les parties devront exprimer mutuellement leur consentement en ce sens ; l'unanimité est donc requise. Il ne semble pas que s'impose aux parties un parallélisme des formes les obligeant ainsi à se conformer aux mêmes règles de forme qu'au moment de la formation de leur contrat initial en raison du principe du consensualisme attaché au dissentiment mutuel⁷²². Toutefois, l'exclusion du formalisme appliqué lors de la formation du contrat initial est contestable⁷²³, car la protection du consentement par l'information exigée se justifie tout autant lors de la révocation du contrat⁷²⁴, surtout si le contrat « révocatoire » ne constitue rien d'autre que l'opération initiale

⁷²¹ Putman E., *La révocation amiable*, in Colloque précité, p 125 ; Vatinet R., *Le mutuus dissensus*, RTD Civ. 1987 p 252.

⁷²² La Cour de cassation n'exige que la preuve du caractère exprès ou tacite de l'accord révoquant le contrat initial, V. notamment, Com., 3 décembre 1985, Bull. Civ. IV n°286 ; Civ. 3^{ème} 22 novembre 1983, Bull. Civ. III n°239.

⁷²³ En ce sens, Becqué-Ickowicz S., *Le parallélisme des formes*, Thèse précitée, p 100, n°121 s.

⁷²⁴ Terré F., Simler Ph., Lequette Y., *Droit civil - Les obligations*, Dalloz, 9^{ème} éd., 2005, p 479, n°476 : « Il ne semble pas qu'il existe, à l'image du droit romain, un véritable parallélisme des formes. Tout au plus convient-il d'analyser les finalités protectrices de la forme édictée, afin de rechercher si celles-ci n'imposent pas son extension à la convention révocatoire » ; Vatinet R., *Le mutuus dissensus*, art. préc, spé p 274, n°29 : « Il faut appliquer le parallélisme des formes, non d'une manière systématique, mais avec une souplesse au moins aussi grande que celle dont les juges administratifs ont fait preuve, et rechercher, cas

mais en sens inverse. Il conviendrait ainsi de s'attacher à déterminer la finalité et l'importance du formalisme requis lors de la formation du contrat et l'appliquer par la suite à l'hypothèse du dissentiment mutuel avec pour souci évident de protéger l'intégrité du consentement émis⁷²⁵.

432. Il est important que les parties songent à régler la question de l'étendue des effets de cette rupture amiable dans leur accord.

En effet, la Cour de cassation considère depuis un arrêt en date du 27 juillet 1892 que « *les conventions peuvent être révoquées du consentement mutuel des parties, et cette révocation produit le même effet que l'accomplissement d'une condition résolutoire, c'est-à-dire que les choses sont remises au même état que si l'obligation n'avait pas existé (...)*⁷²⁶ ».

A défaut d'accord entre les parties, une assimilation est donc faite entre la résolution et la rupture amiable du moins dans l'étendue de ses effets. En conséquence, il appartient aux

par cas, la finalité des règles de forme qui étaient applicables à l'acte initial pour vérifier que leur respect reste nécessaire ».

⁷²⁵ En ce sens V. Com., 27 février 1996, Bull. Civ. IV n°69, RTD Civ. 1996 p 909 obs. Mestre J. En l'espèce, il s'agissait de la rupture d'un commun accord entre plusieurs sociétés de contrats de prestations de services. Lors d'un contentieux ultérieur survint la question de la validité d'une telle rupture amiable et notamment de savoir si celle-ci était soumise aux mêmes règles que lors de la formation des contrats initiaux. La Cour de cassation répond par l'affirmative en retenant que : « *la résiliation d'un commun accord, aussi bien que la conclusion et la modification de conventions qui entrent dans le champ d'application de l'article 101 de la loi du 24 juillet 1966, doit être soumise à l'autorisation du conseil d'administration (...)* ».

⁷²⁶ Civ., 27 juillet 1892, DP 1892. 1. 462.

parties de régler cette question en précisant si leur rupture produit un effet rétroactif ou non⁷²⁷, de prévoir comment les restitutions s'opéreront et de s'intéresser au sort des clauses contenues dans le précédent contrat et qui avaient vocation à s'exécuter à l'extinction de celui-ci, telle une clause de non-concurrence.

433. La situation juridique créée par les parties est opposable aux tiers sans pour autant nuire à leur droit acquis conformément au principe de l'effet relatif des conventions affirmé à l'article 1165 du Code civil.

Dès lors, il ressort de ce principe que tous les actes conclus avec les tiers antérieurement au dissentiment mutuel subsisteront, qu'il s'agisse d'actes d'administration ou de disposition. Ainsi, l'incidence de cette nouvelle situation ne pourra pas porter atteinte aux droits régulièrement acquis par les tiers soit en en créant de nouveaux soit en en supprimant⁷²⁸.

⁷²⁷ La question n'aura pas lieu de se poser si le contrat initial est un contrat successif, dans ce cas l'anéantissement de celui-ci n'aura d'effet que pour l'avenir. On parlera alors d'une résiliation conventionnelle. V. Terré F., Simler Ph., Lequette Y., *Droit civil - Les obligations*, *op. cit.*, p 479, n°476.

⁷²⁸ Com., 4 juillet 1984, Bull. Civ. n°214. Il résulte de cette affaire que la résiliation amiable ne saurait entraîner pour un créancier (tiers à ce dissentiment mutuel) la disparition d'une sûreté réelle grevant le bien objet du contrat initial.

La Cour de cassation a cassé un arrêt qui « *au motif que le contrat initial de concession des droits de distribution d'un film avait été résilié, déboute une banque de la demande en paiement qu'en vertu d'un contrat de nantissement portant sur les sommes à provenir de l'exploitation par voie de télévision du film, celle-ci a dirigé contre le dernier acquéreur des droits de diffusion de ce film, alors que la résiliation du contrat initial était inopposable à la banque qui était tiers par rapport à ce contrat* ».

§3 : L'hypothèse du non-droit.

434. « *Le non-droit, s'il faut en donner une première approximation, est l'absence du droit dans un certain nombre de rapports humains où le droit aurait eu vocation théorique à être présent*⁷²⁹ ».

La liberté dont disposent les parties au cours de la médiation ne les oblige aucunement à trouver une issue produisant des effets juridiques sanctionnés par les juridictions étatiques. En d'autres termes, elles peuvent parfaitement aboutir à un accord de conciliation qui, volontairement, va échapper à l'exécution et à la sanction étatique. Pour soutenir ce propos, on peut suggérer deux exemples.

435. À l'issue de leur discussion sous l'égide du médiateur, les parties ont réussi à se rapprocher, à comprendre la source et les raisons de leur conflit. Aussi celui-ci trouverait-il son origine dans une querelle liée à la personnalité de chacun des protagonistes ? Une vieille rancune, le débauchage d'un salarié et la perte du marché correspondant, peuvent engendrer des frustrations, rancœurs et ressentiments qui rejaillissent sur l'exécution actuelle du contrat et pour lesquels une solution proprement juridique ne sera pas toujours adaptée.

En effet, l'application syllogistique de la règle juridique ne permet que rarement la prise en considération de la psychologie et de l'état d'esprit des contractants. La médiation a au contraire le mérite de permettre une reconstruction du lien⁷³⁰. Dès lors, l'issue de la médiation peut très simplement se borner à la rédaction d'une lettre d'excuses sur les comportements antérieurement adoptés ou encore l'assurance d'un changement d'attitude pour l'avenir. Ce type de documents n'a pas de valeur contractuelle faute d'en rechercher la qualification ; il

⁷²⁹ Carbonnier J., *Flexible droit*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001, p 25 s.

⁷³⁰ Martens P., *Synthèse des travaux*, in Colloque du Gemme, 1995-2005 : dix ans d'application de la médiation judiciaire en matière civile et commerciale, Gaz. Pal. 14 et 15 juin 2006, p 44, spé p 45.

participe avant tout à la pacification de la relation contractuelle en vidant à la fois le conflit déclencheur mais aussi sa source plus profonde et souvent plus ancienne.

436. Les parties peuvent aussi décider de conclure un véritable engagement contraignant, mais uniquement sur le plan de l'honneur.

L'engagement d'honneur est une convention véritable mais dont les contractants ont voulu soustraire l'exécution de la sphère étatique. En d'autres termes, les parties ont décidé que leur convention ne pourra être connue ni sanctionnée par les juridictions étatiques. L'engagement d'honneur se situe hors du Droit⁷³¹ ; il relève d'un « *autre ordre de valeurs*⁷³² ».

Toute la force de l'engagement d'honneur repose sur le respect de la parole donnée par chacune des parties ; il peut sembler dès lors particulièrement fragile. L'honneur demeure pourtant une vertu essentielle pour un certain nombre de personnes et notamment d'acteurs économiques. Il a notamment vocation à exister au sein des milieux professionnels qui pratiquent l'autorégulation ou encore lorsque le nombre d'acteurs intervenant sur ledit marché est restreint, donnant ainsi à la sanction morale une efficacité redoutable⁷³³. « *Bien souvent, la considération de l'opinion du milieu est suffisamment forte pour agir, en quelque sorte, à titre dissuasif. La brèche creusée dans la réputation du négociateur peut être sanctionnée, au*

⁷³¹ Sur la théorie de l'engagement d'honneur, V. notamment Beignier B., *L'honneur et le Droit*, LGDJ, Bibliothèque de Droit Privé, Tome 234, 1995, préface Foyer J., p 527 s. ; Ammar D., *Essai sur le rôle de l'engagement d'honneur*, Thèse Paris I 1990 ; Vignal N., *L'attraction de l'engagement d'honneur dans le giron du droit : la morale des affaires a son honneur*, Rev. Lamy Droit Civil juillet/août 2007 n°40 p 6 ; Oppetit B., *L'engagement d'honneur*, D 1979 p 107.

⁷³² Beignier B., *L'honneur et le Droit*, Thèse précitée, p 552.

⁷³³ Oppetit B., *L'engagement d'honneur*, art. préc, spé p 108, n°6 s.

*maximum, par l'exclusion du groupe, par la mise au ban de la société commerçante. Occulte et efficace, la liste noire garantit sans doute la loyauté de bien des négociations*⁷³⁴ ».

Ainsi, l'accord de conciliation conclu entre les parties peut parfaitement revêtir la qualification d'engagement d'honneur. Il convient toutefois de rappeler qu'elles devront très nettement exprimer leur volonté de ne pas confier aux tribunaux étatiques la sanction de leur engagement. En outre, l'engagement devra respecter les règles de formation classique des conventions, notamment celles de la licéité de son objet et de sa cause. Les parties ne pourront contracter un tel engagement qu'à la condition d'avoir la libre disposition de leurs droits. Le postulat selon lequel on ne se lie sur l'honneur que lorsque l'engagement est nul selon le droit positif, est à bannir en raison de l'erreur commise laissant présumer que ce type d'engagement dissimule nécessairement une violation de la règle juridique.

437. L'honnêteté intellectuelle oblige cependant à mettre en garde contre les risques encourus en cas de conclusion d'un engagement d'honneur. Le plus évident tient à son inexécution et à l'impossibilité de pouvoir en demander l'exécution forcée auprès des juridictions étatiques, le déshonneur étant la seule sanction encourue. Le second risque est souvent lié au précédent. En effet, les juridictions françaises dans leur ensemble⁷³⁵, n'admettent pas que l'on puisse se lier sur l'honneur et ainsi évincer leur compétence naturelle. Les juges ont donc une propension importante à requalifier tout engagement

⁷³⁴ Cedras J., *L'obligation de négociier*, RTD Com. 1985 p 264, spé p 282, n°18.

⁷³⁵ Com. 23 janvier 2007, Pourvoi n°05-13189 ; Civ. 2^{ème} 27 novembre 1985, Bull. Civ. II n°178, RTD Civ. 1986 p 749 obs. Mestre J. ; Com. 10 janvier 1972, JCP éd. G 1972 II 17134 note Guyon Y. ; Com. 23 décembre 1968, Bull. Civ. IV n°374.

Contra TC de Bordeaux, 14 mai 1847, D 1848. 2. 180 ; CA Limoges, 27 août 1811, S 1812. 1. 193, citées par Beignier B., *L'honneur et le Droit, Thèse précitée*, p 553.

d'honneur en « *un solide contrat en bonne et due forme*⁷³⁶ » niant par cet acte la volonté initiale des parties⁷³⁷.

* *

*

438. L'aboutissement favorable du processus de médiation constitue une source de satisfaction tant pour les parties que pour le médiateur. La conclusion d'un accord de conciliation marque ainsi la résolution amiable du conflit. Etant un processus conventionnel, les parties disposent d'une très grande liberté pour formaliser leur engagement. Elles peuvent alors conclure tout type d'accord allant de l'engagement d'honneur jusqu'au contrat de transaction, en passant par des hypothèses de modification ou de rupture amiable du contrat initial.

Pour autant, tous les conflits ne sont pas susceptibles d'être résolus amiablement soit en raison de leur objet soit par la persistance d'un désaccord entre les parties. Le constat de l'échec du processus de médiation s'imposera alors.

Chapitre 2^{ème}

L'échec de la médiation.

⁷³⁶ Beignier B., *L'honneur et le Droit, Thèse précitée*, p 527.

⁷³⁷ Sur les raisons historiques et juridiques d'une telle défiance, V. la très complète étude de Beignier B., *L'honneur et le Droit, Thèse précitée*, p 528 s.

439. « *Il ne faut pas avoir peur du risque de l'échec. De même qu'on ne peut concevoir un hôpital dont tous les patients sortiraient guéris, on ne peut imaginer que toute médiation initiée sera une médiation réussie*⁷³⁸ ». Le processus de médiation peut effectivement s'achever sur un constat d'échec. L'une ou l'autre des parties peut vouloir y mettre un terme du fait de la présence d'un désaccord constant et préférer ainsi le recours au juge étatique ou arbitral. Le médiateur peut lui aussi estimer que le processus de médiation ne pourra aboutir faute d'arriver à créer un espace de dialogue et de confiance entre les parties ou encore en raison d'une très forte inégalité entre celles-ci que seules les règles de procédure civile pourraient atténuer.

L'échec du processus de médiation n'est pas une fin en soi. Chacune des parties peut, grâce à ce dialogue instauré, mieux comprendre les positions et revendications de son adversaire et ainsi faciliter le règlement judiciaire de leur litige.

Les parties peuvent aussi, par l'intermédiaire de leurs conseils respectifs, négocier directement une solution amiable après l'échec du processus de médiation. Cette attitude, surprenante au premier abord, se comprend pourtant, puisqu'il faut quelque fois un peu plus de temps pour que chacune des parties comprenne l'intérêt du recours à une solution amiable.

En tout état de cause, et quelles que soient les suites données à l'échec du processus de médiation, les parties doivent au moins rédiger un procès-verbal de non-conciliation. Il permettra de faire la preuve de la mise en œuvre de la clause de médiation ainsi que l'absence d'entente entre les parties sur une solution amiable. Ce procès-verbal de non conciliation permet donc de constater que le préalable de médiation a été respecté entraînant ainsi la fin de la suspension du droit d'action de chacune des parties ; elles sont désormais libres de pouvoir agir en justice avec toutes les conséquences processuelles qui s'y attachent (Section I).

L'échec du processus de médiation permet le recours au juge et de fait, un règlement juridictionnel du litige. Toutefois, il est possible que vienne se greffer au litige principal un

⁷³⁸ Darmon M., cité par Bourry d'Antin M., Pluyette G., Bensimon S., *Arts et techniques de la médiation*, Litec, 2004, préface de la Garanderie D., p 127, n°218.

contentieux en responsabilité initié par l'une des parties à l'encontre du médiateur ou de l'autre partie pour son attitude pendant et après le processus de médiation (Section II).

Section I : Les conséquences de l'échec de la médiation.

440. À l'issue du processus de médiation, les parties retrouvent leur liberté d'agir en justice, l'une d'elles ou les deux conjointement pouvant décider, en fonction de leur volonté initiale ou actuelle, de saisir le juge arbitral (§1) ou étatique (§2) afin que soit tranché leur litige.

Cette capacité d'ester en justice ne reste cependant qu'une faculté ; elles n'ont aucune obligation d'agir en justice et peuvent laisser subsister le différend.

§1 : Le recours à l'arbitrage.

441. Le recours à la procédure arbitrale peut avoir été envisagé dans le contrat initial par l'insertion d'une clause compromissoire ; celle-ci a vocation à être mise en œuvre à l'issue du processus de médiation et plus spécifiquement à la suite de son échec.

442. A l'issue du processus de médiation, les parties peuvent aussi convenir de recourir à l'arbitrage et conclure en ce sens un compromis. L'hypothèse risque toutefois de rester marginale en raison de la nécessité d'un accord entre les parties.

On peut néanmoins suggérer qu'un compromis pourrait se conclure notamment lorsque les parties n'ont pu aboutir qu'à un règlement partiel de leur conflit à l'issue du processus de médiation. En effet, celles-ci se sont effectivement entendues sur un ensemble de points conflictuels, mais demeurent encore certaines questions non résolues et non comprises dans leur accord amiable. Dès lors, les parties peuvent parfaitement conclure un compromis et confier mission à un ou plusieurs arbitres de trancher les points litigieux restés en suspens.

Dans l'hypothèse où une transaction réglant partiellement l'objet du conflit a été conclue entre les parties, celle-ci dispose de l'autorité de la chose jugée conformément à l'article 2052 du Code civil. Les arbitres désignés ne pourront ainsi méconnaître l'autorité de la chose jugée attachée à la transaction conclue lorsqu'ils trancheront les points litigieux restant⁷³⁹ ; l'acte de mission des arbitres ainsi que l'objet du litige devront donc être clairement définis.

443. Le recours à l'arbitrage s'explique surtout par ses qualités de discrétion, de compétence et de célérité, mais avec comme faiblesse essentielle son coût et la difficulté de procéder dans certaines hypothèses à la mise en place du tribunal arbitral.

L'avantage de cette procédure tient aussi au fait que la sentence rendue par l'arbitre ou les arbitres possède l'autorité de la chose jugée dès son prononcé⁷⁴⁰. L'accomplissement de la procédure d'exequatur permettra de conférer à la sentence la force exécutoire, rendant ainsi possible le recours aux différentes voies d'exécution⁷⁴¹.

444. Le recours à la procédure arbitrale postérieurement à l'échec de la médiation ne semble donc pas susciter de réelles difficultés.

⁷³⁹ Pour une illustration quelque peu différente mais originale du conflit entre l'autorité de la chose jugée attachée à une transaction et celle relative à une sentence arbitrale, V. CA Paris, 27 octobre 2005, D 2006 p 697 note Clay Th. ; du même auteur, *Transaction et autres contrats relatifs aux litiges*, in *La transaction dans toutes ses dimensions*, sous la direction de Mallet-Bricout B., Nourissat C., Dalloz, 2006, p 13, spé 20, n°18.

⁷⁴⁰ Article 1476 du NCPC.

⁷⁴¹ Civ. 2^{ème}, 12 octobre 2006, Bull. Civ. II n°270, D 2006 IR p 2627. La Cour de cassation rappelle dans cet arrêt qu'une sentence arbitrale est une décision de justice autorisant le créancier à user des différentes voies d'exécution, et notamment en l'espèce d'effectuer une saisie conservatoire sans autorisation préalable du juge.

Il est toutefois possible d'en signaler une, qu'expriment notamment les règlements des centres de médiation. C'est ainsi par exemple que le règlement du CMAP énonce en son article 7. 9 que : « *le médiateur ne peut être désigné arbitre ni intervenir à quelque titre que ce soit dans le litige subsistant, sauf à la demande écrite de toutes les parties*⁷⁴² ». Face à cette méfiance, la question se pose donc de savoir si le médiateur désigné par les parties peut ultérieurement occuper la fonction d'arbitre pour le même conflit.

445. Une telle proposition crée une certaine perplexité quant à la succession d'une même personne dans deux fonctions différentes dans le cadre du même différend entre des parties identiques. La méconnaissance de l'exigence d'impartialité fonctionnelle⁷⁴³ semble ici s'imposer. On peut effectivement douter de la réelle impartialité d'une personne occupant successivement les qualités de médiateur puis d'arbitre dans un même différend. L'existence de celui-ci laisse fortement supposer que le médiateur aura un pré-jugement avant même d'être saisi du litige en tant qu'arbitre.

Le risque d'impartialité est donc à prendre en considération, mais il ne constitue pas le principal danger. Il semble effectivement difficile de concevoir une réelle liberté de parole lors du processus de médiation lorsque ce même médiateur disposera en tant qu'arbitre d'un pouvoir juridictionnel. On a ainsi l'impression de ne pas laisser aux parties la chance de se concilier faute de créer un réel climat de confiance, propice aux échanges et aux confidences. Le médiateur devenu arbitre pourrait en effet être tenté, consciemment ou non, d'user des propos voire des offres de règlement amiable recueillis au cours de la médiation pour rédiger la sentence arbitrale. Le risque, dans cette hypothèse, est de voir l'exigence de confidentialité propre au processus de médiation se déliter et ainsi ne pas favoriser, lors de celui-ci, un échange libre et sincère en vue de parvenir à un règlement amiable du conflit. Sans garantie

⁷⁴² V. aussi l'article 5 du règlement du CIMA : « *sauf accord exprès et conjoint des parties, le médiateur s'interdit de remplir la fonction d'arbitre ou d'intervenir à quelque titre que ce soit dans une éventuelle procédure judiciaire ou arbitrale relative au différend ayant fait l'objet de la médiation* » ; l'article 10 du règlement de l'IEAM : « *toute personne ayant été désignée en qualité de médiateur s'interdit par là-même de remplir les fonctions d'arbitre (...)* ».

⁷⁴³ *Supra* n°355 s.

de confidentialité, la médiation perd l'un de ses principaux attraits, la libre négociation entre chacun des protagonistes. Il est donc conseillé une certaine prudence et réserve quant à la désignation du médiateur en tant qu'arbitre ; les parties doivent avoir conscience de ce risque de méconnaissance du principe de confidentialité.

446. A titre d'illustration sur cette problématique de la confidentialité, un arrêt récent de la Cour de cassation peut être cité⁷⁴⁴. En l'espèce, les mêmes personnes ont occupé successivement une fonction de conciliateur puis d'arbitres à la suite de l'échec de la conciliation et ce, à l'égard des mêmes parties en conflit. L'une d'elles exerça alors un recours en annulation de la sentence rendue en invoquant notamment le défaut d'impartialité du tribunal arbitral au moment où il statua. Le demandeur au pourvoi soulignait que le tribunal ne pouvait être impartial en raison de la mission de conciliation qu'il avait précédemment occupée.

Une telle argumentation pouvait difficilement prospérer, puisque l'article 21 du NCPC permet au juge de tenter une conciliation des parties avant toute décision juridictionnelle. Il ne fait guère de doute qu'une telle disposition puisse s'appliquer à l'arbitre qui est, à juste titre, assimilé à un juge. La Cour de cassation rejette donc le moyen tiré de la violation de l'exigence d'impartialité objective, énonçant que : *« les conclusions du demandeur avaient invoqué une atteinte à l'impartialité objective du tribunal arbitral du fait de la mission de conciliation qu'il avait précédemment exercée, mais non la transgression par lui d'une obligation de confidentialité à l'égard des informations recueillies dans la phase de conciliation (...) »*.

L'arrêt de la Cour de cassation est instructif, puisque le demandeur au pourvoi n'avait, en effet, aucunement fait référence à une éventuelle méconnaissance de la confidentialité. La Cour fait donc ici preuve de pédagogie en mettant clairement en lumière le risque que constitue, selon elle, cette méthode de règlement des conflits.

⁷⁴⁴ Civ. 2^{ème}, 10 juillet 2003, Bull. Civ. II n°233, D 2004 Somm. p 3180 obs. Clay Th., RTD Com. 2004 p 252 obs. Loquin E.

En conséquence, le risque d'une méconnaissance de l'exigence d'impartialité et plus particulièrement de la confidentialité nécessaire au bon déroulement de la médiation, ne favorise pas l'attractivité de ce mode de résolution des différends.

447. Pour autant, cette méfiance ne se justifie plus à partir du moment où les parties ont clairement opté en faveur de ce mode de résolution des différends, soit dès l'origine soit en exprimant une telle volonté lors de l'issue du processus de médiation⁷⁴⁵. Cette tendance visant à permettre à une même personne d'occuper successivement la fonction de médiateur puis celle d'arbitre en cas d'échec de la médiation est issue de la pratique anglo-saxonne, plus connue sous le nom de « *med-arb*⁷⁴⁶ » autrement dit « médiation-arbitrage⁷⁴⁷ ».

Cette technique de règlement des conflits présente indéniablement l'avantage d'une économie de temps et d'argent du fait du traitement du même dossier par la même personne, mais les parties doivent avoir conscience qu'*« un bon arbitre n'est pas toujours un bon médiateur et*

⁷⁴⁵ Les différents règlements de médiation précités réservent effectivement l'hypothèse où les parties décideraient explicitement et expressément que le médiateur occupe désormais la fonction d'arbitre.

⁷⁴⁶ Zarkalam S., *Les avantages et les inconvénients du « med-arb » comme mode alternatif de règlement des conflits*, RGDP 1998 p 589.

⁷⁴⁷ Le CMAP a développé une pratique assez similaire et dénommé « *med-arb simultanés* ». Dans cette pratique, un processus de médiation et une procédure d'arbitrage sont pratiquement simultanément mis en œuvre mais sans aucun lien entre eux. Cette pratique offre l'avantage aux parties de tenter sereinement une négociation de leur conflit avec l'assurance qu'en cas d'échec du processus de médiation, ils pourront se prévaloir d'une sentence arbitrale contraignante sans réelle perte de temps. En outre, cette pratique permet aussi de garantir aux parties l'indépendance et l'impartialité du médiateur et de l'arbitre qui n'auront aucun contact entre eux et en règle générale ne connaîtront pas l'existence de la médiation ou de l'arbitrage.

*vice-versa*⁷⁴⁸ ». Les doutes soulevés sur une éventuelle méconnaissance des exigences d'impartialité et de confidentialité doivent être clairement mesurés par chacune des parties⁷⁴⁹.

§2 : La saisine du juge étatique.

448. La saisine du juge étatique pourra, selon l'article 54 du NCPC, se faire « *sous réserve des cas où l'instance est introduite par requête ou par déclaration au secrétariat de la juridiction et de ceux dans lesquels elle peut l'être par la présentation volontaire des parties devant le juge, la demande initiale est formée par assignation ou par remise d'une requête conjointe au secrétariat de la juridiction* ». La voie de l'assignation correspondra le plus souvent aux cas où les parties n'auront jamais réussi à s'entendre au cours du processus de médiation. A l'inverse, la requête conjointe, nécessitant un accord, sera sans doute la forme privilégiée lorsque les parties se seront entendues sur une partie de leur conflit et laisseront au juge le soin de trancher le reste.

La décision de saisine de la juridiction étatique devra toutefois se réaliser conformément aux clauses relatives aux litiges, incluses dans le contrat initial. En effet, celui-ci peut contenir par exemple une clause attributive de juridiction ; les parties seront donc astreintes à son respect.

En l'absence de telles stipulations, ces dernières devront se conformer aux règles classiques de compétence matérielle et territoriale contenues dans le Nouveau code de procédure civile pour un contentieux relatif à un contrat.

⁷⁴⁸ Jarroson Ch., *Les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale*, RIDC 1997 p 325, spé p 344, n°50.

⁷⁴⁹ Il semble que la pratique reste sceptique face à une telle technique de règlement des différends. V. Zarkalamm S., *Les avantages et les inconvénients du « med-arb » comme mode alternatif de règlement des conflits*, art. préc, spé p 594 s. et les nombreuses références citées.

449. A la suite de sa saisine, le juge sera ainsi amené à trancher tout ou partie du litige opposant les parties. Une difficulté risque toutefois de survenir quant à l'articulation entre l'office du juge et la confidentialité naturellement attachée à la médiation⁷⁵⁰.

En effet, le processus de médiation est soumis à une exigence de confidentialité afin d'assurer entre les parties une libre négociation d'un éventuel accord amiable. Dès lors, les parties ne sont pas autorisées à produire au cours de l'instance les différents documents établis en vue de permettre un aboutissement favorable du processus de médiation.

450. La confidentialité empêche ainsi la production de documents échangés ou réalisés dans le cadre de la médiation lors des entretiens collectifs ou individuels, à moins d'une autorisation expresse de la part de chacune des parties. Il est donc interdit à celles-ci ainsi qu'au médiateur, de dévoiler des pièces issues du processus de médiation, que ce soient des documents techniques, des offres de transaction ou encore des comptes-rendus de médiation⁷⁵¹... Par souci de sécurité, les parties devront ainsi veiller à spécifier sur lesdits documents la mention « confidentiel – médiation ». Cette prudence permettra d'éviter que la médiation ne devienne un moyen d'accéder à des informations que l'on ne pourrait pas obtenir même par le biais d'une procédure en production forcée des pièces. Lesdites pièces, n'ayant été produites que pour favoriser le déroulement de la médiation, n'auraient pas pu être identifiées par l'autre partie, condition essentielle pour pouvoir exiger leur production forcée sur le fondement des articles 138 et suivants du NCPC⁷⁵².

⁷⁵⁰ Sur la justification de l'exigence de confidentialité lors de la médiation, V. *supra* n°372 s.

⁷⁵¹ TGI Paris, ord. Référé, 18 janvier 1999, D 1999 IR p 102 : « (...), la médiation judiciaire ou conventionnelle implique que chaque partie puisse se confier librement au médiateur et que, sauf accord unanime, le secret soit conservé sur les informations, propositions ou concessions reçues par celui-ci (...) ».

⁷⁵² Civ. 2^{ème}, 15 mars 1979, Bull. Civ. II n°88, RTD Civ. 1979 p 664 obs. Perrot R. La Cour de cassation rappelle dans cet arrêt que l'une des parties à l'instance peut demander la

Dès lors, le juge doit respecter la confidentialité attachée à l'entier processus de médiation. La production d'une pièce couverte par la confidentialité devra être rejetée des débats ou déclarée irrecevable, puisque dans cette hypothèse la preuve n'est pas rapportée de manière loyale. L'ensemble des protagonistes est astreint à la confidentialité pour tous les documents et pièces propres à la médiation⁷⁵³ ; dès lors et sauf accord exprès de leur part, ils ne peuvent les produire au cours d'une instance sans porter atteinte au principe de loyauté applicable au droit de la preuve civile⁷⁵⁴.

451. La confidentialité protège certes les parties contre les révélations faites par l'une d'elles ou par le médiateur, mais elle procure aussi à ces dernières une autre protection.

En effet, la confidentialité garantit également l'impartialité du juge étatique qui pourra être amené à connaître ultérieurement du différend en cas d'échec de la médiation. Un risque existe pour les parties que le juge ne soit pas uniquement le juge du litige mais aussi celui de la médiation et plus particulièrement de ses conditions de déroulement. Comment rester impartial lorsque l'on connaît le climat et les attitudes adoptées par chacune des parties au cours du processus de médiation ? Il pourrait être effectivement tentant de récompenser les

production forcée d'une pièce à condition toutefois que la demande soit accompagnée de précisions suffisantes permettant d'identifier la ou les pièces.

⁷⁵³ V. notamment dans le cadre de la médiation conventionnelle institutionnelle l'article 7. 4 du règlement du CMAP : « *le médiateur et les parties sont tenus à la plus stricte confidentialité pour tout ce qui concerne la médiation ; aucune constatation, déclaration ou proposition effectuée devant le médiateur ou par lui ne peut être utilisée ultérieurement, même en justice, sauf accord formel de toutes les parties* ». Les règlements de l'IEAM en son article 2. 4 et du CIMA en son article 5, vont aussi dans le sens d'une interdiction de produire, notamment au cours d'une instance, tous les documents relatifs à la médiation, sauf accord exprès de toutes les parties.

⁷⁵⁴ Boursier M.-E., *Le principe de loyauté en droit processuel*, Dalloz, Vol. 23, 2003, préface Guinchard S., p 222, n°397 s.

efforts de conciliation de l'une d'elles et de sanctionner le comportement ouvertement déloyal ou dilatoire de l'autre⁷⁵⁵. En prenant en considération le climat du processus de médiation, le juge perd de son objectivité et la distance nécessaire pour accomplir sa fonction de juger ; le risque d'un pré-jugement n'est pas à négliger.

En conséquence, il est indispensable de rappeler que la totalité du processus de médiation est couverte par la confidentialité. Le juge appelé à connaître du différend doit en avoir conscience et garantir son respect, afin que son impartialité ne puisse à aucun moment être mise en doute. Toute position contraire « *aurait inévitablement pour effet de perturber les conditions d'exercice de la juridiction*⁷⁵⁶ ».

L'échec du processus de médiation peut certes amener à la saisine du juge étatique ou arbitral pour voir trancher le différend, mais il peut s'y adjoindre la mise en œuvre d'une action en responsabilité à l'encontre de l'une des parties ou du médiateur afin de critiquer son attitude au cours du processus de médiation.

Section II : La responsabilité du médiateur et des parties.

452. Le développement croissant des modes alternatifs de règlement des conflits a suscité de la part du législateur, de la jurisprudence, de la doctrine et des professionnels une étude approfondie de leur fonctionnement. Il apparaît pourtant qu'une question a été peu étudiée : celle de la responsabilité, tant du médiateur (§1) que des parties ayant recours à la médiation (§2).

L'engagement de leur responsabilité respective ne fait pourtant aucun doute et ce, peu important la réussite ou l'échec total ou partiel du processus de médiation. Ils interviennent

⁷⁵⁵ Joly-Hurard J., *Conciliation et médiation judiciaires*, PUAM, 2003, préface Guinchard S., p 408, n°647.

⁷⁵⁶ Guinchard S., Bandrac M., Douchy M., Ferrand F., Lagarde X., Magnier V., Ruiz Fabri H., Spinoli L., Sorel J.-M., *Droit processuel*, Dalloz, 3^{ème} éd., 2003, p 937, n°601.

dans une zone où le droit n'est pas absent, dès lors leur action au cours du processus de médiation peut effectivement s'accompagner d'erreurs ou de fautes susceptibles d'entraîner l'application de sanctions civiles, voire pénales.

§1 : La responsabilité du médiateur.

453. Le médiateur intervient dans l'organisation de la médiation en participant à l'établissement du contrat qui en règlera le processus et vient ainsi aider les parties dans la phase de négociation d'une solution amiable à leur différend. Soumis à certaines obligations, le médiateur peut comme tout contractant voir sa responsabilité civile engagée en cas de mauvaise exécution ou inexécution de celles-ci (A). Sa responsabilité pénale, peu étudiée, n'est pas à négliger eu égard à son rôle dans la médiation (B).

A. La responsabilité civile du médiateur.

454. Tout médiateur intervenant dans un processus de médiation, pourra voir sa responsabilité civile engagée s'il cause un préjudice à l'une ou l'autre des parties, voire aux deux. La spécificité du processus de médiation va toutefois rendre sa mise en œuvre délicate et son opportunité discutable (1). En outre, la liberté dont dispose chacun des protagonistes pour aménager conventionnellement le processus de médiation invite à s'intéresser à l'éventuelle stipulation d'une clause limitative ou exclusive de responsabilité au bénéfice du médiateur (2).

1. La responsabilité civile du médiateur : une mise en œuvre délicate.

455. Le processus de médiation étant conventionnel⁷⁵⁷, la mise en œuvre de la responsabilité du médiateur devra nécessairement suivre les règles de la responsabilité contractuelle ; il conviendra ainsi de prouver l'existence d'une faute qui lui soit imputable et qu'elle puisse s'analyser comme la cause du préjudice subi.

Afin de connaître l'étendue de la responsabilité du médiateur, il importe de déterminer l'étendue des obligations auxquelles il est soumis. Le processus de médiation impose effectivement au médiateur deux obligations exprimant parfaitement la nature du dit contrat.

456. En premier lieu, le médiateur a pour mission d'instaurer un dialogue entre les parties pour les aider à trouver une solution amiable à leur conflit⁷⁵⁸. Il va tenter de favoriser la reconstruction des liens entre chacune d'elles. Cette obligation semble être une obligation de moyens pour deux raisons essentielles.

La caractéristique du processus de médiation est de ne garantir aucune issue certaine au conflit. Le médiateur, ne disposant d'aucun pouvoir juridictionnel, ne peut donc pas trancher le différend à l'instar du juge étatique ou de l'arbitre. L'aléa est donc inhérent à la médiation ; personne ne peut savoir si les parties aboutiront à un accord⁷⁵⁹.

⁷⁵⁷ Le processus de médiation enclenché à la suite de la mise en œuvre de la clause de médiation est effectivement un processus conventionnel et ce, peu important qu'un contrat de médiation ait été conclu entre les parties et le médiateur.

⁷⁵⁸ *Supra* n°267 s.

⁷⁵⁹ Girardot-Rouhette E., *La mission du tiers dans les modes alternatifs de résolution des conflits : une mission aux contours incertains*, in *Pluralisme des modes alternatifs de résolution des conflits, pluralisme du droit*, sous la direction de Racine J.-B., l'Hermès, 2002, p 33, spé p 67, n°55 s. : « (...) tant il est vrai que l'aléa qui pèse sur toute tentative de règlement amiable des conflits est tel que l'on ne peut imposer au tiers, « maître d'œuvre de l'élaboration d'une solution consensuelle », d'amener les parties à un accord (...) ».

En outre, les parties, créancières de cette obligation, interviennent de manière très active dans la discussion et la négociation ; elles ne doivent pas rester ou être mises en retrait. Le médiateur apporte son concours d'une autre façon en aidant les parties à se comprendre et à se parler. On constate ainsi que chacun des acteurs est actif dans le processus de médiation, rendant de fait impossible la qualification d'obligation de résultat⁷⁶⁰.

Il appartiendra à la partie qui souhaite engager la responsabilité du médiateur sur ce fondement de prouver une faute dans l'instauration du dialogue, ce qui risque d'être pour le moins difficile. En effet, comment prouver, faute de méthode unique, qu'un médiateur n'a pas tenté d'instaurer un dialogue entre les parties ? Le juge ne peut en effet être certain que l'échec de la médiation est dû à l'attitude du médiateur, à son incompetence ou encore en raison du caractère aléatoire des méthodes mises en œuvre. Sans doute le juge devra-t-il se contenter d'indices ou rechercher la présence d'une faute caractérisée voire dolosive.

Toute la difficulté de la mise en cause du médiateur quant à une méconnaissance éventuelle de cette obligation sera de déterminer si ce dernier est effectivement responsable en raison d'une faute commise ou si l'on peut imputer l'échec de la médiation à la mauvaise foi de l'une ou l'autre des parties.

457. En second lieu, le médiateur doit respecter certaines exigences déontologiques⁷⁶¹. Celles-ci s'imposent à lui car il intervient comme un tiers dans un processus délibératif ; dès lors son intervention ne peut laisser lettre morte certaines garanties fondamentales dans le but

⁷⁶⁰ Le rôle passif du créancier est une indication en faveur de la qualification en obligation de résultat : Civ. 1^{ère}, 1^{er} décembre 1999, Bull. Civ. I n°329 & 330 ; Civ. 1^{ère}, 21 octobre 1997, Bull. Civ. I n°287 ; Civ. 1^{ère}, 9 novembre 1996, Bull. Civ. I n°380.

⁷⁶¹ *Supra* n°341 s.

de permettre le respect d'une véritable éthique tout au long du processus de médiation, garantissant ainsi à chacun des protagonistes une égalité de traitement⁷⁶².

La médiation repose sur la confiance que suscitera la personne du médiateur auprès des parties. En conséquence, on attend de lui qu'il fasse preuve envers elles de transparence et de loyauté. Les exigences déontologiques sont donc nécessairement de résultat, car il ne serait pas admissible qu'un médiateur fasse seulement tout son possible pour être impartial et indépendant à l'égard de chacune des parties. En raison du pouvoir d'influence qu'il est susceptible d'exercer sur ces dernières, il doit leur garantir une égalité de traitement se concrétisant par cette exigence de résultat quant à la réalité de son indépendance et son impartialité⁷⁶³.

La mise en œuvre de la responsabilité du médiateur, quant au non-respect de ces règles déontologiques, s'en trouvera facilitée en raison de la présomption attachée à la faute.

458. L'étude de ces deux obligations principales du médiateur laisse supposer que la recherche de sa responsabilité ne se heurtera pas à des obstacles insurmontables et sera

⁷⁶² V. notamment Cadiet L., *La légalité procédurale en matière civile*, BICC N°636 mars 2006, spé n°21 ; Fricero N., *Modes alternatifs de règlement des conflits et procès équitable*, Mélanges en hommage au doyen Cohen-Jonathan G., Bruylant, 2004, p 839 ; Cadiet L., *Procès équitable et modes alternatifs de règlement des conflits*, in *Variations autour d'un droit commun*, sous la direction de Delmas-Marty M., Muir Watt H., Ruiz Fabri H., Société de législation comparée, 2002, p 89 ; du même auteur, *Une justice contractuelle, l'autre*, Mélanges offerts à Jacques Ghestin, LGDJ, 2001, p177, spé p 190, n°5 ; Lagarde X., *Droit processuel et modes alternatifs de règlement des conflits*, Rev. Arb. 2001 p 423.

⁷⁶³ Les parties peuvent toutefois admettre la désignation d'un médiateur qui aurait eu ou a encore des liens avec l'une d'elles. Dans cette hypothèse, le médiateur a clairement rempli son obligation de déclaration et a permis aux parties d'effectuer un choix en toute connaissance de cause. *Supra* n°351 s.

susceptible ainsi d'être engagée. La spécificité du processus de médiation oblige néanmoins à tempérer une telle affirmation pour trois raisons essentielles.

459. En premier lieu, l'action en responsabilité dirigée contre le médiateur, va se heurter à un sérieux problème de preuve. En effet, l'ensemble des parties à la médiation est soumis à une exigence de confidentialité pendant et après le processus⁷⁶⁴. Ainsi, comment apporter la preuve d'une violation des obligations du médiateur alors même qu'on est astreint au silence ?

La réponse est délicate, puisqu'on s'est engagé à se taire mais en même temps il semble inenvisageable d'interdire à une personne d'ester en justice dans le cadre d'une action en responsabilité⁷⁶⁵, puisqu'on la priverait alors de son droit d'accès au juge.

Il convient toutefois de rappeler que l'obligation de confidentialité attachée au processus de médiation ne concerne que le conflit entre les parties ; dès lors il paraîtrait curieux de permettre au médiateur de se retrancher derrière le secret pour échapper à la mise en œuvre de sa responsabilité. La jurisprudence va en ce sens puisqu'elle refuse qu'une personne puisse invoquer le secret professionnel auquel elle est tenue, pour faire obstacle à une action en responsabilité dirigée contre elle⁷⁶⁶.

Le secret ne crée aucune immunité à son égard. Ainsi, le médiateur pourra se défendre sans craindre une quelconque action civile ou pénale pour violation du secret, dans le même temps

⁷⁶⁴ *Supra* n°373 s.

⁷⁶⁵ Lagarde X., *L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation*, Rev. Arb. 2000 p 377, spé p 393, n°7.

⁷⁶⁶ Com., 14 novembre 1995, Bull. Civ. IV n°262 & 263, Bull. Joly 1996 p 37 ; Couret A., *Le secret professionnel des commissaires aux comptes à l'épreuve des mesures d'instruction civiles*, Bull. Joly 1996 p 7.

cela ne constituera pas un rempart pour une action en responsabilité à son encontre. Il appartiendra alors au plaideur de prouver la réalité et la gravité des manquements⁷⁶⁷.

460. En second lieu, l'opportunité d'une action en responsabilité civile à l'encontre du médiateur peut se poser, puisque les parties sont en mesure à tout moment de mettre fin à la médiation ; elles bénéficient d'une faculté de résiliation unilatérale⁷⁶⁸. Dès lors, en présence d'un médiateur peu respectueux de ses obligations, il semble préférable de se désengager du processus de médiation. Cette attitude se justifie d'autant plus qu'un contentieux sur la responsabilité du médiateur est pourvu d'un très fort aléa quant à une issue satisfaisante.

461. En dernier lieu et de manière plus indirecte, la recherche de la responsabilité civile du médiateur est un risque qui semble aujourd'hui pris en considération⁷⁶⁹. Les médiateurs ainsi que les centres de médiation n'hésitent plus à souscrire une police d'assurance spécifique pour cette activité afin de protéger leur patrimoine et garantir aux parties une réparation adéquate pour les fautes éventuellement commises dans l'accomplissement de leur mission⁷⁷⁰.

2. La limitation ou l'exclusion conventionnelle de la responsabilité civile du médiateur.

⁷⁶⁷ Pour une opinion plus mesurée V. Girardot-Rouhette E., *La mission du tiers dans les modes alternatifs de résolution des conflits : une mission aux contours incertains*, op. cit, spé p 67, n°57 s.

⁷⁶⁸ *Supra* n°334 s.

⁷⁶⁹ Nougein H.- J., Reinhard Y., Ancel P., Rivier M.-C., Boyer A., Genin Ph., *Guide pratique de l'arbitrage et de la médiation commerciale*, Litec, 2004, p 218, n°360.

⁷⁷⁰ Selon l'article L 113-1 alinéa 2^{ème} du Code des Assurances, une assurance ne peut toutefois couvrir les fautes intentionnelles ou dolosives.

462. À l'instar de l'arbitrage où depuis quelque temps le nombre d'actions en responsabilité civile, pénale et disciplinaire contre les arbitres a sérieusement augmenté⁷⁷¹, les médiateurs ont-ils à craindre un effet de mimétisme ?

Dans une perspective similaire, il pourrait alors paraître intéressant de stipuler au sein du contrat ou du règlement de médiation une clause limitant ou excluant la responsabilité du médiateur. Étonnamment, la lecture de plusieurs règlements de centres spécialisés montre que cette question ne fait l'objet d'aucune stipulation particulière⁷⁷² ; le recours à l'assurance peut sans doute expliquer cette absence. On note toutefois une exception au sein du règlement de l'OMPI⁷⁷³ qui, en son article 25, prévoit que « *sauf en cas de faute délibérée, la responsabilité du médiateur, de l'OMPI et du Centre n'est engagée à l'égard d'aucune partie pour aucun acte ou omission lié à une médiation conduite conformément au présent règlement* ».

Le mutisme des différents règlements de centres de médiation sur cette question a-t-il une explication pragmatique. À lire les conditions de validité des clauses limitatives ou évasives de responsabilité posées par la jurisprudence, leur stipulation pourrait effectivement avoir un effet contre-productif privant ainsi le médiateur de leur bénéfice.

463. La validité des clauses évasives ou limitatives de responsabilité n'est plus aujourd'hui discutée ; pour autant, elles sont soumises à deux limites essentielles⁷⁷⁴.

⁷⁷¹ Clay Th., *L'arbitre*, Dalloz, Vol. 2, 2001, préface Fouchard Ph., p 704, n°928 s. et les références citées.

⁷⁷² Les règlements du CMAP, de l'IEAM et du CIMA sont effectivement muets sur ce point.

⁷⁷³ Organisme Mondial de la Propriété Industrielle.

⁷⁷⁴ Les clauses évasives ou limitatives de responsabilité connaissent aussi deux autres limites : les dommages corporels ne peuvent faire l'objet de telles clauses et elles sont soumises à des restrictions lorsqu'elles sont stipulées au sein d'un contrat de consommation.

La première concerne la gravité de la ou les fautes. En effet, il est admis que les clauses élusives et limitatives de responsabilité ne peuvent jouer en cas de dol ou de faute lourde⁷⁷⁵. Une telle solution se justifie pleinement, puisque s'exonérer préventivement de son dol, autoriserait alors son bénéficiaire à être de mauvaise foi. Dans le même sens, la neutralisation de ces clauses en cas de faute lourde évite que celui-ci n'agisse avec grande imprudence⁷⁷⁶.

La seconde a trait à l'obligation éludée, ces clauses ne peuvent en effet porter sur l'obligation essentielle du contrat ; la Cour de cassation censure, en règle générale, toute clause en ce sens⁷⁷⁷. « (...) l'on ne peut pas, à la fois, s'engager et ne pas s'engager, sous peine de porter atteinte au principe de bonne foi et d'introduire dans le contrat une dose de potestativité trop

⁷⁷⁵ Civ. 1^{ère}, 24 février 1993, Bull. Civ. I n°88, JCP éd. G 1993 II 22166 note Paisant G., Defrénois 1994 p 354 obs. Mazeaud D. : « une clause limitative ne peut, en règle générale, être écartée qu'en cas de dol ou de faute lourde du débiteur » ; V. aussi Civ. 1^{ère}, 22 juin 2004, RDC 2005 p 270 obs. Mazeaud D.

⁷⁷⁶ Com., 3 avril 1990, Bull. Civ. IV n°108 : « La faute lourde est caractérisée par un comportement d'une extrême gravité, confinant au dol et dénotant l'inaptitude du débiteur de l'obligation à l'accomplissement de la mission contractuelle qu'il avait acceptée ».

⁷⁷⁷ Req., 19 janvier 1863, DP 1863. 1. 1 : « Un contrat ne peut légalement exister s'il ne renferme les obligations qui sont de son essence et s'il n'en résulte un lien de droit pour contraindre les contractants à les exécuter ».

V. aussi Com., 13 mars 2007 (à paraître au Bulletin), Pourvoi n°05-17407 ; Com., 30 mai 2006, D 2006 p 2288 note Mazeaud D. & Somm. p 2646 obs. Amrani Mekki S. et Fauvarque-Cosson B. ; Com., 22 octobre 1996, D 1997 p 121 note Sériaux A., Defrénois 1997 p 333 note Mazeaud D., JCP éd. G 1997 II 22881 note Cohen D., D 1997 Somm. p 175 obs. Delebecque Ph. ; Civ. 1^{ère}, 15 novembre 1988, D 1989 p 349 note Delebecque Ph., D 1989 Somm. p 322 obs. Vasseur M. ; Civ. 1^{ère}, 18 janvier 1984, JCP éd. G 1985 II 20372 note Mouly Ch., RTD Civ. 1984 p 727 obs. Huet J.

*contraire au principe pacta sunt servanda*⁷⁷⁸ ». L'obligation essentielle se définit donc soit au regard de la nature même du contrat, soit en analysant la volonté des parties. Issue d'une jurisprudence novatrice, l'éviction des clauses élusives et limitatives de responsabilité en cas de contradiction avec l'obligation essentielle, permet ainsi de ne pas vider le contrat de sa substance.

464. Les deux obligations essentielles du médiateur sont l'obligation d'instaurer un dialogue entre les parties pour les aider à se concilier et ses obligations déontologiques. La stipulation, notamment au sein du contrat de médiation, d'une clause évasive ou limitative de responsabilité du médiateur peut donc s'avérer opportune notamment en l'absence d'un recours aux techniques d'assurance.

Néanmoins, la confrontation entre les obligations du médiateur et les conditions de validité de ces clauses amène à tempérer l'intérêt de leur stipulation. Les limites de la faute dolosive ou lourde ainsi que la non contradiction avec la ou les obligations essentielles invitent à une certaine prudence.

465. En effet, la commission d'une faute dolosive ou lourde neutralise la clause évasive ou limitative de responsabilité. Dès lors, si un médiateur commettait une telle faute, la clause stipulée ne produirait pas l'effet exonératoire recherché par ce dernier. La preuve incombera naturellement à la partie mettant en œuvre la responsabilité du médiateur et nécessitera la démonstration d'un comportement réellement incompatible avec l'exercice de sa mission.

⁷⁷⁸ Terré F., Simler Ph., Lequette Y., *Droit civil – Les obligations*, Dalloz, 9^{ème} éd., 2005, p 602, n°610.

466. En revanche, la question d'une possible contradiction entre la stipulation d'une clause évasive ou limitative de responsabilité et l'une ou l'autres des obligations essentielles du médiateur pose davantage de difficultés.

En effet, exclure la responsabilité du médiateur sur l'une d'elles ou les deux nierait la portée de l'engagement pris par le médiateur, puisque cette clause ferait de celui-ci un acteur irresponsable et insusceptible de réparer les fautes et le préjudice commis au cours de sa mission. Il est donc légitime de ne pas admettre la validité et la licéité d'une telle clause au sein du contrat de médiation⁷⁷⁹, puisqu'on ne peut permettre de porter atteinte à sa substance. La contradiction créée avec ces deux obligations essentielles est manifeste.

A l'inverse, la limitation de la responsabilité du médiateur ne représenterait pas une atteinte intolérable à la substance du contrat de médiation, à partir du moment où la clause détermine clairement le type de fautes susceptibles d'engager la responsabilité du médiateur. Le médiateur resterait ainsi un acteur responsable si la clause ne limite pas de manière excessive les situations pour lesquelles la responsabilité du médiateur est envisageable. Il convient en effet de ne pas déguiser une clause limitative en clause évasive de responsabilité.

467. Le médiateur peut donc voir sa responsabilité civile engagée pour des manquements contractuels commis au cours de sa mission. Pour autant, la recherche de sa responsabilité risque de ne pas être fréquente en raison de la difficulté à rapporter une telle preuve, de la faculté pour chacune des parties de se retirer à tout moment du processus ou encore de la possibilité d'insérer une clause limitative de responsabilité au sein du contrat de médiation.

⁷⁷⁹ En ce sens, Girardot-Rouhette E., *Le contrat de conseil en organisation*, Thèse Nice – Sophia Antipolis 1999, p 497 s. ; du même auteur, *La mission du tiers dans les modes alternatifs de résolution des conflits : une mission aux contours incertains*, in *Pluralisme des modes alternatifs de résolution des conflits, pluralisme du droit*, sous la direction de Racine J.-B., l'Hermès, 2002, p 33, spé 66, n°53.

Dans le cadre de son intervention auprès des parties, le médiateur peut aussi être amené à commettre des infractions ou à recueillir certaines informations susceptibles de recevoir une qualification pénale, rendant ainsi possible l'éventualité de sa responsabilité pénale.

B. La responsabilité pénale du médiateur.

468. La responsabilité pénale du médiateur peut effectivement être recherchée dès l'instant où il commet ou participe à des actes susceptibles de faire l'objet d'une qualification pénale.

Le médiateur peut aussi être amené, au cours de sa mission, à connaître de faits ou d'informations susceptibles de faire l'objet de poursuites pénales à l'encontre de l'une ou de l'autre des parties. Dès lors, doit-il les révéler nonobstant l'exigence de confidentialité à laquelle il est astreint ?

469. L'article 226-13 du Code pénal énonce que « *la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende* ». Ainsi, on peut se demander si la confidentialité à laquelle est soumis le médiateur peut être sanctionnée pénalement en cas de non-respect de celle-ci ?

Compte tenu des termes très généraux employés dans ledit article, la réponse ne fait guère de doute. Le médiateur a une mission ou fonction temporaire définie par le contrat de médiation, et est effectivement dépositaire d'informations confidentielles recueillies au cours des entretiens collectifs et plus particulièrement pendant les entretiens séparés. Dès lors, toute révélation publique et intentionnelle à un tiers, quel qu'en soit le support, est susceptible de faire l'objet de poursuites pénales sur ce fondement⁷⁸⁰. Chaque médiateur doit ainsi prendre

⁷⁸⁰ V. Conte Ph., *Droit pénal spécial*, Litec, 2^{ème} éd., 2005, p 185, n°335 s. ; Rassat M.-L., *Droit pénal spécial*, Dalloz, 3^{ème} éd., 2001, p 400, n°388 s.

conscience de l'éventualité d'une mise en cause de leur responsabilité pénale sur ce fondement.

470. Néanmoins, il existe quelques exceptions légales à cette prohibition. La loi peut ordonner au nom de l'ordre public, la révélation de certains faits au dépositaire du secret. Dans cette hypothèse, la personne tenue au secret est autorisée à violer le secret en raison d'impératifs supérieurs⁷⁸¹.

Les médecins sont par exemple tenus de procéder à certaines déclarations concernant des maladies contagieuses⁷⁸², des troubles mentaux⁷⁸³ ; les avocats doivent déclarer au Procureur de la République des agissements pouvant constituer une opération de blanchiment d'argent d'origine délictueuse⁷⁸⁴.

⁷⁸¹ La doctrine a élaboré une distinction entre le secret absolu et le secret relatif qui, en raison de l'interprétation stricte des dispositions du droit pénal, n'a reçu à ce jour qu'un accueil mitigé de la part de la jurisprudence. Cette distinction aurait néanmoins le mérite de reconnaître que tous les secrets professionnels n'ont pas le même poids et ne protègent pas toujours l'intérêt social. Dès lors, il conviendrait de faire une distinction en fonction de l'intérêt protégé (intérêt social ou intérêt du seul déposant) et ainsi permettre au dépositaire du secret de révéler certains faits dont il a connaissance ou encore ne pas lui permettre de refuser de déposer en justice. Sur cette question, V. notamment Conte Ph., *Droit pénal spécial, op. cit.*, p 194, n°353 s. ; Py B., *Secret professionnel*, Encyclopédie Dalloz Pénal, février 2003, spé p 13, n°95 s.

⁷⁸² Article L 3113-1 du Code de la Santé publique.

⁷⁸³ Article 490-1 du Code civil et article L 3211-6 du Code de la Santé publique.

⁷⁸⁴ Article L 562-1 du Code Monétaire et Financier.

Plus généralement, les articles 434-1, 434-3, 434-11 et 434-12 du Code pénal imposent de révéler certains faits et actes comme la dénonciation d'un crime ou d'un délit, de témoigner en faveur d'un innocent...

Ces articles prévoient néanmoins qu'ils ne reçoivent point application à l'égard d'une personne soumise au secret professionnel. En conséquence, il faut se reporter au seul article 226-14 du Code précité énonçant différentes hypothèses dans lesquelles la personne dépositaire du secret peut parler sans craindre de poursuites à son encontre.

L'article 226-14 du Code précité vise principalement les médecins et autres professionnels de la santé. En définitive, le médiateur ne devrait être contraint de parler que dans le cadre défini par l'article 226-14 1° du Code pénal, soit pour des sévices ou atteintes sexuelles commis sur des mineurs de moins de quinze ans. Les conflits commerciaux n'offrent pas, faut-il du moins l'espérer, ce type de révélation. Le médiateur est donc tenu de respecter et de conserver le secret sur l'ensemble des révélations et propos recueillis lors du processus de médiation, peu important leur caractère infractionnel.

De la même manière que le médiateur, chacune des parties pourra voir sa responsabilité civile⁷⁸⁵ engagée pour toutes les fautes commises tout au long du processus de médiation.

§2 : La responsabilité civile des parties.

471. La responsabilité de l'une des parties peut notamment être recherchée pour le comportement qu'elle a pu adopter au cours du processus de médiation, voire postérieurement.

La nature de la responsabilité civile des parties ne pose pas de réelles difficultés, puisque le processus de médiation est initié par la mise en œuvre d'une stipulation contractuelle et dont

⁷⁸⁵ La responsabilité pénale des parties obéit aux règles classiques du droit pénal et de la procédure pénale ne justifiant pas ainsi une étude particulière.

le cadre est défini entre chacun des protagonistes par un contrat de médiation. Dès lors, la responsabilité encourue est contractuelle.

A l'inverse, dans l'hypothèse d'un comportement déloyal au cours ou après le processus de médiation, ou lors de l'exercice de la faculté de résiliation unilatérale, toute la difficulté tient à la démonstration de l'existence d'une violation d'une obligation caractérisant une faute. Il conviendra alors de déterminer et de démontrer la faute commise (A), ainsi que le préjudice subi (B).

A. La démonstration d'une faute.

472. La démonstration d'une faute passe par la caractérisation de la violation par l'une des parties de ses obligations (1). La preuve de cette faute constituera aussi une difficulté à surmonter (2).

1. La faute.

473. Les parties sont soumises à un certain nombre d'obligations qui, au titre de leur obligation respective de négocier, prennent naissance lors de la mise en œuvre de la clause de médiation. Cette obligation les astreint à mettre en place correctement le processus de médiation et à conclure un protocole de mission, dit contrat de médiation ; la négociation d'une solution amiable intervenant après. A chacune de ces étapes, chacun des protagonistes peut commettre une faute l'amenant consciemment ou non à violer une ou plusieurs de ces obligations.

Deux situations constitueront certainement le terreau de la majorité des actions en responsabilité civile : un comportement déloyal et contraire à la bonne foi au cours du processus de médiation et la violation de l'obligation de confidentialité.

474. Le contrat de médiation obéit aux exigences de bonne foi et de loyauté au cours du processus de négociation⁷⁸⁶. Une des situations les plus fréquentes consistera sans doute en une attitude déloyale de l'une des parties pendant la négociation d'une solution amiable au conflit « *en laissant paraître qu'elle y est prête tout en s'opposant sciemment à son aboutissement*⁷⁸⁷ ».

Aussi, l'avancement de la négociation, une rupture tardive, la croyance légitime créée ou encore la brutalité de la rupture constitueront autant de critères pouvant aider à caractériser l'existence d'une faute lors du processus de médiation ou à l'occasion de l'exercice de la faculté de résiliation unilatérale.

L'une des parties ne peut par exemple, après avoir désigné le médiateur, déclarer au cours de la première réunion rompre le processus de médiation. Dans cette hypothèse, la rupture est brutale et manque de sérieux, puisque cette partie fait preuve d'incivilité en n'accordant aucun crédit à la médiation tout en ayant laissé espérer à son partenaire, par la nomination du médiateur, une négociation réelle.

La difficulté dans la caractérisation d'une telle faute tient à ce mélange d'objectivité et de subjectivité dans l'évaluation du comportement de cette partie indécise. Les critères de bonne foi et de loyauté constituent effectivement un des éléments permettant de garantir une certaine équité dans le processus de médiation, laissant toutefois supposer que seules les situations les plus graves et évidentes seront susceptibles d'être sanctionnées.

475. Quant à l'exigence de confidentialité incombant à chacune des parties, elle a vocation, sauf volonté contraire de ces dernières, à s'appliquer pendant et après ledit processus. L'obligation de confidentialité a donc pour particularité de développer des effets post-contractuels, puisqu'elle lie les parties après le terme du processus de médiation.

⁷⁸⁶ *Supra* n°328 s.

⁷⁸⁷ Guinchard S., Bandrac M., Douchy M., Ferrand F., Lagarde X., Magnier V., Ruiz Fabri H., Spinoli L., Sorel J.-M., *Droit processuel*, Dalloz, 3^{ème} éd., 2003, p 939, n°601.

Une action en responsabilité contractuelle est envisageable pour violation de la clause de confidentialité, lorsque l'une d'elles a révélé des informations couvertes par cette exigence de confidentialité ; la révélation impliquant une communication à des personnes extérieures au rapport d'obligation et donc non autorisées.

Le demandeur devra cependant démontrer qui est à l'origine de la révélation des faits couverts par la confidentialité. Quant à la sanction, elle ne pourra être qu'indemnitare puisque l'information confidentielle, une fois révélée, est perdue, tous ses effets ayant été épuisés par la révélation.

2. La preuve d'une faute.

476. La preuve d'une éventuelle faute risque cependant d'être difficile à rapporter en raison de la confidentialité inhérente au processus de médiation. Pour autant, la confidentialité ne peut devenir un obstacle à une action en responsabilité civile.

Il apparaîtrait effectivement choquant que cette partie fautive se retranche derrière la confidentialité pour échapper aux conséquences de son comportement lors du processus de médiation. La situation pourrait être la suivante : la partie fautive forme une demande reconventionnelle fondée sur la violation de l'exigence de confidentialité et sollicite à ce titre une condamnation à des dommages et intérêts, entraînant éventuellement une compensation en cas d'accueil favorable de la demande principale.

Confronté à une telle situation, le juge ne peut pas priver la victime de son droit d'ester en justice et rejeter son action en responsabilité en raison de la confidentialité attachée à l'entier processus de médiation. Deux propositions peuvent toutefois être avancées dans l'attente d'une position de la jurisprudence.

477. Le juge devrait clairement distinguer le litige au fond, objet du processus de médiation, du litige portant sur la responsabilité de l'une des parties en prononçant, s'il l'estime opportun, une décision de sursis à statuer le temps de trancher le fond⁷⁸⁸.

En effet, le contentieux relatif à la responsabilité civile de l'une des parties est périphérique et en ce sens, l'exigence de confidentialité devrait recevoir une application assouplie de nature à favoriser la manifestation de la vérité.

Les parties devraient pouvoir présenter au juge les conditions dans lesquelles la médiation s'est déroulée et démontrer ainsi le comportement fautif de la partie assignée. Afin d'éviter toute publicité extérieure, le juge pourrait décider, à la demande des parties et sous certaines conditions restrictives, que les débats se déroulent en chambre du conseil conformément à l'article 435 du NCPC.

478. Le juge pourrait également s'attacher à ne retenir la responsabilité civile de la partie fautive qu'en cas de faute évidente, flagrante⁷⁸⁹, en raison de la faculté dont dispose chacune des parties de se désengager du processus à tout moment.

Il apparaîtrait effectivement étonnant, voire suspect, qu'une partie reste engagée dans la négociation alors même que son partenaire contractuel adopte une attitude déloyale à son

⁷⁸⁸ Un auteur a proposé pour garantir les parties contre toute risque de partialité du juge saisi de réaliser une véritable séparation des fonctions de juge de la conciliation (ou médiation) et juge du litige. En d'autres termes, les magistrats devraient d'eux-mêmes (l'article 339 du NCPC ne créant à leur égard aucune obligation) pratiquer cette autodiscipline en distribuant à des magistrats différents le contentieux relatif à l'objet de la médiation et celui portant sur la responsabilité de l'une des parties. V. Joly-Hurard, *Conciliation et médiation judiciaires*, Thèse précitée, p 48, n°48.

⁷⁸⁹ Guinchard S., Bandrac M., Douchy M., Ferrand F., Lagarde X., Magnier V., Ruiz Fabri H., Spinoli L., Sorel J.-M., *Droit processuel*, Dalloz, 3^{ème} éd., 2003, p 939, n°601.

égard. On peut estimer que cette partie adopterait elle-même un comportement incohérent dans le sens où elle laisserait son dommage se créer et perdurer.

B. La détermination du préjudice.

479. La question de l'évaluation du préjudice subi se pose avec acuité. La responsabilité étant de nature contractuelle eu égard à la conclusion d'un contrat de médiation, les règles relatives au préjudice réparable obéiront aux articles 1149 et suivants du Code civil.

480. L'article 1150 du Code précité limite la dette du débiteur aux seuls dommages et intérêts prévisibles avec pour exception l'éventuelle démonstration d'une inexécution dolosive. Cette limitation du dommage contractuel se justifie dans le sens où l'auteur du manquement contractuel ne peut être tenu qu'aux seules conséquences de son inexécution prévue ou prévisible au moment de la formation du contrat. Même inexécutée, l'obligation reste marquée du sceau de la volonté initiale des parties et de la délimitation qu'elles ont pu apporter au champ contractuel.

481. Dans le cadre de la médiation, le manquement à l'exigence de bonne foi et de loyauté ou encore de confidentialité peut effectivement créer un préjudice. Toute la difficulté réside dans la détermination des préjudices réparables. Il apparaît que le préjudice pourra être soit moral soit matériel.

482. Dans la première hypothèse, il est davantage fait référence à l'atteinte portée à la réputation ou à l'honneur de la victime aux yeux des tiers et plus particulièrement des acteurs intervenant sur le même marché économique. Un tel préjudice est aujourd'hui admis et susceptible de faire l'objet d'une réparation.

Ce type de préjudice n'est effectivement pas à négliger, puisque la clause de médiation a essentiellement vocation à s'appliquer entre des professionnels et notamment des entreprises souvent à dimension internationale. Dès lors, la réputation ou l'image constitue pour eux une préoccupation constante et ils ne peuvent en conséquence se permettre toute diffusion en ce sens aux autres acteurs économiques.

483. Dans la seconde hypothèse, le préjudice subi est relativement simple à évaluer puisque lié aux différents frais engagés et engendrés par le processus de médiation : honoraires du médiateur et frais administratifs de la médiation, honoraires de son conseil, frais de déplacement...

En revanche, la question de la réparation de la perte de chance de conclure un accord amiable est plus délicate. En effet, il est clairement entré dans le champ contractuel que le processus de médiation ne garantissait aucune issue amiable et que chacune des parties disposait de la faculté de se désengager à tout moment dès lors qu'elle estime que les conditions d'un accord ne sont pas réunies. Au vu de ces deux observations, la perte de chance semble inexistante, puisque les parties ne s'étant à aucun moment obligées à aboutir à un accord amiable, elles ont donc pu mesurer en toute connaissance de cause la portée de leur engagement et les risques d'un échec possible du processus de médiation⁷⁹⁰. Pour autant, cette analyse est à tempérer, lorsque l'une des parties a clairement manqué à son exigence de bonne foi et de loyauté. Dans cette hypothèse, ce manquement élémentaire a privé la partie victime d'une chance plus ou moins sérieuse d'aboutir à un accord. En effet, si le processus de médiation

⁷⁹⁰ La solution peut être rapprochée de celle retenue dans le cadre des pourparlers, dans une certaine mesure toutefois car la médiation est un processus conventionnel. La Cour de cassation, dans deux arrêts récents, est effectivement revenue sur le caractère réparable de la perte de chance de réaliser les gains espérés qu'aurait permis la conclusion du contrat projeté. V. Civ. 3^{ème}, 28 juin 2006, JCP éd. G 2006 II 10130 note Deshayes O., JCP éd. G 2006 I 166 n°6 obs. Stoffel-Munck Ph. ; Com. 26 novembre 2003, Bull. Civ. IV n°186, D 2004 p 869 note Dupré-Dallemagne, JCP éd. E 2004 p 738 note Stoffel-Munck Ph., RTD Civ., 2004 p 80 & 84 obs. Mestre J. et Fages B., RDC 2004 p 257 obs. Mazeaud D.

s'était déroulé selon les règles de bonne foi et de loyauté, alors un accord amiable aurait sans doute pu être trouvé et conclu entre les parties. En conséquence, le débat est difficile à trancher et laissera davantage la place à une étude d'espèce soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond⁷⁹¹.

A l'inverse, ce préjudice ne sera pas considéré comme réparable pour la perte de chance d'éviter un procès, puisque les parties ne pouvaient ignorer le risque d'échec de la médiation et ont pu mesurer les conséquences d'une éventuelle défaillance. Sauf à démontrer l'existence d'une faute dolosive, la réparation du préjudice subi s'en trouve ainsi singulièrement réduite.

* *

*

484. L'échec du processus de médiation est le constat que le désaccord entre les parties n'est pas susceptible de recevoir une solution amiable. Tous les conflits ne peuvent effectivement pas être résolus par la voie du dialogue. L'aventure de la médiation s'arrête donc lors de la signature du procès-verbal de non conciliation. Chacune des parties retrouve son droit d'agir en justice et pourra ainsi saisir le juge compétent. L'échec de la médiation peut aussi entraîner l'exercice d'une action en responsabilité civile et / ou pénale à l'encontre de chacun des protagonistes. La confidentialité inhérente au processus de médiation rendra moins évidente la démonstration des fautes commises. Pour autant, aucun des acteurs de la médiation n'est irresponsable.

Conclusion du Titre II

⁷⁹¹ Civ. 2^{ème}, 22 février 1989, Bull. Civ. II n°46. La Cour de cassation laisse effectivement aux juges du fond le pouvoir d'apprécier souverainement l'existence d'une perte de chance.

485. En tant que mode de règlement amiable des conflits, la médiation doit logiquement aboutir à un succès mais l'échec reste cependant possible.

La conclusion d'un accord de conciliation consacre la réussite du processus de médiation. Dans le cadre de ce mode conventionnel de règlement des différends, les parties peuvent user de leur liberté contractuelle pour la formalisation de leur accord et lui donner ainsi la qualification la plus adéquate à la volonté exprimée. Dans les majorités des cas, les parties concluront une transaction mettant fin en tout ou partie à leur différend.

L'avantage du contrat de transaction est qu'il offre une portée juridique forte en raison de son effet extinctif et de la faculté d'y apposer la formule exécutoire selon la procédure décrite par l'article 1441-4 du NCPC. Néanmoins, l'accord des parties ne recevra pas, de façon systématique, la qualification de transaction mais pourra prendre par exemple la forme d'un engagement d'honneur, d'une modification du contrat ou encore d'une rupture amiable de celui-ci.

A l'inverse, tout processus de médiation comporte inévitablement un risque d'échec, puisqu'il repose avant tout sur la coopération et la bonne volonté de chacun des acteurs. L'échec de la médiation entraîne logiquement la fin de la suspension de la liberté d'agir en justice de chacune des parties. Elles sont alors libres de saisir le juge étatique ou de recourir à l'arbitrage. L'échec du processus de médiation peut aussi engendrer un contentieux parallèle, à savoir la mise en œuvre d'une action en responsabilité dirigée contre le médiateur ou l'une des parties pour les fautes commises lors dudit processus.

Conclusion de la 2^{ème} Partie

486. La clause de médiation postule une obligation de négocier se traduisant par deux obligations successives.

Dans un premier temps, les parties doivent participer activement à la mise en place du processus de médiation, notamment par la désignation du médiateur. Elles doivent à cet effet s'entendre sur la personne de celui-ci, augurant ainsi de difficultés potentielles pour des parties en conflit. Il leur appartiendra ensuite de définir ensemble les modalités de déroulement du processus de médiation par la conclusion d'un protocole de mission, appelé contrat de médiation. Ce contrat engendre un certain nombre d'obligations à la charge de chacun des protagonistes afin de fixer les règles essentielles applicables tout au long de la négociation.

Dans un second temps, la négociation entre les parties, sous l'égide du médiateur, pourra aboutir à une réussite mais également se solder par un échec. L'issue favorable permet aux parties de conclure un accord de conciliation qui revêtira la qualification choisie par ces dernières en fonction de leur volonté exprimée. La seconde éventualité marque le terme du processus de médiation, permettant de fait aux parties de retrouver leur liberté d'agir en justice pour voir régler au fond leur différend par le juge étatique ou l'arbitre.

Conclusion générale

487. Il est habituel de présenter l'institution judiciaire comme étant actuellement en crise⁷⁹². La complexité accrue des règles juridiques, la lourdeur et le coût d'une procédure juridictionnelle constituent autant de sources d'insatisfaction exprimées par les justiciables. La décision judiciaire est, elle-même, critiquée en raison du caractère aléatoire et parfois imprévisible de son dispositif mais aussi de ses conséquences souvent peu équitables et détachées de l'environnement personnel et économique de chacune des parties.

L'arbitrage, de son côté, est confronté à certaines critiques qui ont en majorité trait à sa juridictionnalisation croissante⁷⁹³. Autrefois loué pour sa rapidité et sa flexibilité, l'arbitrage est aujourd'hui victime d'une désaffection perceptible, mais mesurée, en raison notamment de son coût, de la multiplication du nombre de recours en appel ou en annulation contre les sentences rendues et des actions en responsabilité fréquemment engagées à l'encontre des arbitres. L'ensemble de ces considérations ne contribue assurément pas à créer un terrain favorable pour le recours à ce mode de règlement juridictionnel des litiges.

488. La fréquence et la complexité des conflits commerciaux ainsi que le souci d'obtenir une solution satisfaisante dans des délais relativement brefs ont amené les agents économiques à se tourner vers les modes alternatifs de règlement des conflits.

L'intérêt du recours à un processus de médiation ou de conciliation ou encore à une expertise amiable est, en premier lieu, de laisser à chacune des parties la maîtrise du différend. Elles ne sont effectivement pas dépossédées du traitement de celui-ci tant dans la mise en œuvre du

⁷⁹² Pour une approche prospective de la crise affectant la justice et plus généralement la société actuelle, V. notamment Crozier M., *Le mal américain*, Fayard, 1981 ; Cadiet L., *Le spectre de la société contentieuse*, Mélanges en l'hommage à Gérard Cornu, Puf, 1995, p 29.

⁷⁹³ Oppetit B., *Arbitrage, médiation et conciliation*, Rev. Arb. 1984 p 307, spé p 322, n°12.

processus choisi que dans son issue et notamment dans la rédaction et le contenu d'un éventuel accord amiable.

Les modes alternatifs de règlement des conflits sont aussi appréciés pour leur célérité, leur coût réduit, la confidentialité qui leur est attachée et enfin la capacité pour chacune des parties de pouvoir régler leur différend qui les oppose d'une manière globale en prenant en considération les aspects juridiques, économiques, financiers et humains de leur conflit.

489. A la faveur de ces modes de règlement extrajudiciaires, les différents agents économiques, plutôt que d'attendre la survenance d'un différend, ont préféré anticiper son éclosion en insérant notamment dans leur contrat une clause de médiation.

Cette stipulation impose aux parties, préalablement à toute action en justice, de mettre en place un processus de médiation en vue de négocier, sous l'égide d'un médiateur, les termes d'une solution amiable.

490. La clause de médiation présente néanmoins une certaine fragilité, puisque son exécution correcte est conditionnée par la bonne volonté et à la coopération de chacune des parties tant dans le respect de leur obligation de ne pas agir en justice jusqu'au terme du processus de médiation que dans l'exécution de leur obligation de négocier.

En dépit de son évidente nature contractuelle, la clause de médiation a suscité beaucoup d'interrogations quant à la nature des sanctions qui pourraient lui être appliquées notamment en cas de non-respect de l'obligation de ne pas agir en justice.

La Chambre mixte, dans son arrêt du 14 février 2003, a clairement mis un frein aux divergences en restaurant la force obligatoire de la clause de médiation et en consacrant la dualité de son objet, contractuel par sa source et processuel par ses effets. Le caractère dual de son objet a amené à s'intéresser tout particulièrement à chacune de ses obligations pour découvrir leur nature et leur régime juridique.

491. L'obligation de ne pas agir en justice est ainsi apparue comme une obligation de ne pas faire, atypique, ayant pour effet d'entraîner une suspension du droit d'action de chacune des parties. Ces dernières voient l'exercice de leur droit d'action suspendu jusqu'au terme du processus de médiation. L'originalité de cette obligation a permis de mettre en lumière son régime juridique et notamment ses conditions de validité par rapport à la notion de libre disponibilité des droits et à la liberté d'accéder au juge.

Une autre difficulté fut de déterminer les modalités d'exécution de cette obligation dans l'hypothèse notamment de son inexécution et quant à certains autres aspects de son régime juridique laissés en suspens ou insuffisamment envisagés par la Chambre mixte dans son arrêt du 14 février 2003.

492. À la suite de la survenance d'un conflit, les parties se sont engagées à mettre en œuvre le processus de médiation ; elles doivent, dès lors, exécuter leur obligation de négocier qui se réalise en deux temps.

Les parties sont, en premier lieu, tenues de procéder à la désignation d'un médiateur ayant pour mission de recréer entre elles un espace de dialogue et de communication en vue de parvenir à la conclusion d'un accord amiable. Il appartiendra aux parties de s'entendre sur la personne du médiateur en déterminant les qualités qu'elles attendent de celui-ci.

A la suite de cette nomination, les parties et le médiateur vont définir ensemble les conditions dans lesquelles se déroulera le processus de médiation en concluant un contrat de médiation, véritable contrat de négociation. L'ensemble des protagonistes devra, ainsi soit rédiger ledit contrat en déterminant et détaillant les différentes obligations incombant à chacune d'eux, soit adhérer à un règlement de médiation si les parties ont opté pour une médiation organisée dans le cadre d'un centre spécialisé.

La négociation devra se dérouler dans un esprit de bonne foi et de loyauté afin de garantir aux protagonistes un traitement équitable, car *« si une procédure juste ne prémunit pas des*

*jugements injustes, il y a peu de chances, en revanche, qu'une procédure injuste conduise à de justes jugements*⁷⁹⁴ ».

Les parties ne s'engageant à aucun moment à aboutir à une solution amiable, pourront se séparer sur un constat d'échec leur permettant alors de saisir, dans le respect d'éventuelles stipulations contractuelles, le juge étatique ou arbitral pour voir tranché leur différend. A *contrario*, dans l'hypothèse d'une issue plus favorable, les parties auront réussi à se rapprocher et à conclure un accord amiable mettant fin à leur conflit.

493. La médiation conventionnelle offre ainsi à ses utilisateurs une certaine souplesse et la perspective d'apporter une solution amiable à leur conflit dans le souci constant de préserver leurs relations contractuelles présentes et à venir.

Il importe donc de veiller à préserver l'originalité et la spécificité de la médiation sans perdre de vue qu'elle ne peut en aucun cas constituer la panacée répondant à tous les conflits commerciaux. Elle n'a pas vocation à devenir un mode de règlement systématique desdits conflits.

Expression de l'exercice de la liberté contractuelle, la clause de médiation doit demeurer une stipulation contractuelle modulable selon la volonté exprimée des parties ; il convient ainsi de se garder de toute tentation d'élaboration d'une réglementation qui risquerait de nuire à sa pérennité. La Cour de cassation dans sa formation de Chambre mixte a démontré dans son arrêt du 14 février 2003 que les juges étaient suffisamment armés pour apprécier l'existence, la validité et le régime juridique des clauses relatives à l'action en justice.

« Si le procès pénètre le contrat, le contrat pénètre aussi le procès, processualisation du contrat et contractualisation du procès apparaissant ainsi comme le recto et le verso d'une

⁷⁹⁴ Cadiet L., *Procès équitable et modes alternatifs de règlement des conflits*, in *Variations autour d'un droit commun*, sous la direction de Delmas-Marty M., Muir Watt H., Ruiz Fabri H., Société de Législation Comparée, 2002, p 89, spé p 90, n°2.

*même réalité*⁷⁹⁵ ». La clause de médiation constitue une illustration caractéristique de ce phénomène de compénétration entre le contrat et le procès amenant ainsi à l'avenir à s'interroger plus généralement sur l'existence d'un contrat processuel.

Annexes

- Exemples de clause de médiation.

- Règlement de médiation du Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris (CMAP).

- Règlement de médiation de l'Institut d'Expertise, d'Arbitrage et de Médiation (IEAM).

- Règlement de médiation du Centre Interprofessionnel de Médiation et d'Arbitrage de la Région Rhône-Alpes (CIMA).

Exemples de clause de médiation.

Dans le cadre de la clause de médiation, il appartient aux parties de circonscrire son objet, c'est-à-dire de déterminer dans quelles hypothèses de conflit la clause de médiation aura vocation à s'appliquer.

⁷⁹⁵ Cadiet L., *Les jeux du contrat et du procès : esquisse*, Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, Editions Frison-Roche, 1999, p 23, spé p 25, n°3 ; Sur cette question de la compénétration entre le contrat et le procès V. Sous la direction de Ancel P., Rivier M.-C., *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Economica, 2001.

Elles peuvent dès lors limiter l'application de la clause aux seuls cas de conflits d'interprétation, d'exécution, de formation⁷⁹⁶ ou viser toutes les contestations à naître relatives au contrat ... La liberté reste entière pour les parties, à condition que la rédaction de l'objet de l'obligation soit claire, précise et sans équivoque.

Exemple n°1.

« Tous les différends relatifs à la validité, à l'interprétation, l'exécution ou l'inexécution ou la résiliation du présent contrat, seront soumis, préalablement à toute action en justice, à une médiation conventionnelle conformément au règlement du Centre (*à désigner*) auxquels les parties déclarent adhérer ».

Exemple n°2.

« Préalablement à tout recours au juge arbitral ou étatique, les parties s'obligent à négocier dans un esprit de loyauté et de bonne foi un accord amiable dans le cadre d'une médiation en cas de survenance de tout conflit relatif au présent contrat, y compris portant sur sa validité.

(Choisir selon la volonté des parties)

⁷⁹⁶ V. Civ. 2^{ème}, 6 juillet 2000, Contrats Conc. Consom. Janvier 2001 n°2 obs. Leveneur L. En l'espèce, la Cour de cassation admet que la clause de conciliation (ou de médiation) puisse s'appliquer pour des questions touchant à la formation du contrat principal. En conséquence, le préliminaire de conciliation (ou de médiation) devra être respecté et mis en œuvre même pour une demande portant sur une action en nullité dudit contrat. L'intention des parties est donc sauve !

1. Le médiateur (Mme ou M. X) sera saisi par lettre recommandée avec accusé de réception par la partie souhaitant mettre en œuvre le processus de médiation et elle précisera les différents éléments du conflit. L'autre partie devra en être informé le même jour et dans les mêmes conditions.

(Ou)

La partie souhaitant mettre en œuvre le processus de médiation devra en informer l'autre partie par lettre recommandée avec accusé de réception en indiquant les éléments du conflit et en proposant le cas échéant le nom d'un médiateur.

Si les parties ne parviennent pas à s'entendre sur le nom d'un médiateur ou si ce dernier n'accepte pas sa mission dans un délai de (à préciser), la partie la plus diligente pourra saisir le juge des référés afin que celui-ci désigne un médiateur.

2. Le processus de médiation aura une durée de (à préciser) à compter de l'acceptation de sa mission par le médiateur (ou à compter de la date de la première rencontre ou encore dès la consignation des honoraires du médiateur).

Le médiateur ou chacune des parties peuvent proposer la prorogation du délai initial en sollicitant leur accord exprès.

Durant tout le processus de médiation et jusqu'à son issue, les parties s'interdisent d'exercer toute action en justice l'une contre l'autre et pour le conflit objet de la médiation. Par exception, les parties sont autorisées à saisir la juridiction des référés ou à solliciter le prononcé d'une ordonnance sur requête.

3. Le cours de la prescription sera suspendu à compter de la mise en œuvre du processus de médiation soit la date de réception de l'acte d'information envoyé par lettre recommandée avec accusé de réception.

La suspension du cours de la prescription prendra fin à la date de la signature du procès-verbal de conciliation ou de non-conciliation.

En cas de refus de l'une des parties de signer ledit procès-verbal, l'autre partie peut prendre acte de ce refus en l'informant qu'à défaut de réaction de sa part dans un délai (à préciser), la saisine du juge compétent sera possible.

4. Les honoraires du médiateur et les frais administratifs de la médiation seront supportés à égalité par chacune des parties ».

Règlement de Médiation du Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris :

Article 1 : Saisine du Centre

La médiation est mise en œuvre à la demande des parties lorsqu'elles en conviennent à la naissance du litige. Elle l'est également à la demande de l'une d'elles lorsque les parties en sont convenues aux termes de leur contrat.

La médiation peut aussi être mise en œuvre :

- a) à la demande d'une partie qui souhaite voir le Centre proposer cette médiation et si l'autre partie ne s'y oppose pas,
- b) ou encore, lorsque le Centre est saisi d'une demande d'arbitrage et qu'il estime qu'une médiation peut être proposée aux et si celles-ci l'acceptent.

Toute médiation dont l'organisation est confiée au CMAP emporte adhésion des parties au présent règlement.

Article 2 : Demande de médiation

Le Centre est saisi, à la demande des parties ou de l'une d'elles, d'une requête de médiation qui indique :

- l'état civil ou la dénomination sociale et l'adresse des parties,
- l'objet sommaire du litige,
- leur position respective ou la position de la partie qui saisit le Centre.

La requête n'est enregistrée que si elle est accompagnée du paiement des frais d'ouverture, tels que fixés selon le barème en vigueur, en application de l'article 8 du présent règlement. En toute hypothèse, cette somme demeurera acquise au Centre.

En cas de médiation proposée par le Centre (articles 1 alinéa 2b du règlement de médiation et 19 du règlement d'arbitrage), la requête d'arbitrage tient lieu de requête de médiation. Elle entraîne le versement de la provision prévue à l'alinéa précédent, sur laquelle sera imputée la somme versée lors de l'enregistrement de la requête d'arbitrage.

Article 3 : Information de l'autre partie

1. En présence d'une clause de médiation :

Lorsqu'il est saisi par une partie qui invoque l'existence d'une clause de conciliation ou de médiation stipulée au contrat objet du différend, le CMAP informe l'autre partie de la mise en œuvre de la médiation. Il lui adresse le présent règlement et lui laisse, à réception du courrier du CMAP, un délai de 15 jours pour faire part de ses observations.

2. En l'absence de clause de médiation :

Dès que la demande est enregistrée, le Centre en informe l'autre partie et lui propose la mise en œuvre de la médiation. Il lui adresse le présent règlement et lui laisse, à réception du courrier du CMAP, un délai de 15 jours pour répondre à la proposition.

Article 4 : Réponse à la demande

1. En présence d'une clause de médiation :

Dès réception des observations de l'autre partie ou à l'expiration du délai prévu à l'article 3.1 ci-dessus, le Secrétariat général du Centre saisit la Commission d'agrément et de nomination du CMAP en vue de la désignation du médiateur.

2. En l'absence de clause de médiation :

En cas d'accord de l'autre partie, le Secrétariat général du Centre saisit la Commission d'agrément et de nomination du CMAP en vue de la désignation du médiateur.

En cas de refus explicite de la proposition de médiation comme en l'absence de réponse après l'expiration du délai prévu à l'article 3.2 ci-dessus, le Centre en informe la partie qui l'a saisi et clôt le dossier, les frais d'ouverture versés lui demeurant acquis.

Article 5 : Désignation du médiateur

Dès l'accord des parties sur la médiation ou lorsque le contrat contient une clause d'adhésion au présent règlement, la Commission d'agrément et de nomination désigne un médiateur, choisi en fonction de la nature du litige, le cas échéant sur proposition des parties.

Le CMAP peut proposer aux parties qu'assiste aux réunions de médiation un médiateur en formation. Celui-ci est tenu à la même obligation de confidentialité que le médiateur désigné.

Article 6 : Indépendance, neutralité et impartialité du médiateur

Le médiateur doit être indépendant, neutre et impartial à l'égard des parties. Le cas échéant, il doit leur faire connaître, ainsi qu'au Secrétariat général du CMAP, les circonstances qui seraient, aux yeux des parties, de nature à affecter son indépendance et/ou son impartialité. Il ne peut alors être confirmé ou maintenu dans sa mission qu'après décision de la Commission d'agrément et de nomination et avec l'accord écrit de toutes les parties.

Le médiateur, désigné par la Commission, signe une déclaration d'indépendance.

Si, au cours du processus de médiation, le médiateur constate l'existence d'un élément de nature à mettre en cause son indépendance et/ou son impartialité, il en informe les parties. Sur accord écrit de celles-ci, il poursuit sa mission. Dans le cas contraire, il suspend la médiation. La Commission d'agrément et de nomination procède alors au remplacement du médiateur.

Article 7 : Rôle du médiateur et déroulement de la médiation

1. Le médiateur aide les parties à rechercher une solution négociée à leur différend. Dans la loyauté et le souci du respect des intérêts de chacune des parties, il est maître des modalités d'exécution de sa mission. S'il estime utile, il peut entendre les parties séparément, après avoir reçu leur accord de principe. Dans ce cas, il veille à assurer un équilibre de traitement entre toutes les parties et à faire respecter la confidentialité (voir alinéa 4 ci-dessous).

2. En médiation conventionnelle, le médiateur, au début de sa mission, fait signer par les parties une convention de répartition des frais et honoraires de médiation.

3. Lorsqu'il existe une clause de médiation, le refus d'une partie d'assister à la réunion organisée par le médiateur donne lieu à l'établissement d'un constat de fin de mission remis par le médiateur au Centre. Un constat est également établi par le médiateur lorsque la médiation s'achève sans que les parties soient parvenues à un accord. Le Secrétariat général du CMAP procède alors à la clôture du dossier et en informe les parties.

4. Le médiateur et les parties sont tenus à la plus stricte confidentialité pour tout ce qui concerne la médiation ; déclaration ou proposition effectuée devant le médiateur ou par lui ne peut être utilisée ultérieurement, même en justice, sauf accord formel de toutes les parties.

5. La durée de la médiation ne peut excéder deux mois à compter de la désignation de médiateur par le Centre. Cette durée peut être prolongée par le CMAP ou le juge ayant ordonné la médiation, avec l'accord du médiateur et de toutes les parties, le Centre se réservant la possibilité de clore d'office le dossier à l'expiration d'un délai de six mois à compter de la saisine du médiateur, les frais administratifs lui demeurant acquis.

6. S'il apparaît au médiateur que le processus de médiation n'aboutira pas à un accord, il peut mettre fin d'office à sa mission. De même et à tout moment, chacune des parties peut librement mettre un terme au déroulement de la médiation.

7. Dans l'hypothèse où le médiateur s'estime dans l'impossibilité de poursuivre sa mission, il suspend cette dernière. Il en avertit aussitôt le Secrétariat général du CMAP. La Commission d'agrément et de nomination procède alors à son remplacement dans les meilleurs délais, si les parties en expriment le souhait.

8. Dans l'hypothèse prévue à l'article 1 alinéa 2b, à tout moment, les parties peuvent demander qu'il soit mis fin à la médiation et, le cas échéant, que soit immédiatement mis en œuvre la procédure d'arbitrage.

9. Le médiateur ne peut être désigné arbitre ni intervenir à quelque titre que ce soit dans le litige subsistant, sauf à la demande écrite de toutes les parties.

10. L'accord intervenu au cours de la médiation fait l'objet d'un écrit signé par les parties.

11. Dans l'hypothèse d'un litige à caractère international, les parties peuvent demander au médiateur s'il est disposé à être désigné par le Centre en qualité d'arbitre afin de rendre une sentence d'accord parties.

En cas de réponse positive du médiateur, le CMAP ouvre une procédure d'arbitrage. Aux frais et honoraires dus au titre de la médiation, sont ajoutés la moitié des frais qui seraient dus au titre de la médiation, sont ajoutés la moitié des frais qui seraient dus au titre de l'arbitrage et

les honoraires de l'arbitre conformes au minimum de la tranche applicable au litige, tels que prévus par le barème annexé au règlement d'arbitrage en vigueur au jour de la saisine initiale du Centre.

Après le versement de la somme éventuellement due au titre de cette procédure d'arbitrage, la Commission d'agrément et de nomination est saisie d'une demande de validation de la désignation de l'arbitre.

La sentence est prononcée dans les conditions prévues au règlement d'arbitrage du CMAP.

Article 8 : Frais et honoraires de la médiation

Les frais et honoraires de la médiation sont fixés, selon le cas, en fonction du barème forfaitaire ou proportionnel annexé au présent règlement, en vigueur au jour de la saisine du Centre.

Au cours d'une médiation qui n'est pas soumise au barème forfaitaire, le Centre peut demander le versement d'une provision complémentaire à valoir sur les frais et horaires définitifs.

En cas de clause désignant le CMAP et sauf accord différent des parties, les frais et honoraires sont répartis également entre elles. En l'absence de clause contractuelle désignant le CMAP et à défaut d'accord sur la répartition du coût de la médiation, les frais et honoraires sont supportés par la partie requérante.

Si un arbitrage s'ensuit, aucun droit d'ouverture de dossier, autre que celui déjà versé pour la médiation, n'est dû par les parties.

Article 9 : Interprétation et règlement en vigueur

Toute interprétation du présent règlement est du ressort du Centre.

La demande est instruite conformément au règlement et au barème en vigueur au jour de son introduction.

Règlement de médiation de l'Institut d'Expertise, d'Arbitrage et de Médiation :

Article 1 : Objet

1. Les parties à un contrat peuvent convenir de rechercher une solution négociée à leur litige dans le cadre d'une médiation conduite conformément au présent règlement.
2. L'adhésion au présent règlement résulte soit de la convention initiale des parties, soit de la soumission d'un litige déjà né à la médiation de l'IEAM.
3. Les parties qui se soumettent à la médiation de l'IEAM s'engagent à y participer de bonne foi. Elles peuvent se faire assister par un conseil.

Article 2 : Mise en œuvre de la médiation

1. La demande de médiation

La demande de médiation est adressée au Secrétariat de l'IEAM.

Elle contient :

- Les noms, adresses, téléphones, télécopies et adresses électroniques des parties et éventuellement de leurs conseils ;
- L'exposé succinct du litige ;
- Le contrat comportant la clause de recours à la médiation de l'IEAM ou l'accord des parties pour y recourir.

A la réception de la demande et après enregistrement, le Secrétariat de l'IEAM notifie cette demande à l'autre partie sauf si la demande a été présentée conjointement par les deux parties.

2. Enregistrement de la demande

La demande de médiation est enregistrée par le Secrétariat de La demande de médiation est enregistrée par le Secrétariat dès versement de la provision forfaitaire par la partie demanderesse ou par les deux parties par moitié en cas de demande conjointe. La date d'enregistrement de la demande est le point de départ de la médiation.

3. Réponse à la demande de médiation

A défaut de réponse dans un délai de 15 jours qui peut être prorogé par deux fois par l'IEAM sur demande d'une partie, ou si la médiation est refusée le Secrétariat en avise l'autre partie. L'IEAM est alors dessaisi.

En cas de réponse positive à la demande de médiation celle-ci est adressée par le Secrétariat à l'autre partie.

Pour les médiations acceptées, hors clause contractuelle préalable, l'acceptation emporte reconnaissance de l'application du présent règlement.

4. Confidentialité

Dès l'enregistrement de la demande de médiation par le Secrétariat, tous les travaux et communications sont couverts par une stricte confidentialité.

Toute personne participant à la médiation, à quelque titre que ce soit, est soumise à cette règle.

Le médiateur ne peut révéler le contenu d'une information reçue d'une partie à l'autre qu'après avoir obtenu l'autorisation de la première.

5. Désignation du médiateur

Si les parties n'ont pas fait connaître leur accord sur le nom d'un médiateur, choisi sur la liste de l'IEAM, ou en dehors de celle-ci, si le médiateur choisi accepte expressément de respecter le présent règlement, le médiateur est choisi sur la liste des médiateurs de l'IEAM par la Chambre organe statutaire d'exécution de l'IEAM ou son délégué à la médiation, compte tenu de la nature du litige et des souhaits éventuellement exprimés par les parties.

La Chambre ou son délégué pourra le cas échéant désigner plusieurs médiateurs ou porter son choix sur un nom ne figurant pas sur la liste de l'IEAM.

Avant toute nomination, le Secrétariat demande au médiateur pressenti de lui adresser une déclaration d'indépendance ainsi que l'engagement de se conformer au présent règlement.

Dans les huit jours suivant la notification de la désignation du médiateur, chaque partie peut demander que celui-ci soit remplacé. La Chambre ou son délégué peut procéder au remplacement. Si après deux désignations successives, l'une des parties demande encore le remplacement du médiateur proposé, la médiation sera considérée comme ayant échoué, sauf si les parties expriment leur accord pour poursuivre la médiation.

En cas de décès, départ ou empêchement du médiateur, il est remplacé conformément aux dispositions précédentes.

6. Mission du médiateur

Le médiateur exécute sa mission en toute indépendance et impartialité. Sans être tenu au respect du principe du contradictoire, le médiateur doit assurer l'égalité de traitement des parties.

Il peut proposer aux parties les principes d'une solution transactionnelle.

La durée de la mission est de trois mois à compter de sa nomination. La Chambre ou son délégué peuvent proroger ce délai sur demande du médiateur, sauf opposition d'une partie.

7. Terme de la médiation

La médiation prend fin :

- à l'initiative du médiateur si la médiation lui paraît impossible ; il le notifie au Secrétariat qui en informe les parties ;

- à l'initiative d'une partie qui le notifie au Secrétariat ; celui-ci informe l'autre partie et le médiateur ;

- à l'expiration du délai ;

- par la signature d'un accord entre les parties.

8. Accord des parties

Le médiateur n'est pas partie à l'accord.

Les parties prévoient la confidentialité qu'elles entendent donner à leur accord.

9. Frais et honoraires de la médiation

Les frais et honoraires de la médiation sont fixés selon le barème en vigueur.

Toute demande de nomination d'un médiateur doit être accompagnée du versement d'une provision forfaitaire pour frais administratifs, fixée conformément au barème en vigueur. Cette somme n'est pas récupérable.

Après transmission du dossier du médiateur et sur avis de ce dernier, la Chambre ou son délégué fixe, compte tenu de la complexité du litige, une somme qui devra être versée provisionnellement et à parts égales par chaque partie, en dépôt à l'IEAM, à la demande du Secrétariat.

A la fin de la médiation, la Chambre ou son délégué liquide le montant des frais et honoraires de la médiation, afin que les parties puissent inclure ce montant dans leur accord.

10. Dispositions diverses

Toute personne ayant été désignée en qualité de médiateur s'interdit par là-même de remplir les fonctions d'arbitre, d'expert, de conseil ou de représentant d'une partie dans une procédure judiciaire ou arbitrale portant sur le litige qui a fait l'objet de la médiation.

Les parties s'interdisent, dans une procédure judiciaire ou arbitrale qui ferait suite à la médiation, de faire état :

- des propos tenus au cours de la médiation, comme les pièces obtenues de l'autre partie en cette circonstance ;
- des propositions du médiateur ;
- de l'acceptation d'une de ces propositions par une parties ;
- les parties s'interdisent également de faire citer le médiateur comme témoin ou sachant.

Règlement du Centre Interprofessionnel de Médiation et d'Arbitrage de la Région Rhône-Alpes.

Article 1 : Objet de la médiation

La médiation est un processus amiable qui organise l'intervention d'un tiers, indépendant et impartial, dont le rôle est d'aider les parties à élaborer, dans un esprit d'équité et de loyauté, les solutions permettant de mettre fin au différend qui les oppose.

Par « différend » on entend toute contestation, litige, conflit, marquant un désaccord quelle qu'en soit l'origine, la nature et les conséquences.

Article 2 : Mise en œuvre de la médiation

La médiation est mise en œuvre soit par :

1. Une convention de médiation

Cette convention est l'accord écrit par lequel les parties conviennent de soumettre leur différend à la médiation.

La convention de médiation peut prendre la forme, soit d'une clause de médiation insérée dans un contrat, soit d'un contrat indépendant.

L'existence d'une convention de médiation faisant référence au règlement du CIMA implique l'acceptation sans réserve du présent règlement.

2. Une demande écrite de soumettre un différend à la médiation

Cette demande de médiation peut être présentée conjointement par les parties au CIMA. A défaut de demande conjointe, la partie qui souhaite organiser une médiation saisit le CIMA, lequel informe sans délai l'autre parties, en sollicitant, de cette dernière, son acceptation du principe de la médiation.

L'absence de réponse dans un délai maximum de un mois à cette demande d'acceptation est considérée comme un refus de la médiation.

Dans tous les cas, les demandes doivent indiquer l'identité précise des parties, la nature du différend et le montant des intérêts en jeu.

En cas d'absence d'une convention de médiation faisant référence au règlement de médiation du CIMA, le présent règlement sera soumis aux parties qui devront le retourner dans un délai de quinze jours à compter de sa réception, revêtu de leur signature pour formalisation de leur acceptation.

Article 3 : Désignation du Médiateur

Le médiateur est unique.

Toutefois, si la nature du différend le justifie, le CIMA peut, à titre exceptionnel, accepter que soient nommés plusieurs médiateurs.

Si les parties s'accordent sur le nom d'un médiateur, cette désignation est soumise à l'agrément du CIMA.

Dans tous les autres cas, le CIMA désigne un médiateur en fonction de la nature du litige. Le médiateur doit être indépendant et impartial des parties.

En conséquence, il doit faire connaître, sans délai, avant et pendant la médiation, à chaque partie et au CIMA, les faits et circonstances de nature à affecter son impartialité et son indépendance.

Article 4 : Organisation de la médiation

Le médiateur, s'il l'estime opportun, peut faire signer aux parties une convention d'organisation de la médiation.

Après la nomination du médiateur, chaque partie communique à l'autre partie et au médiateur, les noms et adresses autorisées à l'engager juridiquement, en indiquant les éventuelles limites de ce mandat, ainsi que les noms et les qualités des personnes qui la représentent pendant la médiation.

Les parties déterminent, en concertation avec le médiateur, le lieu où se tiennent les réunions de médiation, la ou les langues qui sont utilisées et décident, plus généralement, de la manière dont s'organise la médiation.

Dans la mesure où un accord n'est pas possible entre les parties sur telle ou telle modalité, le médiateur règle, par une décision sans recours, les points litigieux.

Le médiateur veille à ce que la médiation se déroule le plus rapidement possible.

Les parties sont libres de fixer une limite de durée à la médiation.

Sauf accord exprès entre les parties et le médiateur, la médiation ne peut excéder trois mois à compter de la première réunion organisée par le médiateur.

Le médiateur est libre de rencontrer séparément les parties, mais les informations qui lui sont communiquées lors de ces rencontres ne peuvent être divulguées à l'autre partie sans autorisation expresse de la partie de qui elles émanent.

S'il l'estime utile, le médiateur peut demander aux parties de lui remettre, dans le délai qu'il fixe, un mémoire écrit développant leur position sur le différend.

Ce mémoire doit indiquer clairement s'il est destiné au seul médiateur et donc de nature confidentielle, ou s'il peut être communiqué à l'autre partie.

Par ailleurs, une partie peut toujours soumettre au médiateur, pour son information exclusive, des renseignements et pièces écrites qu'elle considère comme confidentiels.

Article 5 : Confidentialité de la médiation

La médiation a un caractère strictement confidentiel.

Le médiateur, les parties et toute personne associée d'une manière ou d'une autre à la médiation doivent respecter scrupuleusement cette confidentialité.

Pour marquer son adhésion à cette obligation, chacune de ces personnes, avant d'intervenir dans la médiation, doit approuver formellement le présent règlement.

En conséquence de ce qui précède, les parties renoncent expressément à utiliser, dans le cadre de toute éventuelle instance et/ou procédure judiciaire ou arbitrale :

- les vues, suggestions et déclarations faites par les parties au cours de la médiation ;
- les avis et propositions présentés par le médiateur ;
- les documents de toute nature établis dans le cadre de la médiation, sauf, s'agissant de celui constatant un accord, si son exécution oblige à le rendre public.

Pour sa part, le médiateur est tenu à une stricte obligation de confidentialité et ne peut, éventuellement, être déchargé de cette obligation de confidentialité qu'avec l'accord exprès et conjoint des parties.

Par ailleurs et conformément à l'esprit de sa mission, le médiateur n'est pas tenu de respecter le principe du contradictoire.

Le médiateur ne doit pas dévoiler à une partie une information reçue d'une autre partie, sauf si cette dernière l'y autorise expressément.

Sauf accord exprès et conjoint des parties, le médiateur s'interdit de remplir la fonction d'arbitre ou d'intervenir à quelque titre que ce soit dans une éventuelle procédure judiciaire ou arbitrale relative au différend ayant fait l'objet de la médiation.

Parallèlement le CIMA est tenu à la plus complète confidentialité et ne peut rendre publique l'existence d'une médiation, ni même la tentative d'organiser une médiation. Plus particulièrement, cette obligation de confidentialité couvre, y compris vis-à-vis des médiateurs figurant sur la liste, le déroulement des opérations de désignation du médiateur.

Article 6 : Fin de la médiation

La médiation prend fin :

1. par la signature d'un accord entre les parties ;
2. par une déclaration écrite conjointe des parties, faite à tout moment, indiquant qu'elles ne souhaitent pas poursuivre la médiation ;
3. par une déclaration écrite d'une partie, faite à tout moment, selon laquelle cette partie entend mettre un terme à la médiation ;
4. quand le délai de médiation est expiré et n'est pas prolongé ;
5. quand les règles fixées à l'article 7 ne sont pas respectées ;
6. par l'impossibilité physique pour le médiateur de poursuivre sa mission ;

(dans ce cas une autre médiation peut être organisée)

7. par la décision du médiateur de mettre fin à la médiation s'il estime qu'elle ne peut raisonnablement aboutir ou s'il considère que la médiation se déroule de manière déloyale ou/et inéquitable.

(dans le cas évoqué à l'alinéa 7, ci-dessus, le médiateur doit informer préalablement, par écrit, les parties de son intention et ne doit prendre sa décision de mettre fin à sa mission qu'au terme d'un délai de quinze jours à compter de la date d'envoi de cette information aux parties).

Article 7 : Frais et honoraires de la médiation

Les frais et honoraires de la médiation sont fixés par référence au barème arrêté par le CIMA.

A l'ouverture de la médiation et compte tenu de la nature du différend et du déroulement prévisible de la médiation, le versement d'une provision sur frais et honoraires peut être décidé.

Des provisions complémentaires peuvent être demandées.

Si l'une des parties ne consigne pas le montant des sommes réclamées dans les quinze jours suivant un rappel de la demande initiale, le CIMA et/ou le médiateur en informe l'autre partie, laquelle peut se substituer, pour ce versement, à la partie défaillante.

Dans le cas où les sommes réclamées ne sont pas versées dans un délai de trente jours à compter de la date de l'information précitée, la médiation est considérée comme abandonnée.

Dès la fin de la médiation, quelle qu'en soit la cause, le CIMA et/ou le médiateur établit l'état définitif des frais et honoraires.

Le CIMA peut percevoir l'intégralité des sommes dues (comprenant, le cas échéant, provision(s), solde) et reverser au médiateur celles lui revenant ou peut ne percevoir que les frais administratifs et laisser au médiateur le soin de recouvrer directement ses propres frais et honoraires.

Les parties sont informées au début de la médiation de l'option retenue.

Sauf accord différent entre elles, les sommes dues sont supportées par parts égales par chacune des parties.

Article 8 : Difficultés d'application du règlement

Toute difficulté qui pourrait survenir dans l'application du présent règlement de médiation et qui ne relèverait pas de la compétence et/ou du rôle du médiateur, peut être soumise, par les deux parties ou la partie la plus diligente, aux organes statutairement compétents du CIMA.

Bibliographie

Traité et Ouvrages Généraux :

- André M.-E., Dumont M.-P. et Grignon Ph.

L'après-contrat, Editions Francis Lefebvre, 2005.

- Bénabent A.

Droit civil – Les obligations, Montchrestien, 10^{ème} éd., 2005.

Les contrats spéciaux civils et commerciaux, Montchrestien, 7^{ème} éd., 2006.

- Bonneau Th.

Droit bancaire, Montchrestien, 6^{ème} éd., 2005.

- Bouloc B.

Droit pénal général, Dalloz, 20^{ème} éd., 2007.

- Sous la direction Cabrillac R., Frison-Roche M.-A., Revet Th.

Libertés et droits fondamentaux, Dalloz, 12^{ème} éd., 2006.

- Calais-Auloy J. et Steinmetz F.

Droit de la consommation, Dalloz, 7^{ème} éd., 2006.

- Cadet L.

Découvrir la justice, Dalloz, 1997.

- Cadet L. et Jeuland E.

Droit judiciaire privé, Litec, 5^{ème} éd., 2006.

- Carbonnier J.

Droit Civil, Introduction, Puf, 27^{ème} éd., 2002.

Droit Civil, Les obligations, Tome IV, Puf, 2000.

Flexible droit, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001.

- Collart Dutilleul F. et Delebecque Ph.

Contrats civils et commerciaux, Dalloz, 7^{ème} éd., 2004.

- Conte Ph.

Droit pénal spécial, Litec, 2^{ème} éd., 2005.

- Cornu J.

Linguistique juridique, Montchrestien, 7^{ème} éd., 2005.

- Cornu G. et Foyer J.

Procédure civile, Puf, 2^{ème} éd., 1996.

- Favoreu L., Gaïa P., Ghevontian R., Mélin-Soucramanien F., Mestre J.-L., Pfersmann O., Roux A., Scoffoni G.

Droit des libertés fondamentales, Dalloz, 9^{ème} éd., 2006.

- Flour J., Aubert J.-L., Savaux E.

Les obligations – L'acte juridique, Armand Colin, 12^{ème} éd., 2006.

- Fouchard Ph., Gaillard E., Goldman B.

Traité de l'arbitrage commercial international, Litec, 1996.

- Garsonnet E.

Traité théorique et pratique de procédure, Paris, 1882.

- Gazzaniga J.-L.

Introduction historique au droit des obligations, Puf, 1992.

- Ghestin J.

Traité de droit civil, les obligations, le contrat, LGDJ, 2^{ème} éd., 1988.

Et G. Goubeaux

Traité de droit civil - Introduction générale, avec le concours de M. Fabre-Magnan, LGDJ, 4^{ème} éd., 1994.

- Ghestin J., Billiau M. et Loiseau G.

Traité de droit civil - Le régime des créances et des dettes, LGDJ, 2005.

- Guinchard S., Ferrand F.

Procédure civile, 28^{ème} éd., Dalloz, 2006.

- Guinchard S., Bandrac M., Constantin-S Delicostopoulos, Ioannis-S Delicostopoulos, Douchy-Oudot M., Ferrand F., Lagarde X., Magnier V., Ruiz Fabri H., Sinopoli L., Sorel J.-M.

Droit processuel (Droit commun et comparé du procès), 3^{ème} éd., Dalloz, 2005.

- Héron J. et Le Bars Th.

Droit judiciaire privé, Montchrestien, 3^{ème} éd., 2006.

- Jeuland E.

Droit processuel, LGDJ, 2007.

- Julien P. et Fricero N.

Droit judiciaire privé, LGDJ, 2^{ème} éd., 2003.

- Larroumet Ch.

Les obligations, le contrat, Tome 3, Economica, 5^{ème} éd., 2003.

- Lebreton G.

Libertés publiques et droits de l'homme, Armand Colin, 7^{ème} éd., 2005.

- Malaurie Ph.

Anthologie de la pensée juridique, Editions Cujas, 1996.

- Malaurie Ph., Aynès L., Gautier P.-Y.

Les contrats spéciaux, Defrénois, 2^{ème} éd., 2005.

- Malaurie Ph., Aynès L. et Stoffel-Munck Ph.

Les obligations, Defrénois, 2^{ème} éd., 2005.

- Marty G., Raynaud P. et Jestaz Ph.

Droit civil – les Obligations, Sirey, 1989.

- Mousseron J.-M.

Technique contractuelle, Edition Francis Lefebvre, 3^{ème} éd. Par Mousseron P., Raynard J., Seube J.-B., 2005.

- Mousseron J.-M., Guibal M. et Mainguy D.

Avant-contrat, Edition Francis Lefebvre, 2001.

- Pélissier J., Supiot A., Jeammaud A.

Droit du travail, Dalloz, 23^{ème} éd., 2006.

- Pigeau M.

La Procédure civile du Châtelet de Paris, Tome I, Paris, 1782.

- Planiol M. et Ripert G.

Traité Pratique de droit civil français – Les obligations, LGDJ, 2^{ème} éd., 1954.

- Putman E.

Contentieux économique, Puf, 1998.

- Rassat M.-L.

Droit pénal spécial, Dalloz, 5^{ème} éd., 2006.

- Roland H. et Boyer L.

Adages du Droit Français, Litec, 4^{ème} éd., 1999.

Locutions latines du Droit Français, Litec, 4^{ème} éd., 1998.

- Royer J.-P.

Histoire de la justice en France, Puf, 3^{ème} éd., 2001.

- Solus H. et Perrot R.

Droit judiciaire privé, Tome I, Sirey, 1961.

- Terré Ph., Simler Ph., Lequette Y.

Les obligations, Dalloz, 9^{ème} éd., 2005.

- Vincent J., Guinchard S.

Procédure civile, Dalloz, 27^{ème} éd., 2003.

- Viney G.

Introduction à la responsabilité, LGDJ, 2^{ème} éd., 1995.

- Viney G. et Jourdain P.

Les effets de la responsabilité, LGDJ, 2^{ème} éd., 2001.

- Vizioz H.

Etudes de procédure, Editions Bière, 1956.

Ouvrages Spéciaux, Thèses et Monographies :

- **Accad F.**

Les pourparlers, Thèse Paris 1996.

- **Amrani-Mekki S.**

Le temps et le procès civil, Dalloz, Vol. 11, 2002, préface Cadiet L.

- **Ancel M.-E.**

La prestation caractéristique du contrat, *Economica*, 2002, préface Aynès L.

- **Sous la direction de Ancel P. et Rivier M.-C.**

Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends, *Economica*, 2001.

- **Archives de Philosophie de Droit**

Le procès, Tome 39, Sirey, 1995.

- **Ayissi Manga E. B.**

L'ordre public en droit judiciaire privé, Thèse Rennes I 1998

- **Bandrac M.**

La nature de la prescription extinctive en matière civile, *Economica*, 1986, préface Raynaud P.

- **Baudoin A.**

La conciliation et la médiation : deux modes de règlement des différends commerciaux, Thèse Paris II, 1992.

- **Becqué-Ickowicz S.**

Le parallélisme des formes en droit privé, Editions Panthéon-Assas, 2004, préface Gautier P.-Y.

- Beignier B.

L'honneur et le droit, LGDJ, Bibliothèque de Droit Privé, Tome 234, 1995, préface Foyer J.

- Block G.

Les fins de non-recevoir en Procédure civile, LGDJ et Bruylant, 2002, préface Fricero N.

- Boillot Ch.

La transaction et le juge, PU Clermont-Ferrand LGDJ, Vol. 16, 2003, préface Le Cannu P.

- Bourry d'Antin M., Pluyette G., Bensimon S.

Art et techniques de la médiation, Litec, 2004, préface Draï P.

- Bourry d'Antin M., Le Damany S., Asselineau V., Bensimon S.

Art et techniques de la négociation, Litec, 2^{ème} éd., 2003, préface de la Garanderie D.

- Boursier M.-E.

Le principe de loyauté en droit processuel, Dalloz, Vol. 23, 2003, préface Guinchard S.

- Boyer L.

La notion de transaction. Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif, Sirey, 1947.

- Bruschi M.

La prescription en droit de la responsabilité civile, Economica, 1997, préface Sériaux A.

- Sous la direction de Cadet L., Clay Th., Jeuland E.

Médiation & arbitrage, Alternative Dispute Resolution. Alternative à la justice ou Justice alternative ? Perspectives comparatives, Litec, 2005.

- Camous E.

Règlements non-juridictionnels des litiges de la consommation, LGDJ, Bibliothèque de Droit Privé, Tome 362, 2002, préface Calais-Auloy J.

- Capitant H., Terré F., Lequette Y.

Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Dalloz, 11^{ème} éd., 2000.

- Cayrol N.

Les actes ayant pour objet l'action en justice, Economica, 2001, préface Grua F.

- Chrétien A.- S.

Contrat et action en justice, Thèse Nantes, 2000.

- Chappe N.

Economie et résolution des litiges, Economica, 2005, préface Deffains B..

- Sous la direction de Chevalier P., Desdevises Y., Milburn Ph.

Les Modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice, La Documentation Française, 2003.

- Clay Th.

L'arbitre, Dalloz, Vol. 2, 2001, préface Fouchard Ph.

- Cornu G.

L'art du droit en quête de sagesse, Puf, 1998.

- Coulon J.-M.

Réflexions et propositions sur la Procédure Civile, La Documentation Française, 1997.

- Sous la direction de Courbe P.

Les désordres de la prescription, PU Rouen, 2000.

- Daigre J.-J.

La production forcée de pièces dans le procès civil, Puf, 1979, préface Lombois Cl.

- Sous la direction de Deffains B.

L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil, Cujas, 2002, préface Cavinet G.

- Sous la direction de Delmas-Marty M., Muir Watt H., Ruiz Fabri H.

Variations autour d'un droit commun, Société de Législation Comparée, 2002.

- Debet A.

L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil, Dalloz, Vol. 15, 2002, préface Leveneur L.

- Després I.

Les mesures d'instruction in futurum, Dalloz, Vol. 34, 2004, préface Wiederkehr G.

- Ducoin Ch.

Essai d'une théorie générale de la renonciation en droit civil français, Thèse Lyon, 1913.

- Dupeyron Ch.

La régularisation des actes nuls, LGDJ, Bibliothèque de Droit Privé, Tome 127, 1973, préface Hébraud P.

- Dreifuss-Netter F.

Les manifestations de volonté abdicatives, LGDJ, Bibliothèque de Droit Privé, Tome 185, 1985, préface Tercier P.

- Encinas de Munagorri R.

L'acte unilatéral dans les rapports contractuels, LGDJ, Bibliothèque de Droit Privé, Tome 254, 1996, préface Lyon-Caen A.

- Eudier F.

Ordre public substantiel et office du juge, Thèse Rouen 1994.

- Fages B.

Le comportement du contractant, PUAM, 1997, Mestre J.

- Fauvarque-Cosson B.

Libre disponibilité des droits et conflits de lois, LGDJ, Bibliothèque de Droit Privé, Tome 272, 1996, préface Lequette Y.

- Favoreu L.

Du déni de justice en droit public français, LGDJ, 1964, préface Waline M.

- Garapon A.

Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire, Editions Odile Jacob, 2001, préface Carbonnier J.

- Gerard S.

Les obligations contractuelles de ne pas faire, Thèse Nancy 2000.

- Ghazi A.

La modification de l'obligation par la volonté des parties, LGDJ, Bibliothèque de Droit Privé, Tome 166, 1980, préface Tallon D.

- Girardot-Rouhette E.

Le contrat de conseil en organisation, Thèse Nice – Sophia Antipolis 1999.

- Gounot E.

Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Thèse Dijon 1912.

- Guillaume-Hofnung M.

La médiation, PUF, 4^{ème} éd., 2007.

- Grammatikas G.

Théorie générale de la renonciation en droit civil, LGDJ, 1971.

- Sous la direction de Guyon Y.

Le règlement des différends commerciaux, Economica, 1984.

- Henry M.

Le devoir d'indépendance de l'arbitre, LGDJ, Bibliothèque de Droit Privé, 2001, Tome 352, préface Mayer P.

- Houtcieff D.

Le principe de cohérence en matière contractuelle, PUAM, 2001, préface Muir Watt H.

- Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence

La cessation des relations contractuelles d'affaires, PUAM, 1997, préface Mestre J.

Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels, PUAM, 1990, préface Mestre J.

- Jarrosson Ch.

La notion d'arbitrage, LGDJ, Bibliothèque de Droit Privé, Tome 198, 1987, préface Oppetit B.

- Joly-Hurard J.

Conciliation et médiation judiciaires, PUAM, 2003, préface Guinchard S.

- Le Gallou A.

Essai d'une théorie générale des règlements amiables en droit privé, Thèse Rennes 1998.

- Le Fichant F.

L'obligation de négocier en droit privé, Thèse Rennes 1992.

- Sous la direction de Lenoble J.

La crise du juge, Bruylant LGDJ, 1996.

- Linant de Bellefonds X. et Hollande A.

L'arbitrage et la médiation, Puf, 2003.

- Lonis-Apokourastos V.

La primauté contemporaine du droit à l'exécution en nature, PUAM, 2003, préface Mestre J.

- Malaurie Ph.

L'ordre public et le contrat (Etude de Droit civil comparé France, Angleterre, U.R.S.S.), Editions Matot-Braine, Reims, 1953, préface Esmein P.-E.

- Malecki C.

L'exception d'inexécution, LGDJ, Bibliothèque de Droit Privé, Tome 321, 1999, préface Ghestin J.

- Sous la direction de Mallet-Bricout B. et Nourissat C.

La transaction dans toutes ses dimensions, Dalloz, Thèmes et Commentaires, 2006.

- Martin de la Moutte J.

L'acte juridique unilatéral. Essai sur sa notion et sa technique en droit civil, Sirey, 1951, préface Raynaud J.

- Mazeaud D., Jamin Ch.

Les clauses abusives entre professionnels, Economica, 1998.

- Mekki M.

L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé, LGDJ, Bibliothèque de Droit Privé, Tome 411, 2004, préface Ghestin J.

- Melhem M.

L'obligation de négocier en droit des contrats, Thèse Lille II 2003.

- Melin-Soucramanien B.

Le juge des référés et le contrat, PUAM, 2000, préface Mestre J.

- Sous la direction de Mestre J.

Le juge et l'exécution du contrat, PUAM 1993.

- Milano L.

Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme, Dalloz, Vol. 57, 2006, préface Sudre F.

- Morineau J.

L'esprit de la médiation, Erès, 1998.

- Motulsky H.

Ecrits sur l'arbitrage, Dalloz, 1974.

Ecrits – Etudes et notes de Procédure civile, Dalloz, 1973.

- Moissinac d'Harcourt M.-C.

La pratique de l'arbitrage au service de l'entreprise, Economica, 2002, préface Franck M, Lochmann S.

- Mouthier M.

Guide juridique et pratique de la conciliation et de la médiation, Editions de Vecchi, 2003.

- Niboyet-Hoegy M.-L.

L'action en justice dans les rapports internationaux de droit privé, Economica, 1986, préface Goldman B.

- Nougéin H.-J., Reinhard Y., Ancel P., Rivier M.-C., Boyer A. et Genin Ph.

Guide de l'arbitrage et de la médiation commerciale, Litec, 2004.

Omar Abdel-Khalek M.

La notion d'irrecevabilité en droit judiciaire privé, LGDJ, Bibliothèque de Droit Privé, Tome 80, 1967, préface Perrot R.

- Oppetit B.

Théorie de l'arbitrage, Puf, 1998.

- Ousmanou S.

Les conventions relatives au procès. Contribution à l'étude de la contractualisation de la justice, Thèse Rennes I 1996.

- Philippon P.

Le contrat de non-opposition, Thèse Montpellier I 1996.

- Picod Y.

Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, LGDJ, Bibliothèque de Droit Privé, Tome 208, 1989, préface Couturier G.

- Sous la direction de Ch. Pigache

Les évolutions du Droit (Contractualisation et Procéduralisation), PU Rouen, 2004.

- Sous la direction de Pirovano A.

Changement social et droit négocié (de la résolution des conflits à la conciliation des intérêts), *Economica*, 1988.

- Pradel X.

Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité, LGDJ, Bibliothèque de Droit Privé, Tome 415, 2004, préface Jourdain P.

- Sous la direction de Racine J.-B.

Pluralisme des modes alternatifs de résolution des conflits, pluralisme du droit, L'Hermès, 2002.

- Reboul N.

Les contrats de conseil, PUAM, 1999, préface Delebecque Ph.

- Sous la direction de Revet Th.

L'ordre public à la fin du 20^{ème} siècle, Dalloz, 1996.

- Rigalle-Dumetz C.

La résolution partielle du contrat, Dalloz, Vol. 30, 2003, préface Jamin Ch.

- Rubellin-Devichi J.

L'arbitrage, nature juridique, LGDJ, Bibliothèque de Droit Privé, Tome 1963, 1965, préface Vincent J.

- Rouhette G.

Contribution à l'étude critique de la notion de contrat, Thèse Paris 1965.

- Savaux E.

La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?, LGDJ, Bibliothèque de Droit Privé, Tome 264, 1997, préface Aubert J.-L.

- Schmidt J.

Négociation et conclusion de contrats, Dalloz, 1982.

- Serverin E., Lascoumes P., Lambert Th.

Transactions et pratiques transactionnelles, Economica, 1987.

- Schneebalg A. et Galton E.

Le rôle du conseil en médiation civile et commerciale, Economica, 2003, préface Zakine Y.

- Schütz R.-N.

Les recours du crédit-preneur dans l'opération de crédit-bail, Puf, 1994, préface Rémy Ph.

- Taxil J.

La singularité de l'obligation de ne pas faire, Thèse Aix-en-Provence 2003.

- Temine M.

Médiation et droit des affaires, Thèse Paris II 2002.

- Théry Ph.

Pouvoir juridictionnel et compétence (Etude de Droit international privé), Thèse Paris II 1981.

- Vallimaresco A.

La justice privée en droit moderne, Thèse Paris 1926.

- Vuitton J. et X.

Les référés, Litec, 2003.

- Weiller L.

La liberté procédurale du contractant, PUAM, 2004, préface Mestre J.

Etudes, Articles et Chroniques :

- Alpi F.

Contrat judiciaire, Jurisclasseur Civil Annexes 2002.

- Armand-Prevost M.

La médiation, Gaz. Pal. 10 janvier 2006 p2 (1^{ère} Partie) & 12 janvier 2006 p 11 (2^{ème} Partie).

L'avocat, le juge, le médiateur, PA 8 juillet 1998 p 19.

- Arnaldez J.-J.

L'acte déterminant la mission de l'arbitre, Mélanges offerts à Pierre Bellet, Litec, 1991, p 1.

- Arseguel A.

Rupture d'un commun accord et transaction, Mélanges dédiés à Louis Boyer, Université des Sciences Sociales de Toulouse, 1996, p 1.

- Atias Ch.

Jugé en (mauvais) état, D 1998 p 243.

La distinction du patrimonial et de l'extrapatrimonial et l'analyse économique du droit : un utile face à face, RRJ 1987 p 477.

- Ayewouadan A.

La médiation « en ligne », JCP éd. G 2006 I 138.

- Aynès L.

Motivation et justification, RDC 2004 p 555.

L'obligation de loyauté, APD 2000 N°40 p 195.

Le devoir de renégocier, colloque Deauville, juin 1999, RJC 1999 p 11.

- Balensi I.

L'homologation judiciaire des actes juridiques, RTD Civ. 1978 p 42.

- Bandrac M.

De l'acte juridictionnel, et de ceux des actes du juge qui ne le sont pas, Mélanges offerts à Pierre Drai, Dalloz, 2000, p 171.

L'action en justice, droit fondamental, Mélanges en l'honneur de Roger Perrot, Dalloz, 1995, p 1.

- Barbet M.

De l'ombudsman au médiateur, Mélanges en l'hommage de Marc Ancel, Paris, A. Pedone, 1975, p 231.

- Bayle M.

De l'intérêt du règlement amiable, RTD Com. 1988 p 1.

- Béguet J.-P.

Etude critique de la notion de fin de non-recevoir en droit privé, RTD Civ. 1947 p 133.

- Béguin J.

L'adage « nul ne peut se faire justice à soi-même » en droit français, Travaux de l'Association H. Capitant, Dalloz, 1959, p 41.

- Bénabent A.

L'article 16 du Nouveau code de procédure civile, version 1981, D 1982 p 55.

Le chaos du droit de la prescription extinctive, Mélanges dédiés à Louis Boyer, Université des Sciences Sociales de Toulouse, 1996, p 123.

- Bénabent A. et Lagarde X.

La fin de non-recevoir tirée d'une clause instituant un préalable obligatoire de conciliation, BICC 2004 Hors série N°3 p 31.

- Berger-Perrin B.

Mode d'emploi de la médiation : avantages et limites, Option Finance 2004 N°795/796 p 31.

- Berlioz-Houin B.

Le droit des contrats face à l'évolution économique, Mélanges offerts à Roger Houin, Dalloz Sirey, 1985, p 3.

- Bernard de Saint Afrique J.

Du devoir de conseil, Defrénois 1995 p 913.

- Béraud R.

L'indisponibilité juridique, D 1952 p 187.

- Berthomieux L.

Médiation conventionnelle : point de vue sur les enjeux et les méthodes, JCP éd. N 2002 p 1524.

- Bertin Ph.

L'intervention des juridictions au cours de la procédure arbitrale, Rev. Arb. 1982 p 331.

- Bertrand E.

Arbitrage et conciliation : l'impossible conciliation ?, RDAI 2001 p 133.

- Blary-Clément E.

Spécificités et sanctions des manœuvres dilatoires dans le procès civil, JCP éd. G 1991 I 3534.

- Bolard G.

Les principes directeurs du procès arbitral, Rev. Arb. 2004 p 511.

Les jugements « en l'état », JCP éd. G I 4003.

- Bonafe-Schmitt J.-P.

La médiation : du droit imposé au droit négocié ?, in *Droit Négocié, Droit imposé ?*, sous la direction de Gérard Ph., Ost F., van Kerchove M., Publications de Saint-Louis, 1996.

La médiation, présentation, Droit et société 1995 N°29 p 7.

- Bouloc B.

Le secret des affaires, DPCI 1990 p 6.

- Bourdeaux G.

La suspicion de fraude, JCP éd. G 1994 I 3782.

- Boy L.

Réflexions sur l'action en justice, RTD Civ. 1979 p 497.

- Boyer L. et Roland H.

A propos du défaut de diligence, Mélanges dédiés à Jean Vincent, Dalloz, 1981, p 9.

- Braudo S.

Propos sur la médiation civile, Gaz. Pal. 1995 doct. p 467.

- Bredin J.-D.

Les renonciations au bénéfice de la loi en droit privé français, Trav. Ass. H. Capitant, Tome 13, Dalloz, 1959-60, p 355.

- Breillat J.-C.

Conciliation et épuisement des voies de recours interne (Contribution à l'étude des modes alternatifs de règlement des litiges en matière administrative), D 2005 p 1667.

- Cabrillac M.

Les accessoires de la créance, Mélanges dédiés à Alex Weill, Dalloz Litec, 1983, p 107.

Le rôle du juge en présence des problèmes économiques en droit civil français, Travaux Association H. Capitant, Dalloz, 1975, p 152.

Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale, Mélanges dédiés à Gabriel Marty, Université des Sciences Sociales de Toulouse, 1978, p 235.

- Cadiet L.

La légalité procédurale en matière civile, BICC N°636 mars 2006.

Les clauses relatives aux litiges, Jurisclasseur Contrats et Distribution Fasc. 190.

L'effet processuel des clauses de médiation, RDC 2003 p 182.

Et les principes directeurs des autres procès ? Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès, Mélanges offerts à Jacques Normand, Litec, 2003, p 71.

Une justice contractuelle, l'autre, Mélanges offerts à Jacques Ghestin, LGDJ, 2001, p 177.

Liberté des conventions et clauses relatives au règlement des litiges, PA 5 mai 2000 p 30.

Les jeux du contrat et du procès esquisse, Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, Editions Frison-Roche, 1999, p 23.

Solution judiciaire et règlement amiable des litiges : de la contradiction à la conciliation, Mélanges en l'honneur de Claude Champaud, Dalloz, 1997, p 123.

La renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procédure arbitrale, Rev. Arb. 1996 p 3.

Le spectre de la société contentieuse, Mélanges en l'hommage à Gérard Cornu, Puf, 1995, p 29.

- Cadiet L. et Guinchard S.

Les jeux de la justice de l'économie, Justices N°1 1995 p 1.

- Calais-Auloy J.

L'attente légitime une nouvelle source de droit subjectif ?, Mélanges en l'honneur de Yves Guyon, Dalloz, 2003, p 171.

- Camous E.

Droit des délais et modes alternatifs de règlement des conflits, Gaz. Pal. 14 octobre 2003 p 8.

- Canivet G.

Le juge et la recherche de la solution du conflit, Semaine Sociale Lamy 2002 N°1100 p 6.

La médiation comme mode de règlement des conflits dans la vie des affaires, PA 13 juillet 1999 p 3.

- Capitant H.

Le régime de la violation des contrats, D 1934 p 1.

- Caprioli E. A.

Arbitrage et médiation dans le commerce électronique, Rev. Arb. 1999 p 225.

- Carbonneau Th. E.

Etude historique et comparé de l'arbitrage : vers un droit matériel de l'arbitrage commercial international fondé sur la motivation des sentences, RIDC 1984 p 727.

- Carbonnier J.

Les renonciations au bénéfice de la loi en droit privé, Trav. Ass. H. Capitant, Tome 13, Dalloz, 1959-60, p 283.

Notes sur la prescription extinctive, RTD Civ. 1952 p 171.

La règle *Contra non valentem agere non currit praescription*, Rev. Crit. 1937 p 155.

- Cario R.

Les modifications conventionnelles de la prescription extinctive, PA 6 novembre 1998
p 9.

- Carre S.

La confidentialité dans le règlement amiable des litiges, PA 5 et 8 août 1994.

- Catala P.

A propos de l'ordre public, Mélanges offerts à Pierre Drai, Dalloz, 2000, p 521.

- Cayrol N.

Action en justice, Répertoire Procédure Civile Dalloz, 2003.

- Cedras J.

L'obligation de négocier, RTD Com. 1985 p 265.

- Chabot G.

Remarques sur la finalité probatoire de l'article 145 NCPC, D 2000 p 256.

- Champaud C.

L'idée d'une magistrature économique, Justices 1995 N°1 p 61.

- Chapus R.

Les fondements de l'organisation de l'Etat définis par la Déclaration de 1789 et leurs prolongements dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat, Colloque des 25 et 26 mai 1989, in La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence, Puf, 1989, p 181.

- Chauvel P.

Transaction, Encyclopédie Dalloz Civil, 2004.

- Chazal J.-P.

Le consommateur existe-t-il ?, D 1997 p 260.

- Chekli N.

Consommation et règlements alternatifs des litiges, Rev. Lamy Droit des Affaires 2007 n°13, p 82.

- Chevallier J.

Vers un droit post – moderne ? Les transformations de la régulation juridique, RDP 1998 p 659.

- Chollet N.

Les clauses de règlement amiable et de médiation, Cah. Dr. Entrep.1975 N°1 p 29.

- Cohen-Jonathan G.

Le droit au juge, Mélanges offerts à Jean Waline, Dalloz, 2002, p 471.

- Commaille J.

Formes de justice, Droits 2001 N°34 p 21.

- Cornesse I.

L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles, RRJ 2003 p 2433.

- Cornu G.

Les modes alternatifs de règlement des conflits, RIDC 1997 p 313.

- Couchez G.

Production forcée de pièces, Jurisclasseur Procédure civile Fasc. 623, 1999.

Référé et arbitrage, Rev. Arb. 1986 p 155.

- Coulon J.-M.

Quel intérêt pour la justice civile ?, PA 13 juillet 1999 p 5.

- Couture E.

Le procès comme institution, RIDC 1950 p 276.

- Couturier G.

L'ordre public de protection, Mélanges offerts à Jacques Flour, Répertoire Defrénois, 1979, p 95.

- Couvrat P., Giudicelli-Delage G.

Conciliation et médiation, Jurisclasseur Procédure civile, Fasc. 160, 2003.

- Darmon M.

La médiation conventionnelle : un mode alternatif de règlement des litiges, JCP éd. G I 3976.

- David R.

L'arbitrage en droit civil, technique de régulation des contrats, Mélanges dédiés à Gabriel Marty, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p 383.

Juridictions arbitrales ou juridictions interétatiques, Essais à la mémoire de Eugenio Minoli, Torino, 1974 p 109.

- David-Jougneau M.

Ulysse, médiateur ou comment sortir de la logique de la violence, Droit et société 1995 N°29 p 11.

- Debat O.

Le contrat, source de responsabilité, PA 23 septembre 2003 p 3.

- Degoffe M. et Jeuland E.

Les mesures d'administration judiciaire en droit processuel : problèmes de qualification, Mélanges offerts à Jacques Normand, Litec, 2003, p 141.

- Deharo G.

Médiation, une justice équitable et durable ?, Gaz. Pal. 22 août 2006 p 2.

- Delebecque Ph.

Arbitrage et droit de la consommation, Droit et patrimoine mai 2002 p 46.

Les aménagements contractuels de l'exécution du contrat, PA 5 mai 2000 p 22.

La transmission de la clause compromissoire (à propos de l'arrêt de la 1^{ère} Chambre civile, 6 novembre 1990), Rev. Arb. 1991 p 19.

- De Munck J. et Lenoble J.

Droit négocié et procéduralisation, in Droit Négocié, Droit imposé ?, sous la direction de Gérard Ph., Ost F., van Kerchove M., Publications de Saint-Louis, 1996.

- Denis D.

La clause de style, Mélanges offerts à Jacques Flour, Répertoire Defrénois, 1979, p 117.

- Desdevises Y.

Les transactions homologuées : vers des contrats juridictionnalisables ?, D 2000 p 284.

Moyens de défense – Règles générales, Jurisclasseur Proc. Civ. 2000, Fasc. 128.

Exceptions dilatoires, Jurisclasseur Proc. Civ. 2000, Fasc. 134.

Situation litigieuse et modes alternatifs de justice, Justices N°4 1996 p 339.

Remarques sur la place de la conciliation dans les textes récents de la procédure civile, D 1981 C p 241.

- Diesse F.

Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat, APD 1999 N°43 p 259.

- Dion N.

L'aventure de la médiation, PA 29 juillet 2003 p 4.

Le juge et le désir du juste, D 1999 p 195.

- Draï P.

Libres propos sur la médiation judiciaire, Mélanges offerts à Pierre Bellet, Litec, 1991, p 123.

- Dreifuss-Netter F.

Renonciation, Encyclopédie Civil Dalloz 1989.

- Dufour O.

Les grands groupes cotés se mobilisent en faveur de la médiation, PA 30 novembre 2005 p 1.

- Dubisson M.

La négociation d'une clause de règlement amiable des litiges, DPCI 1981 p 77.

- Eisemann F.

La clause d'arbitrage pathologique, Essais à la mémoire de Eugenio Minoli, Torino, 1974, p 129.

- Estoup P.

L'amiable composition, D 1986 p 221.

- Eudier F.

Le juge civil impartial, Mélanges offerts à Barthélemy Mercadal, Editions Francis Lefebvre, 2002, p 31.

- Fabre M.

Le droit à un procès équitable, JCP éd. 1998 G I 157.

- Fabre R.

Les clauses d'adaptation dans les contrats, RTD Civ. 1983 p 1.

- Fabre-Magnan M.

L'obligation de motivation en droit des contrats, Mélanges offerts à Jacques Ghestin, LGDJ, 2001, p 301.

- Fages B.

L'art et la manière de rédiger un contrat, Droit et Patrimoine juin 1999 p 82.

Le double jeu de la Cour de cassation à l'égard du contenu des conventions, PA 6 mai 1998 p 39.

- Faget J.

L'accès au droit : logiques de marché et enjeux sociaux, Droit et Société 1995 N°30/31 p 367.

La double vie de la médiation, Droit et Société 1995 N°29 p 25.

- Fadlallah I.

Priorité pour l'arbitrage : entre quelles parties ?, Gaz. Pal. 6 juin 2002 p 26.

- Fauvarque-Cosson B.

Variations sur le processus d'harmonisation du droit à travers l'exemple du droit de la prescription extinctive, RDC 2004 p 801.

- Favoreu L.

Résurgence de la notion de déni de justice et droit au juge, Mélanges offerts à Jean Waline, Dalloz, 2002, p 513.

- Fenouillet D.

Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique !, Mélanges offerts à Pierre Catala, Litec, 2001, p 487.

- Ferrand F.

Preuve, Encyclopédie Dalloz Procédure civile, janvier 2006.

- Fin-Langer L.

Médiation et droit du contrat, PA 26 août 2002 p 16.

- Flécheux G. et Lafarge Ph.

La médiation, Mélanges offerts à Pierre Draï, Dalloz, 2000, p 301.

- Foqué R.

Le droit comme médiation, in Droit Négocié, Droit imposé ?, sous la direction de Gérard Ph., Ost F., van Kerchove M., Publications de Saint-Louis, 1996.

- Fouchard Ph.

Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française, Rev. Arb. 1996 p 325.

- Fricero N.

Modes alternatifs de règlement des conflits et procès équitable, Mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen-Jonathan, Bruylant, 2004, p 839.

Suspension d'instance, Jurisclasseur Proc. Civ. Fasc. 679, mars 2000.

- Frison-Roche M.-A.

Le droit de la régulation, D 2001 p 610.

L'impartialité du juge, D 1999 p 53.

Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats, RTD Civ. 1995 p 573.

Vers le droit processuel économique, Justices N°1 1995 p 91.

- Gallmeister I.

De la validité de la clause compromissoire dans un acte mixte, PA 29 octobre 2004 p 12.

- Galvada C.

Le secret des affaires, Mélanges offerts à René Savatier, Dalloz, 1965, p 291.

- Gohin O.

Qu'est ce qu'une juridiction pour le juge français ?, Droits 1989 N°9 p 93.

- Grandjean Ph.

L'expérience d'un médiateur, Gaz. Pal. 1996 doct. p 961.

- Guillaume-Hofnung M.

Le rôle de la volonté dans la médiation, Etudes à la mémoire du professeur Alfred Rieg, Bruylant, 2000, p 427.

- Guillien R.

Saint-Nicolas du Chardonnet bons offices – Conciliation – Médiation, Mélanges dédiés à Robert Pelloux, l'Hermès, 1980, p 169.

- Guinchard S.

Les métamorphoses de la procédure à l'aube du troisième millénaire, in Clés pour le siècle, Université Panthéon-Assas (Paris II), Dalloz, 2002, p 1135.

Le procès équitable : garantie formelle ou droit substantiel ?, Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, Editions Frison-Roche, 1999, p 139.

L'arbitrage et le respect du contradictoire, Rev. Arb. 1997 p 185.

- Gorchs B.

La médiation dans le procès : sens et contresens, RTD Civ. 2003 p 409.

- Grignon Ph.

L'obligation de ne pas agir en justice, Mélanges Christian Mouly, Litec, 1998, Tome II p 115.

- Hassler T.

L'intérêt commun, RTD Com. 1984 p 581.

- Hauser J. et Lemouland J.-J.

Ordre public et bonnes mœurs, Encyclopédie Civil Dalloz, mars 2004.

- Hébraud P.

Observations sur l'évolution des rapports entre le droit et l'action dans la formation et le développement des systèmes juridiques, Mélanges offerts à Pierre Raynaud, Dalloz, 1985, p 237.

- Héron J.

Réflexions sur l'acte juridique et le contrat à partir du droit judiciaire privé, Droits 1988 N°7 p 85.

- Hory A.

Mesures d'instruction in futurum et arbitrage, Rev. Arb. 1996 p 13.

- Houtcieff D.

Quelle sanction pour la contradiction, Revue Lamy Droit Civil Juillet / Août 2005 p 5.

Renonciation, Encyclopédie Civil Dalloz, septembre 2004.

- Huet-Weiller D.

Réflexions sur l'indisponibilité des actions relatives à la filiation, D 1978 p 233.

- Hugon Ch.

Existe-t-il un droit commun de l'homologation judiciaire ?, PA 11 décembre 2003 p 4.

- Idot L.

L'arbitrabilité des litiges, l'exemple français, RJC 1996 p 6.

- Jacomet Th. et Chekarna F.

La médiation « mode de règlement conventionnel des litiges », son essor, ses avantages, sa pratique, Bull. Joly 1997 p 1037.

- Jacquemin A. et Schrans G.

Éléments structurels d'une magistrature économique, RTD Com. 1977 p 421.

- Japiot R.

La théorie des exceptions de procédure, Rec. Périod. Proc. Civ. 1916 p 7.

- Jarrosson Ch.

Arbitrage commercial, Jurisclasseur Commercial Fasc. 197, février 2006.

Les frontières de l'arbitrage, Rev. arb. 2001 p 5.

Le principe de la contradiction s'applique-t-il à la médiation ?, RGDP 1999 p 765.

La médiation et conciliation : essai de présentation, Droit et patrimoine décembre 1999 p 36.

Les concessions réciproques dans la transaction, D 1997 p 267.

Les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale, RIDC 1997 p 325.

L'arbitrabilité : présentation méthodologique, RJC 1996 p 1.

Médiation et conciliation : définition et statut juridique, Gaz. Pal. 1995 doct. p 951.

Réflexions sur l'imperium, Mélanges offerts à Pierre Bellet, Litec, 1991, p 245.

L'arbitrage et la Convention Européenne des Droits de l'Homme, Rev. arb. 1989 p 573.

Arbitrage et juridiction, Droits 1989 N°9 p 107.

- Jeandidier W.

L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire, RTD Civ. 1970 p 700.

- Jeammaud A.

Conflit, différend, litige, Droits 2001 N°34 p 15.

- Jean J.-P. et Pauliat H.

L'administration de la justice en Europe et l'évaluation de sa qualité, D 2005 p 598.

- Jestaz Ph.

La qualification en droit civil, Droits 1993 N°18 p 45.

L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale, Mélanges offerts à Pierre Raynaud, Dalloz, 1985, p 273.

- Jeuland E.

L'énigme du lien de droit, RTD Civ. 2003 p 455.

- Jolivet E.

Arbitrage CCI et procédure ADR, Sous la direction de Mourre A., *Les Cahiers de l'arbitrage*, Gazette du Palais 2002, Vol I, p 261.

- Josserand L.

Le contrat forcé et le contrat légal, D 1940 p 2.

Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats, RTD Civ. 1937 p 1.

Le contrat dirigé, D 1933 p 89.

L'essor moderne du concept contractuel, Mélanges en l'honneur de François Gény, Sirey, 1934, p 333.

- Kenfack H.

Première application jurisprudentielle de l'article 1441-4 du NCPC relatif à la force exécutoire des transactions extra judiciaires, D 2004 p 1042.

- Koyama N. et Kitamura I.

La conciliation en matière civile et commerciale au Japon, Journées de la Société de Législation Comparée 1988 p 255.

- Labarthe F.

Le juge et le prix dans le contrat d'entreprise, Mélanges offerts à Jacques Normand, Litec, 2003, p 275.

Du louage d'ouvrage au contrat d'entreprise, la dilution d'une notion, Mélanges offerts à Jacques Ghestin, LGDJ, 2001, p 489.

- Lachièze Ch.

Clauses abusives et lésion : la légalisation d'une relation controversée, PA 2 juillet 2002 p 4.

- Lagarde X.

Propos pragmatiques sur la dispersion du contentieux économique, D 2005 p 82.

Clauses de conciliation : encore quelques précisions..., RDC 2004 p 417.

Office du juge et ordre public de protection, JCP éd. E 2003 I 312.

Esquisse d'un régime juridique des clauses de conciliation, RDC 2003 p 189.

Aspects civilistes des relations individuelles de travail, RTD Civ. 2002 p 435.

Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges, Rev. arb. 2001 p 423.

Transaction et ordre public, D 2000 p 217.

L'efficacité des clauses de médiation ou de conciliation, Rev. arb. 2000 p 376.

- Larroumet Ch.

Pour la responsabilité contractuelle, Etudes offertes à Pierre Catala, Litec, 2001, p 543.

- Lasbordes V.

Libres propos sur la fixation des honoraires de l'avocat : de l'utilité de la convention préalable d'honoraires, D 2001 p 1803.

- Lassalle B.

Les pourparlers, RRJ 1994 p 825.

- Lasserre-Kiesow V.

La prescription, les lois et la faux du temps, JCP éd. N 2004 p 772.

- Leborgne A.

L'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe, RTD Civ. 1996 p 535.

- Lecuyer H.

Le contrat, acte de prévision, Mélanges en l'hommage à François Terré, Puf Dalloz Editions Jurisclasseur, 1999, p 643.

Redéfinir la force obligatoire du contrat ?, PA 6 mai 1998 p 44.

- Lemennicier B.

L'économie de la justice : du monopole de d'Etat à la concurrence privée ?, Justices 1995 N°1 p 135.

- Léon Julliot de la Morandière M.

L'ordre public en droit privé interne, Mélanges à la mémoire de Henri Capitant, Dalloz, 1939, p 381.

- Lempereur A.

La technique de conciliation. Les six étapes du processus, Gaz. Pal. 4-6 octobre 1998 p 36.

- Le Roy E.

La médiation mode d'emploi, Droit et Société 1995 N°29 p 39.

- Lessona S.

Essai d'une théorie générale de la renonciation en droit civil, RTD Civ. 1912 p 361.

- Le Tourneau Ph.

Les professionnels ont-ils du cœur ?, D 1990 p 23.

- Leurent B.

L'intervention du juge, Rev. Arb. 1992 p 303.

- Leveneur L.

Le forçage du contrat, Droit et Patrimoine mars 1998 p 69.

La Commission des clauses abusives et le renouvellement des sources du droit des obligations, Travaux de l'Association H. Capitant, le renouvellement des sources du droit des obligations, LGDJ, 1996, p 155.

- Level P.

L'arbitrabilité, Rev. Arb. 1992 p 213.

A propos de la médiation dans la vie des affaires, JCP éd. E 1989 II 15615.

- Loiseau G.

Typologie des choses hors commerce, RTD Civ. 2000 p 47.

Des droits patrimoniaux de la personnalité en droit français, McGill Law Journal 1997 p 319.

- Loquin E.

Différences et convergences dans le régime de la transmission et de l'extension de la clause compromissoire devant les juridictions françaises, Gaz. Pal. 6 juin 2002 p 7.

Arbitrage, Jurisclasseur Procédure Civile Fasc. 1002 à 1034.

- Luby M.

« *Sommes-nous tous des consommateurs ?* », Droit et Patrimoine octobre 2002 p 44.

A propos des sanctions de la violation de l'ordre public, Contrats Conc. Consom. Février 2001 p 4.

- Lyon-Caen G.

De l'évolution de la notion de bonne foi, RTD Civ. 1947 p 75.

- Lyonnet B.

Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, Gaz. Pal. 5 décembre 2000 p 15.

- Margénaud J.-P.

L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit français des obligations, Travaux Association H. Capitant, le renouvellement des sources du droit des obligations, LGDJ, 1996, p 45.

- Marini Ph.

Arbitrage, médiation et marchés financiers, RJC 2000 p 155.

- Martel J.-P.

Quelles conditions pour une médiation réussie ?, PA 13 juillet 1999 p 17.

- Mathieu-Bouyssou M.-E.

La transmission de la clause compromissoire au cessionnaire de la créance, JCP éd. G 2003 I 116.

- Martin R.

L'action en justice : petite histoire d'un concept inutile, Droit et Procédures N°1 2002 p 14.

Un virus dans le système de défense du nouveau code de procédure civile : le droit d'action, RGDP 1998 p 419.

Quand le grain ne meurt... de conciliation en médiation, JCP éd. G 1996 I 3977.

- Mattei J.-P.

Quel intérêt pour la justice commerciale ?, PA 13 juillet 1999 p 8.

- Mayer P.

Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire, Rev. Arb. 1998 p 359.

- Mazeaud D.

Mystères et paradoxes de la période précontractuelle, Mélanges offerts à Jacques Ghestin, LGDJ, 2001, p 637.

Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?, Mélanges en l'hommage à François Terré, Puf, Dalloz, Editions Jurisclasseur, 1999, p 603.

La genèse des contrats : un régime de liberté surveillée, Droit et Patrimoine Juillet / Août 1996 p 44.

- Mergelin F.

Médiation et arbitrage : des convergences dans le règlement alternatif des différends ?, PA 26 août 2002 p 10.

- Merveille A. et ThomINETTE R.

Nature et régime de l'ordonnance rendue au visa de l'article 1441-4 du NCPC, D 2004 p 1332.

- Mestre J.

La période précontractuelle et la formation du contrat, PA 5 mai 2000 p 7.

L'influence de la Convention Européenne des droits de l'homme sur le droit français des obligations, European Review of Law 1994 p 31.

- Mettetal A.

Du retour au juge dans le règlement transactionnel des conflits, RRJ 2004 p 2243.

- Miguet J.

Réflexions sur le pouvoir de lier le juge par les qualifications et points de droit, Mélanges offerts à Pierre Hébraud, Université des Sciences Sociales de Toulouse, 1981, p 567.

- Mitrovic L.

L'arbitrage baseball : arbitrage ou mode alternatif de règlement ?, Rev. Arb. 2003 p 1167.

- Molfessis N.

Vers un droit constitutionnel au recours, Justices 1995 p 204.

- Montéran Th.

Médiation commerciale : rôle de l'avocat, Gaz. Pal. 16 septembre 2003 p 2.

Le respect des clauses contractuelles de médiation, Gaz. Pal. 1^{er} avril 2003 p 8.

- Moreau B.

Le prononcé de la sentence entraîne-t-il le dessaisissement des arbitres ?, Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur du Professeur J.-F. Poudret, Faculté de droit de Lausanne, 1999, p 453.

- Morita O.

L'origine doctrinale de l'article 1142 du Code civil, Rev. Hist. Droit 1995 p 201.

- Motulsky H.

Question préalable et question préjudicielle en matière de compétence arbitrale, JCP éd. G 1957 I 1383.

Menace sur l'arbitrage : la prétendue incompétence des arbitres en cas de contestation sur l'existence ou la validité d'une clause compromissoire, JCP éd. G 1954 I 1194.

- Moury J.

Réflexions sur la transmission des clauses de compétence dans les chaînes de contrats translatifs, D 2002 p 2744.

De quelques aspects de l'évolution de la jurisdictio, Mélanges en l'honneur de Roger Perrot, Dalloz, 2000, p299.

- Mousseron J.-M.

Secret et contrat, Mélanges en l'hommage à Jean Foyer, Puf, 1997, p 257.

La gestion des risques par le contrat, RTD Civ. 1988 p 481.

La durée dans la formation des contrats, Mélanges offerts à Alfred Jauffret, Faculté de droit et de sciences politiques d'Aix-Marseille, 1974, p 509.

- Muir Watt H.

Reliance et définition du contrat, Dialogues avec Michel Jeantin, Dalloz, 1999, p 57.

Pour l'accueil de l'estoppel en droit privé français, Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn, Dalloz, 1994, p 303.

- Najjar I.

L'accord de principe, D 1991 p 57.

- Nerson R.

Nul ne peut se faire justice à soi-même, le principe et ses limites, en droit privé, Travaux de l'Association H. Capitant, Dalloz, 1959, p 135.

- Niboyet M.-L.

Action en justice, Droits 2001 N°34 p 81.

- Oppetit B.

Les modes de règlement des différends de la vie économique, Justices N°1 1995 p 53.

Justice étatique et justice arbitrale, Mélanges offerts à Pierre Bellet, Litec, 1991, p 415.

Arbitrage, médiation et conciliation, Rev. arb. 1984 p 307.

Sur le concept d'arbitrage, Mélanges offerts à Berthold Goldman, Litec, 1982, p 229.

L'engagement d'honneur, D 1979 p 107.

Le rôle du juge en présence des problèmes économiques en droit civil français, Travaux Association H. Capitant, Dalloz, 1975, p 185.

L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de « hardship », JDI 1974 p 794.

- Ost F.

Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice, in Fonction de juger et pouvoir judiciaire, sous la direction de Gérard Ph., Ost F. et van de Kerchove M., Publications des Facultés Universitaires de Saint-Louis, 1983.

- Paclot Y.

Les diverses facettes du secret des affaires, Droit et Patrimoine mars 2002 p 70.

- Paisant G.

Libres propos sur les modes alternatifs de règlement des litiges de la consommation, Liber Amicorum Jean Calais-Auloy, Dalloz, 2004, p 767.

A la recherche du consommateur, JCP éd. 2003 I 121.

Essai sur la notion de consommateur en droit positif, JCP éd. G 1993 I 3655.

- Paulsson J.

L'adaptation du contrat, Rev. Arb. 1984 p 249.

- Pelloux R.

L'affaire Golder devant la Cour européenne des droits de l'homme, AFDI 1975 p 330.

- Pelletier C.

Les clauses de conciliation et de médiation dans les contrats de consommation, JCP éd. E 2005 p 493.

- Peltier V.

Révélation d'une information à caractère secret, Jurisclasseur Pénal Article 226-13 et 226-14 du Code Pénal, Mai 2005.

- Perrin M.-D.

Conciliation – médiation, PA 26 août 2002 p 4.

- Perrot R.

L'homologation des transactions, Procédures 1999 Chron. 10.

La conciliation en matière civile et commerciale en France, Journées de la Société de Législation Comparée 1984 p 237.

- Pétel-Teyssié I.

Défenses, exceptions, fins de non-recevoir, Encyclopédie Dalloz Proc. Civ. 1994.

- Picod Y.

L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat, JCP éd. G 1988 I 3318.

- Pignarre G.

A la redécouverte de l'obligation de praestere, RTD Civ. 2001 p 41.

- Pluyette G.

La médiation judiciaire, Gaz. Pal. 1998 doct. p 702.

Principes et applications récentes des décrets du 22 juillet et 13 décembre 1996 sur la conciliation et la médiation judiciaire, Rev. Arb. 1997 p 505.

- Pollet D.

Principe de contradiction et médiation, Gaz. Pal. 1999 doct. p 683.

- Py B.

Secret Professionnel, Encyclopédie Dalloz Pénal février 2003.

- Racine J.-B.

L'arbitrage est-il un mode alternatif de résolution des conflits ?, PA 28 mai 2001 p 16.

- Radé Ch.

A propos de la contractualisation du pouvoir disciplinaire de l'employeur : critique d'une jurisprudence hérétique, Droit Social 1999 p 3.

- Raynaud P.

L'obligation pour le juge de respecter le principe de la contradiction. Les vicissitudes de l'article 16, Mélanges offerts à Pierre Hébraud, Université de droit et de sciences politiques d'Aix-Marseille, 1981, p 715.

La renonciation à un droit, RTD Civ. 1936 p 763.

- Renoux Th.

Le droit au recours juridictionnel, JCP éd. G 1993 I 3675.

- Reymond C.

Une réflexion fondamentale sur l'arbitrage : la théorie de l'arbitrage de Bruno Oppetit, Rev. arb. 2000 p 557.

- Ripert G.

L'ordre économique et la liberté contractuelle, Mélanges en l'honneur de François Gény, Sirey, 1934, p 347.

- Rouhette G.

L'ordre juridique processuel. Réflexions sur le droit du procès, Mélanges offerts à Pierre Raynaud, Dalloz, 1985, p 687.

« Droit de la consommation » et théorie générale du contrat, Mélanges offerts à René Rodière, Dalloz, 1981, p 247.

- Rozès L.

Projets et accords de principe, RTD Com. 1998 p 501.

- Ruellan F.

Les MARC : Pour une justice plurielle dans le respect du droit, JCP éd. G 1999 I 135.

- Salas D.

Le procès, Droits 2001 N°34 p 29.

- Sanders P.

L'autonomie de la clause compromissoire, Mélanges offerts à Frederic Eisemann, CCI, 1978, p 31.

- Savatier R.

Les contrats de conseil professionnel en droit privé français, D 1972 p 137.

Le juge dans la Cité Française, D 1967 p 195.

- J. Schmidt-Szalwski

La force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats, RTD Civ. 2000 p 25.

La période précontractuelle en droit français, RIDC 1990 p 545.

La sanction de la faute précontractuelle, RTD Civ. 1974 p 46.

- Seillan Y.

L'acte abdicatif, RTD Civ. 1966 p 686.

- Severin E.

Le médiateur civil et le service public de la justice, RTD Civ. 2003 p 229.

- Solus H.

Les préoccupations d'ordre psychologique du Code de procédure civile, Mélanges offerts à Léon Julliot de la Morandière, Dalloz, 1964, p 511.

- de Soto J.

La notion de juridiction, D 1956 p 44.

- Sourieux J.-L.

La croyance légitime, JCP éd. G 1982 I 3058.

- Spitz E.

L'acte de juger, Rev. Droit public 1995 p 201.

- Stoffel-Munck Ph.

Alerte sur les prescriptions extinctives : l'article 2044 du Code civil n'est plus d'ordre public, D 2003 p 155.

- Storck M.

Exception d'inexécution ou « exceptio non adimpleti contractus », Jurisclasseur Civil 2003.

- Terré F.

L'arbitrage, essence du juridique, Mélanges offerts à Claude Reymond, Litec, 2004, p 309.

- Thibierge-Guelfucci C.

Libres propos sur les transformations du droit des contrats, RTD Civ. 1997 p 356.

- Timsit J.

La médiation : une alternative à la justice et non à une justice alternative, Gaz. Pal. 15 novembre 2001 p 53.

- Taormina G.

Brèves remarques sur quelques difficultés pratiques rencontrées dans le cadre de la procédure d'exequatur des transactions de l'article 1441-4 NCPC, D 2002 p 2353.

- Trisson-Collard P.

Tentative de distinction des contrats d'entreprise et de mandat fondée sur l'objet du contrat, PA 7 février 2001 p 4.

- Vasseur M.

Un nouvel essor du concept contractuel, RTD Civ. 1964 p 5.

Délais préfix, délais de prescription, délais de procédure, RTD Civ. 1950 p 439.

- Vatinet R.

Le mutuus dissensus, RTD Civ. 1987 p 252.

- Veaux D.

Responsabilité de l'entreprise en conseil, Contrats Conc. Consom. Janvier 1992 p 1.

- Vérin J.

Le règlement extra-judiciaire des litiges, RS crim. 1992 p 171.

- Viatte J.

La notion d'irrecevabilité, Gaz. Pal. 1980 doct. p 470.

- Vignal N.

L'attraction de l'engagement d'honneur dans le giron du droit : la morale des affaires a son honneur !, Rev. Lamy Droit Civil juillet/août 2007 n°40, p 6.

- Vincent J.

La procédure civile et l'ordre public, Mélanges en l'honneur de Paul Roubier, Dalloz Sirey, 1961, Tome II, p 303.

- Viennois J.-P.

L'amiable, RGDP 1999 p 471.

- Wiederkehr G.

Le cadre juridique de la conciliation en droit judiciaire privé, Rev. Jur. De l'USEK 1995 p 85.

Qu'est ce qu'un juge ?, Mélanges en l'honneur de Roger Perrot, Dalloz, 1985, p 575.

La notion d'action en justice selon l'article 30 du nouveau Code de procédure civile, Mélanges offerts à Pierre Hébraud, Faculté de droit et de sciences politiques d'Aix-Marseille, 1974, p 949.

- Zarkalam S.

Les avantages et les inconvénients du « med-arb » comme mode alternatif de règlement des conflits, RGDP 1998 p 589.

Index Alphabétique

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

- Accès à la justice : 92 s.
- Action en justice : 47 s.
- Administrateur provisoire : 296
- Arbitrage : 232 s., 441 s.
- Avocat : 362 s.

C

- Clause abusive : 86 s.
- Confidentialité du processus de médiation : 373 s.
- Consommateur : 78 s.
- *Contra non valentem agere non currit praescriptio* : 206 s.
- Contrat de médiation :
 - Conclusion : 302 s.
 - Contenu : 306 s.

D

- Droit au juge : 92 s.

E

- Engagement d'honneur : 436 s.
- Exception de procédure : 145 s.
- Exécution forcée : 128 s., 278 s.

F

- Faculté de mettre fin à la médiation : 334 s.
- Fin de non-recevoir : 140 s.
 - Régularisation : 192 s.
 - Rôle de juge et des parties : 180 s.

L

- Libre disponibilité des droits : 46 s., 52 s.

M

- Médiateur :
 - Déontologie : 341 s.
- Désignation : 261 s.
- Honoraires : 318 s.

- Indépendance : 344 s.
- Impartialité : 355 s.
- Probité : 343
 - Qualités : 267 s.
 - Responsabilité civile : 453 s.
 - Responsabilité pénale : 468 s.
- Médiation *ad hoc* : 258
- Médiation institutionnelle : 258
- Mise en demeure : 256
- Modification du contrat : 427 s.
- *Mutuus dissensus* : 430 s.

N

- Non-droit : 434 s.

O

- Obligation de ne pas agir en justice : 26 s.
 - Licéité contractuelle de l'obligation de ne pas agir en justice : 27 s.
 - Licéité processuelle de l'obligation de ne pas agir en justice : 92 s.

P

- Prescription : 199 s.
- Principe du contradictoire : 366 s.
- Procédure sur requête : 229 s.

R

- Référé : 222 s., 291 s.
- Responsabilité civile des parties : 471 s.
- Rupture amiable : 430 s.

S

- Sursis à statuer : 154 s.

T

- Transaction : 382 s.
- Article 1441-4 du NCPC : 394 s.