

L'AVANCEE DES M.A.R.C. : ORDRE OU DESORDRE ?

Contribution à une théorie générale des M.A.R.C.

Frédéric LECLERC

Professeur, Université de Perpignan

Introduction

1. Le thème choisi par le présent rapport pourrait en faire aussi bien un rapport introductif qu'un rapport de synthèse. Rapport introductif en ce qu'il a pour ambition de scruter l'horizon juridique afin d'y découvrir à quel point les modes alternatifs de règlement des conflits¹ (ci-après « M.A.R.C »). Le remplissent ou, si l'on préfère, d'y recenser les domaines du droit conquis par les M.A.R.C., et qui feront aujourd'hui ainsi que demain l'objet des communications présentées par les différents intervenants à ce colloque. Rapport de synthèse également en ce que, inévitablement, par la question ici posée de l'ordre ou du désordre accompagnant l'avancée des M.A.R.C., ce rapport dressera un bilan, ce qui présuppose qu'aient été au préalable survolés les différents secteurs où prospèrent les M.A.R.C. Démarche nécessaire afin de les observer tous et pouvoir livrer ainsi une analyse globale, recouvrant l'ensemble des discipline juridiques.

2. La question du caractère ordonné ou désordonné de l'avancée des M.A.R.C., mérite assurément d'être ici posée, et ce pour

¹ Il n'est pas facile de définir l'expression « modes de règlement alternatif des conflits ». Selon la juste observation du Professeur Charles Jarrosson, « Les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale », RIDC 1997, p.325 et s., les M.A.R.C., issus de l'appellation anglosaxonne de A.D.R. (Alternative Dispute Resolution), et encore appelés R.A.D. (règlement alternatif des différends ou résolution amiable des différends), ne permettent guère une définition claire. En effet, outre qu'aucune de ces appellations n'est autonome, mais se situe plutôt par rapport et en contrepoint des modes traditionnels et juridictionnels de règlement des litiges, les M.A.R.C. forment une catégorie ouverte, qui regroupe un ensemble de modes de règlement, et dont on ne peut attendre une définition précise. En réalité, l'expression désigne les modes, principalement pacifiques, de règlement des conflits, c'est-à-dire ceux qui visent à mettre les parties d'accord sur la solution, et qui ont en commun le plus souvent de faire intervenir un tiers, et de se démarquer du système traditionnel.

plusieurs raisons. Outre que la littérature juridique s'y est peu intéressée, alors pourtant qu'un florilège d'écrits consacrés à ces modes de règlement fleurit à l'occasion de chaque nouvelle réforme des M.A.R.C., cette question vient en quelque sorte naturellement à l'esprit à la vue de cette avancée que l'on doit bien qualifier d'avancée d'envergure. Disons-le tout de suite, sans crainte de déflorer le sujet, cette avancée a aujourd'hui gagné la plupart des disciplines juridiques. Par conséquent, au-delà des études nombreuses, techniques et en quelque sorte analytiques des différents M.A.R.C., propres à telle ou telle catégorie de litige, le regard aspire à l'élévation afin d'embrasser d'un seul coup d'œil l'ensemble des M.A.R.C. Ceci de façon à rechercher si existe à leur endroit une compréhension globale, une intelligence commune, les reliant voire les cimentant par le biais d'une méthodologie propre ou de principes directeurs en une catégorie homogène, d'où le juriste pourrait déduire une théorie générale des M.A.R.C.

3. Cette homogénéité se constate d'ores et déjà à plusieurs égards.

4. **Tout d'abord**, quel que soit le domaine du droit où ils interviennent, les M.A.R.C., sont réputés apporter les mêmes bienfaits.

5. De manière en quelque sorte négative, tout d'abord, les M.A.R.C. permettent de pallier aux dysfonctionnements de la justice. Il n'est nul besoin d'insister ici pour constater que les M.A.R.C., fournissent des remèdes efficaces à l'encombrement des tribunaux, à la lenteur de nombre de procédures, à leur coût, leur complexité, mais aussi à la distance qu'impose la justice, spécialement dans les contentieux mettant en présence des plaideurs qui ne disposent que de peu de moyens. En bref, les M.A.R.C., permettent de répondre aux critiques formulées très régulièrement par les justiciables à l'encontre d'un ordre judiciaire qui ne dispose plus des moyens matériels nécessaires pour faire face à l'augmentation du contentieux. De manière cette fois positive, les M.A.R.C., sont porteurs de qualités

propres qui en expliquent également la généralisation. Incontestablement, les M.A.R.C., procèdent de l'idée d'une justice apaisée, qui permet aux parties de s'écouter avant de s'entendre. Une justice collaborative, consensuelle dont le fruit prendra la forme d'un accord voulu par les parties en litige, et par conséquent mieux accepté par elles, ce qui mène à une autre qualité de la justice participative, à savoir son efficacité, en même temps que la responsabilisation de ses acteurs, qui vivent ainsi mieux leur conflit, plutôt que de le subir. Justice collaborative mais aussi justice « restaurative », comme le montre l'admission des M.A.R.C., en matière pénale. L'une des vertus attribuée par exemple à la médiation pénale est de permettre l'amendement du délinquant par la reconnaissance des conséquences dommageables de son acte². Le dialogue entre l'auteur et la victime, sur lequel repose la médiation pénale, ne peut que favoriser le « reclassement » de l'auteur des faits, pour reprendre les termes de l'article 41-1 du Code de procédure pénale, c'est-à-dire sa réintégration dans la société. Et puisqu'il est question de société, observons que les M.A.R.C., s'inscrivent certainement au cœur d'un bouleversement de la société visant à la déréglementation, à la recherche de nouveaux pôles de régulation sociale et qui se manifeste essentiellement par un phénomène de contractualisation, de passage de l'imposé au négocié.

6. **Ensuite**, l'homogénéité des M.A.R.C., s'illustre à travers leurs rôles respectifs, qui se complètent et en font une sorte de panoplie ayant vocation à répondre à un large éventail de situations. Alors même que le conflit n'est pas encore né, mais que se profile au loin l'ombre de sa menace, les personnes concernées peuvent d'ores et déjà prendre les devants afin de recourir à une conciliation ou une transaction. Lorsque la perspective du procès se rapproche, conciliation et médiation conventionnelles permettront encore aux parties d'éviter

² Sur ce point, voir J.B. Perrier, Rép. pén. Dalloz, V° Médiation pénale, Janvier 2013, n°14, p.5.

l'instance judiciaire. A moins qu'elles préfèrent passer une convention de procédure participative dans le but de discuter, assistées de leurs avocats respectifs, en vue d'échapper à la procédure judiciaire. Mais, quand le procès sera devenu réalité, et que les parties seront résolues à en découdre, un autre mode alternatif de règlement, l'arbitrage, leur permettra d'emprunter une voie alternative, distincte à bien des égards de la procédure devant la juridiction étatique, car adaptée aux spécificités du contentieux qui les oppose³. A moins que là encore la conciliation ou la médiation, proposée par le juge, ou rendue obligatoire par la loi ou le juge, ne vienne entretenir l'espoir d'une solution amiable.

7. L'homogénéité des M.A.R.C., se manifeste ainsi à plusieurs égards. Mais, plus fondamentalement, et dans une perspective plus large, cette homogénéité caractérise-t-elle également l'avancée des M.A.R.C., autorisant l'image d'une avancée ordonnée, structurée mais aussi coordonnée ? La réponse à une telle question est d'importance, dès lors que la systématisation d'un recours au M.A.R.C en lieu et place de l'instance contentieuse se voit aujourd'hui clairement évoquée⁴. Le présent rapport a pour tâche de le déterminer (IIème Partie). Mais, pour cela, encore faut-il qu'ait été prise l'exacte mesure de l'avancée des M.A.R.C (Ière Partie).

Ière Partie : L'avancée des M.A.R.C.

8. L'avancée des M.A.R.C., ne saurait évidemment être niée, à tel point d'ailleurs que cette avancée inquiète parfois⁵. Pourtant, si le développement des M.A.R.C., est souvent présenté comme un

³ Sur les avantages de l'arbitrage, et la justice « perfectionnée » qu'il permet, voir Ch. Jarrosson et J.B. Racine, *Jurisl. Droit international*, Fasc.585, Arbitrage commercial, Droit international, n°6 et s.

⁴ « La règle doit être de proposer chaque fois un conseil, une transaction, une conciliation ou une médiation, le traitement juridictionnel devant être l'exception » : in Rapport de l'Institut des hautes études sur la justice, mai 2013, La prudence et l'autorité. L'office du juge au XXIe siècle.

⁵ N. Fricero : « Qui a peur de la procédure participative ? Pour une justice autrement... », in *Justices et droit de procès, Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Mélanges en l'honneur de S. Guinchard, 2010, Chron. 2450.

phénomène contemporain, un rapide regard en arrière permet de se convaincre que cette avancée ne date pas d'hier, mais puise ses origines dans un passé assez ancien, même s'il est vrai qu'au fil du temps le rythme de l'avancée s'est accéléré (I). Donnant l'image d'une armée grossissante qui emplit l'horizon, les M.A.R.C., au cours de cette avancée, ont vu leurs rangs s'étoffer et déborder l'horizon national pour gagner une dimension européenne et même aujourd'hui internationale (II)

I.- Une avancée ancienne qui s'est accélérée

9. L'avancée des M.A.R.C., ne se présente pas, pour qui le regarde de près, comme un phénomène récent. Dès la période révolutionnaire en effet, la conciliation, la transaction et l'arbitrage ont fait partie intégrante du paysage juridique, et ne l'ont plus quitté (A), pour ensuite l'habiter de façon croissante en compagnie d'autres M.A.R.C (B)

A.- Une avancée ancienne et constante

10. L'avancée ancienne et constante des M.A.R.C., a principalement et durant de nombreuses années concerné le domaine judiciaire, les personnes publiques ne pouvant y recourir que dans des conditions fort restrictives. L'avancée des M.A.R.C., et spécialement de la conciliation, en matière judiciaire, peut être dépeinte à l'aide d'un triptyque⁶.

11. **En premier lieu**, le préliminaire de conciliation, encore appelé procédure préparatoire, a été institué par la loi des 16-24 août 1790 pour toutes les affaires relevant de la compétence des tribunaux de district, ancêtres des tribunaux de grande instance. En outre, devant les juges de paix, qui avaient pour mission de statuer en équité, la pratique s'instaura d'une tentative de conciliation en préalable facultatif à l'instance contentieuse. Du fait de son succès, la mission de conciliation des juges de paix fut institutionnalisée par la loi du 25 mai 1838, et appelée

⁶ Les développements consacrés à la dimension historique des M.A.R.C., sont empruntés aux explications fournies par M. Douchy-Oudot et J. Joly-Hurard, in Rép. pr.civ. Dalloz, V° Médiation et conciliation, mars 2013, n°4 et s.

« petite conciliation », par opposition avec la « grande conciliation », organisée pour les affaires relevant des tribunaux civils. Puis la loi du 2 mai 1855 la transforma en préalable obligatoire à l'instance, ceci avant que d'autres préalables obligatoires de conciliation soient instaurés devant les conseils de prud'hommes, par la loi du 27 mars 1907, et devant les tribunaux paritaires des baux ruraux.

12. **En second lieu**, à partir du XX^{ème} siècle, toutes les réformes de droit judiciaire privé qui ont précédé l'adoption du nouveau Code de procédure civile se sont efforcées de faire de la conciliation un des pouvoirs du juge pendant le déroulement de l'instance. Un décret-loi du 30 octobre 1935 donna ainsi au juge chargé de suivre la procédure le pouvoir de convoquer les parties en personne en cours d'instance en vue d'une nouvelle tentative de conciliation. La loi du 9 février 1949 prolongea cette tendance en conférant le même pouvoir à la formation de jugement, réunie en chambre du conseil avec les parties. De la sorte, la conciliation devenait un outil intégré à l'instance contentieuse devant la juridiction de droit commun du premier degré. Puis, nouvelle étape franchie par la conciliation, l'ordonnance de 1958 a généralisé le pouvoir du juge chargé de la procédure d'avoir recours à la conciliation, spécialement en cas de comparution ou d'audition des parties. Ce même pouvoir de concilier les parties en tout état de la procédure fut attribué au juge de la mise en état, créé par le décret n°65-872 du 13 octobre 1965, ainsi qu'au juge rapporteur et à la formation de jugement tout entière.

13. **En troisième lieu**, avec le nouveau Code de procédure civile de 1975, la conciliation devient un principe directeur du procès, en ce que l'intégration de la conciliation à l'instance, qui ne valait jusque là que devant le tribunal de grande instance, fût étendue à toutes les juridictions de l'ordre judiciaire.

14. Les autres M.A.RC., que sont la transaction et l'arbitrage n'ont pas connu la même ascension continue que la conciliation. L'arbitrage, pour commencer, après avoir bénéficié des faveurs

révolutionnaires voire napoléoniennes, qui imposèrent l'arbitrage forcé dans toute une série de domaines, notamment dans les contestations entre associés pour fait de société (articles 51 à 63 de l'ancien Code de commerce qui reprit sur ce point comme dans d'autres les dispositions de l'ordonnance de Colbert de mars 1673), connu au temps de la réaction une nette régression⁷. L'arbitrage forcé fut banni par la loi des 17-23 juillet 1856, tandis que la Cour de cassation déclara nulle la clause compromissoire dans un arrêt du 10 juillet 1843⁸. Il faudra attendre la loi du 31 décembre 1925 pour la voir étendue à toute la matière commerciale. Quant à la transaction, ainsi que l'a relevé un auteur⁹, rien ne laissait supposer que les rédacteurs du Code civil lui consacrent quinze articles, tant la transaction n'avait pas encore acquis l'importance considérable que chacun s'accorde à lui accorder aujourd'hui.

15. Historiquement, en effet, la transaction a connu en matière administrative des débuts balbutiants, tant était stricte la réglementation à son égard¹⁰ : le principe de l'égalité devant les charges publiques, posé par l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1790, freinait l'admission d'un mécanisme pouvant conduire une personne publique à renoncer à certains de ses droits. Le décret des 27-31 août 1791 disposait ainsi que « s'il s'agit de transiger, l'agent du Trésor public pourra y être autorisé par les commissaires de la trésorerie ; mais la transaction n'aura d'effet vis-à-vis de la Nation qu'après l'approbation du corps législatif ». En réalité, ce n'est qu'au cours du XIXème siècle que le recours à la transaction s'intensifiera, les ordonnances des 30 janvier et 13 février 1822, par exemple, reconnaissant le droit à l'administration fiscale de transiger, avant que le Conseil d'Etat admette plus tard le droit

⁷ Sur ces aspects historiques de l'arbitrage, voir B. Moreau et autres, Rép. proc. civ. Dalloz, V° Arbitrage, déc.2012, n°11 et s.

⁸ S. 1843.1.561 ; D.1843.1.343

⁹ P. Chauvel, Rép. civ. Dalloz, V° Transaction, sept ; 2011, n°2

¹⁰ Pour un exposé complet sur les débuts de la transaction en matière administrative, voir G. Le Chatelier : Rép. cont.adm. Dalloz, V° Transaction, n°2 et s.

pour les ministres le droit de transiger au nom de l'Etat¹¹. L'avancée des M.A.R.C était en route. Elle n'allait cesser de s'accélérer.

B.- Une avancée dont le rythme s'est accéléré

16. Il ne saurait être ici question de recenser de façon exhaustive l'ensemble des textes normatifs qui ont promu l'avancée des M.A.R.C. La tâche se révélerait vite fastidieuse et sans doute inutile au vu du nombre très élevé de textes adoptés depuis une vingtaine d'années. Néanmoins, il s'avère tout de même intéressant d'observer que depuis une vingtaine d'années, l'avancée s'est faite de plus en plus massive, pour gagner un rythme que l'on peut qualifier aujourd'hui d'échevelé. A tel point que l'on a pu parler récemment d'un festival des M.A.R.C.¹² Une des étapes essentielles de l'avancée des M.A.R.C., réside certainement dans la loi n°95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, qui a introduit pour la première fois dans le Code de procédure civile des dispositions générales sur la conciliation et la médiation judiciaires, et a ainsi institutionnalisé ces deux M.A.R.C. Avec cette loi, la médiation judiciaire est instituée comme mode alternatif de règlement des conflits en parallèle à la conciliation, et quinze articles du Code de procédure civile (art.131-1 à 131-15) régissent dorénavant la médiation, venant compléter les articles 127 à 131, qui sont consacrés à la conciliation. Comme la conciliation, la médiation a un champ d'application fort vaste, puisqu'elle est possible dans toutes les matières où les parties ont la libre disposition de leurs droits. En outre, et là encore à l'instar de la conciliation, la médiation peut avoir lieu à tout moment de la procédure, et devant toutes les juridictions de l'ordre judiciaire. L'avancée est on le voit considérable, mais ne s'est pas arrêtée là. Les textes se sont depuis multipliés, aussi bien d'origine nationale que

¹¹ CE, 23 déc.1887, Evêque de Moulins c/Etat, S.1889.3.57, concl. M. Le Vavas seur de Précourt.

¹² Laporte : « Le festival des M.A.R.C. », Procédures 2012, Alerte, n°9.

d'origine communautaire ; ils ont étendu le champ d'intervention des M.A.R.C., mais aussi forgé de nouveaux outils tendant à rendre plus effectif et plus efficace le recours à cette forme de justice négociée.

17. Ainsi, par exemple, le décret n°2010-1165 relatif à la conciliation et à la procédure orale a créé trois nouveaux chapitres à l'intérieur du titre sixième du Code de procédure civile, consacré à la conciliation judiciaire (art. 127 à 131 C.PC.), enrichissant le corps des règles applicables à cette forme de conciliation. En outre, les dispositions issues de la loi du 8 février 1995 ont été complétées et approfondies par l'ordonnance n°2011-1540 du 16 novembre 2011, prise en application de la loi du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, et qui transpose en droit français la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale. L'avancée des M.A.R.C., que réalise ce texte se manifeste à plusieurs égards.

18. En premier lieu, l'ordonnance de 2011 a entraîné une modification complète du chapitre 1^{er} du titre II (« la conciliation et la médiation judiciaires ») de la loi du 8 février 1995. Sans prétendre être exhaustif sur ce texte très important, indiquons qu'y sont énoncées des dispositions générales applicables à toutes les formes de médiation au sens de la directive 2008/52/CE, qu'elle soit conventionnelle ou judiciaire, et quelle qu'en soit la dénomination. Une notion générique de médiation se voit ainsi définie, inspirée très largement de la définition donnée par la directive, et renvoie non seulement à la médiation au sens strict, mais aussi à toute conciliation qui n'est pas menée par le juge en charge de trancher le litige¹³.

¹³ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive 2008/52/CE du parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, JORF n°0266 du 17 novembre 2011 page 19283.

19. En second lieu, l'ordonnance du 16 novembre 2011 a défini le cadre juridique de la médiation, notamment en s'attachant à préciser le principe de confidentialité s'attachant à la médiation, ainsi que les exceptions qui peuvent y être apportées.

20. En troisième lieu se voit par cette ordonnance inséré un nouveau chapitre dans le titre VII du Livre VII du code de justice administrative, marque de ce que la médiation s'étend également à la matière administrative¹⁴.

21. Enfin, afin de bien mesurer l'impact de cette ordonnance sur l'avancée des M.A.R.C. en droit français, observons que la transposition de la directive ne s'est pas limitée aux seules médiations transfrontalières, seul domaine *a priori* couvert par la directive. Dans le souci d'améliorer le régime de la médiation, l'ordonnance s'est déclarée applicable également aux médiations intervenant en dehors de tout contentieux transfrontalier.

22. Pris pour l'application de l'ordonnance du 16 novembre 2011, le décret n°2012-66 du 20 janvier 2012, relatif à la résolution amiable des différends a précisé le régime de la médiation et de la conciliation conventionnelle. A cette fin, ce décret a introduit dans le nouveau Code de procédure civile un Livre V (art. 1528 et s.), consacré à la résolution amiable des différends à l'initiative des parties, avec l'assistance d'un médiateur ou d'un conciliateur de justice. L'article 1532 nouveau du Code de procédure civile, s'inspirant fortement de la directive de 2008, définit la médiation et la conciliation conventionnelles comme « tout processus structuré, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord, en dehors de toute procédure judiciaire en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers choisi par elles qui accomplit sa mission avec impartialité, compétence et

¹⁴ L'article L.771-3 du Code de justice administrative pose ainsi le principe de la possibilité pour les parties à un différend relevant de la compétence du juge administratif de recourir à la médiation. Le processus de médiation administratif peut également être directement mis en œuvre par les litigants, avant toute saisie du juge administratif.

diligence ». Par ce décret¹⁵ est créé un cadre juridique commun à la médiation et à la conciliation extrajudiciaires, par exemple relatif au statut de conciliateur et du médiateur, le décret édictant par ailleurs un certain nombre de règles spécifiques à la médiation conventionnelle et à la conciliation conventionnelle.

23. Mais le décret du 20 janvier 2012 ne s'est pas contenté de conceptualiser et réorganiser ces deux M.A.R.C. classiques que sont la conciliation et la médiation. Egaleme nt pris en application de l'article 37 de la loi n°2010-1609 du 22 décembre 2010 qui a créé la convention de procédure participative, le décret du 30 janvier 2012 insère un nouveau titre au sein du Livre V du Code de procédure civile (art. 1542 à 1564), venant compléter les articles 2062 à 2068 du Code civil issus de la loi du 22 décembre 2010.

A travers cette loi et son décret d'application voit le jour un nouveau M.A.R.C., illustration de ce que l'on nomme le « droit collaboratif ». L'idée d'un droit collaboratif provient de la pratique des avocats, apparue aux Etats-Unis, puis importée en France il y a à peu près une dizaine d'années. En droit collaboratif, dont le domaine de prédilection est le droit de la famille, les deux parties sont certes assistées de leur avocat, mais elles conservent néanmoins un rôle directeur dans un processus de collaboration dont l'issue doit être la prise en compte des intérêts de chacune des parties. L'antagonisme du contentieux laisse ainsi la place à une volonté d'entente, au désir de recherche d'une solution qui soit mutuellement admise par les deux parties en litige. La démarche se présente ici comme

¹⁵ Sur ce décret, voir Belval : Petite réflexion sur le développement des modes alternatifs de règlement des litiges par rapport au droit, Gaz. Pal. 6-8 mai 2012, p.11 ; Larribau-Termeyre : Nouvel essor pour les modes alternatifs et collaboratifs de règlement des litiges en matière familiale ?, Dr.fam.2012, Etude, p.12 ; Mollard-Courteau : Une justice de proximité en retrait face à la multiplication des modes alternatifs de règlement des litiges, Gaz. Pal. 1^{er}-3 juillet 2012, p.12 ; E. Guinchard : La médiation contrainte à la réussite ?, RTD.Eur.2012.689, n°4 ; C. Lienhard : Développement et diversification des M.A.R.C., Gaz.Pal. 23-24 mars 2012, p.24 ; F. Rongeat-Oudin : Le règlement amiable des différends est en bonne marche, JCP 2012, éd.G, n°7, p.157.

d'essence contractuelle, les parties s'engageant au sein d'une charte collaborative porteuse d'engagements mutuels. Mais l'aspect contractuel n'évince pas totalement le juge, qui pourra par exemple être sollicité afin de rééquilibrer un accord jugé déséquilibré par l'une des parties¹⁶.

24. La loi n°2010-1609 du 22 décembre 2010, qui a créé dans le Code civil un titre XVIII intitulé « De la convention de procédure participative », organisant au sein des articles 2062 à 2068 du Code civil un mécanisme de convention de procédure participative assistée par avocat, s'inscrit dans le sillage du droit participatif. La convention de procédure participative se présente comme un contrat par lequel les parties à un différend, qui n'a pas encore donné lieu à la saisine d'un juge ou d'un arbitre, s'engagent à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend. Les parties, assistées chacune de son avocat, vont tenter de parvenir à une solution amiable. En cas d'échec, elles s'adresseront à la justice. L'originalité réside on le voit dans la succession possible de deux procédures, une procédure conventionnelle ainsi qu'une procédure aux fins de jugement, les deux procédures se voyant réglementées au sein du Code civil (art. 2062 à 2068) et du Code de procédure civile (art. 1544 à 1564)¹⁷.

¹⁶ Sur le droit collaboratif, voir M. Foulon et Y. Strickler, *Jurisl. Proc. Civ.*, Fasc.1000, n°18 et s.; Butruille-Cardew, *La place du droit collaboratif dans les M.A.R.C.*, *RLDC* 12/2011.69 ; *Le droit collaboratif* : Dossier *AJ fam.* 2010.253 et s.

¹⁷ Sur la convention de procédure participative, voir Avena Robardet : *Divorce et procédure participative*, *AJ fam.* 2011.7 ; D. D'ambra, *Procédure participative de négociation assistée par un avocat* : *Dalloz coll. Action* 2013/2014, sous la dir. De S. Guinchard, chap.327 ; S. Amrani-Mekki : *La convention de procédure participative*, *D.* 2011, p.3007 ; M. Douchy-Oudot : *Convention de procédure participative*, *Procédures* 2011, comm.99 ; N. Fricero : *Convention de procédure participative et médiation : deux instruments concurrents ?*, *Dr. et patrimoine*, n°214, mai 2012 ; C. Peulve : *La dimension processuelle de la procédure participative* : *LPA* 16 avr. 2012, n°76,p.6 ; L. Leveneur : *un nouveau contrat pour les MARC* : *Contrats,conc.,conso.* 2012, repère 10 ; N. Sauphanor-Brouillaud : *La convention de procédure participative : aspects pratiques*, *Gaz.Pal.* 2011,1, doct., p.47 ; A. Sauret : *La convention de procédure participative*, *Gaz.Pal.* 2011,2, doct., p.646 ; G'Sell-Macrez : *Vers la justice participative ? Pour une négociation « à l'ombre » du droit*, *D.*2010. 2450.

25. Dans la description de cette accélération de l'avancée des M.A.R.C., on ne saurait naturellement passer sous silence le rôle sans cesse croissant du droit communautaire dans l'organisation et le développement des M.A.R.C., spécialement en droit de la consommation. Ce rôle s'est exprimé à travers plusieurs normes particulièrement importantes, à la lumière desquelles le droit français doit aujourd'hui être lu, ceci d'autant que s'annoncent encore des changements à venir. Est en effet annoncée pour le 9 juillet 2015 la transposition de la directive n°2013/11/UE sur le règlement extrajudiciaire des litiges de consommation (Directive « REL »), ainsi que l'entrée en vigueur du règlement n°524/2013 sur le règlement en ligne des litiges transfrontières (Règlement « RLL »). Ces instruments, qui font suite à la directive n°2008/52/CE du 24 mai 2008, plus haut rencontrée, sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, traduisent l'importance que les instances communautaires accordent au M.A.R.C., augurant ainsi de la place croissante qui sera leur dans les prochaines années. A l'issue du sommet européen réuni à Tampere les 15 et 16 octobre 1999, le Conseil européen a ainsi invité les Etats membres à créer des procédures de substitution extrajudiciaires dans le but de résoudre les litiges transfrontaliers, amenés à se multiplier notamment du fait de l'explosion du commerce électronique. Ainsi qu'il a été relevé, le particularisme du contentieux de la consommation favorise la recherche de solutions extrajudiciaires de traitement des litiges¹⁸. En particulier, le règlement amiable et négocié permet de lever les obstacles que rencontre fréquemment le consommateur dans son accès à la justice, et ce d'autant si le contentieux revêt un caractère international. Dans le même temps, les autorités communautaires n'ont pu que relever les disparités au sein de l'Union en ce qui concerne les modes de résolution simples, rapides et efficaces de règlement des litiges. Plus encore, à travers ces disparités a été perçu un obstacle à la

¹⁸ S. Berheim-Desvaux : Résolution extrajudiciaire des litiges de consommation, *Jurisl. Concurrence-Consommation*, Fasc ; 1230, 2014, n°3.

réalisation du marché intérieur, dissuadant consommateurs et professionnels de se tourner vers des achats et des ventes au-delà des frontières¹⁹. Pour toutes ces raisons ont été poursuivis deux objectifs :

26. D'une part développer les M.A.R.C. dans le domaine des litiges de consommation, tout en veillant à ce que ce développement s'opère de manière harmonisée au sein de l'Union européenne, que ce soit dans les procédés de règlement utilisés ou dans les modes d'information des consommateurs et des professionnels au sujet de ces M.A.R.C. C'est ainsi que la directive visant à favoriser le règlement extrajudiciaire des litiges (REL) du 21 mai 2013²⁰, du moins lorsqu'est en cause un litige de consommation, a prévu que, dans chaque Etat membre, une procédure de REL devra être mise en place pour tout litige de nature contractuelle. En outre, la directive a organisé des modes d'information des consommateurs sur le recours au REL, pris en charge par des « entités de REL », à propos desquelles la directive a formulé un certain nombre d'exigences.

27. D'autre part, les autorités communautaires ont mis en place une plateforme de Règlement en Ligne des Litiges (RLL) pour le commerce en ligne. L'idée, concrétisée par le règlement UE n°524/2013 du 12 mars 2013 Parlement européen et du Conseil relatif au règlement en ligne des litiges de consommation, a été

¹⁹ S. Berheim-Desvaux, op.cit., n°95. Adde A. Ayewouadan : La médiation en ligne, JCP 2012, éd.G, I, 138 ; T. Massart : La médiation auservice d'internet, LPA, 26 août 2002, p.31 ; A. Penneau : Le régime juridique de la médiation en ligne des litiges de consommation, in Le droit des consommateurs et les procédures spécifiques en Europe [sous la dir. De J. Rochfeld et E. Jeuland], 2005, p.25 et s. ; A. Siirainen : Quelques réflexions sur les M.A.R.C. en ligne dans le commerce électronique, in J.B. Racine, Pluralisme des modes alternatifs de résolution des conflits, pluralisme du droit, éd. L'Hermès 2002, p.131.

²⁰ Sur cette directive, voir C. Aubert de Vincelles : Promotion et harmonisation des modes alternatifs de règlement des litiges de consommation, RDC 2012, p.465 ; S. Bernheim-Desvaux : Litiges de consommation : règlement extrajudiciaire et règlement en ligne, JCP, éd.E 2013, 1402 ; Présentation de la directive 2013/11/UE relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation, et du règlement UE n°524/2012 relatif au règlement en ligne des litiges de consommation, Contrats, conc.,consom.2013, étude 9 ; X. Lagarde, Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges : Rev. arb. 2001, p.433 ; J.P. Pizzio : La médiation dans le domaine de la consommation : Rev. Lamy dr.aff. 2012, n°4328.

de créer des M.A.R.C., qui soient adaptés à la nature du contentieux ainsi qu'aux exigences qu'il véhicule. Ainsi, dans le contexte bien particulier du commerce électronique, où le caractère à distance des opérations concernées ainsi que leur dimension internationale rendent difficile la résolution des litiges pouvant survenir, le règlement, qui sera opérationnel à compter du 9 janvier 2016, a mis en place un mode de règlement en ligne des litiges concernant les contrats de vente de biens et de services conclus en ligne entre un consommateur résidant dans l'Union et un professionnel établi dans l'Union²¹.

28. De l'ensemble de ces développements, ressort incontestablement l'image d'une avancée des M.A.R.C. qui, en l'espace de moins de dix ans, s'est considérablement intensifiée. Et encore tous les textes récents n'ont-ils pas été cités, comme par exemple le décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, et qui a apporté en droit français de nombreuses innovations²². Ou bien la loi de simplification et d'amélioration du droit du 17 mai 2011, ayant introduit le recours à l'arbitrage en droit de la propriété intellectuelle²³. Plus près de nous encore, la loi Hamon du 13 mars 2014 relative à la consommation, a non seulement entendu généraliser dans les contrats conclus par les consommateurs les clauses de recours à la conciliation (art. L.133-4 nouveau C. conso ²⁴), mais a aussi, dans le contexte du

²¹ Sur ce règlement, voir les références citées à la note précédente

²² Sur le décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 réformant le droit de l'arbitrage, voir notamment les études de Béguin, Ortscheidt et Seraglini, JCP 2011.322 ; Bollée, Rev. crit.DIP 2011.553 ; Clay et Najar, Gaz.pal. 13-15 févr. 2011, p.6 ; Gaillard et de Lapasse, D.2011.175 ; Jarrosson et Pellerin, Rev.arb.2011.5 ; P. Mayer, Dr. et patr., mai 2011, p.30 ; Nourrissat, Procédures 2011.Etude.3

²³ Sur cette loi, voir, J.M. Bruguière et E. Gillet : Litiges de propriété intellectuelle : l'apport de la loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit du 17 mai 2011, JCP 2011, éd.E.1163 ; J.M. Bruguière : La généralisation de l'arbitrage au sein de la propriété intellectuelle. L'apport de la loi du 17 mai 2011, in Les modes alternatifs de règlement des litiges de propriété intellectuelle, sous la direction de J.M. Bruguière, éd. Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2012, p.13 et s.

²⁴ Selon l'article 133-4 du Code de la consommation, issu de la loi Hamon du 17 mars 2014, « *lors de la conclusion de tout contrat écrit, le consommateur est informé par le professionnel de la possibilité de recourir, en cas de contestation, à une procédure de médiation conventionnelle ou à tout autre mode alternatif de règlement des différends* ».

règlement amiable des litiges collectifs de consommation, entendu permettre la participation à une médiation des associations de consommateurs préalablement à l'exercice d'une action de groupe (art. L.423-15 et art. L.423-16 nouveaux C.conso.). Au vu de son intensité, il n'est guère étonnant que l'avancée des M.A.R.C. se présente sous de multiples facettes.

II.- Une avancée aux manifestations multiples

29. Comme l'indiquait le titre récent d'un article de doctrine²⁵, « le règlement amiable des différends est en bonne marche ! ». Cette avancée des M.A.R.C., qui se traduit par l'adoption sans cesse croissante de textes à l'échelon national et européen, se vérifie à toute une série d'égards. Ce sont en premier lieu les sources des M.A.R.C., qui illustrent cette avancée, tant elles se diversifient (A). Ces sources gagnent au fil des ans des terres nouvelles, dont certaines, de prime abord inhospitalières, auraient pu laisser douter de l'accueil des M.A.R.C. (B). Enfin, à l'image d'une armée en marche, qui possède ses différents corps d'armes, les M.A.R.C. ont aujourd'hui leurs différents outils, incontestablement plus nombreux et diversifiés que par le passé (C).

A.- L'avancée dans les sources des M.A.R.C

30. Ce point n'appelle que peu d'observations, tant les développements qui précèdent ont permis de montrer la diversité des sources faisant jaillir les M.A.R.C. au sein de notre paysage juridique.

1°) 31. Ces sources sont aujourd'hui, comme elles l'ont été d'ailleurs historiquement, tout d'abord et principalement nationales. Depuis la loi des 16 et 24 août 1790, qui avait institué un préliminaire obligatoire de conciliation devant les tribunaux de district, jusqu'à la période actuelle, les lois, décrets et autres ordonnances se sont succédées à un rythme on l'a vu de plus en plus soutenu. Beaucoup de ces textes trouvent à présent leur place au sein de codes (code civil, code de procédure civile, code

²⁵ F. Rongeat-Oudin : Le règlement amiable des différends est en bonne marche !, JCP, éd.G, n°7, 13 février 2012, 157.

de procédure pénale....) où ils côtoient les autres modes de règlement des litiges propres à la matière considérée. Mais il n'y a pas que le législateur qui se préoccupe des M.A.R.C.

32. La jurisprudence, également, est de plus en plus fréquemment amenée à poser des règles et à participer ainsi à l'élaboration du régime juridique des M.A.R.C. et, partant, à leur avancée au sein de notre ordre juridique. Il est à cet égard intéressant de se souvenir que l'institutionnalisation de la médiation judiciaire, opérée par la loi n°95-125 du 8 février 1995, a été l'écho d'un arrêt rendu le 16 juin 1993 par la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation²⁶, par lequel la Haute juridiction estimait que la médiation « dont l'objet est de procéder à la confrontation respective des parties en vue de parvenir à un accord proposé par le médiateur, est une modalité d'application de l'article 21 du Code de procédure civile », conférant au juge mission de concilier les parties. Dix ans plus tard, la Cour de cassation, réunie en Chambre mixte²⁷, posait en principe 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 ». Plus près de nous, dans un arrêt du 26 mars 2014²⁸, la Chambre sociale de la Cour de cassation a estimé qu'« un salarié et un employeur ayant signé une convention de rupture conventionnelle peuvent conclure une transaction si celle-ci intervient postérieurement à l'homologation de la rupture conventionnelle par l'autorité administrative, étant précisé que la transaction doit par ailleurs régler un différend relatif non pas à la rupture du contrat de travail mais à son exécution sur des éléments non compris dans la convention de rupture ».

²⁶ Pourvoi n°91-15.332 : Bull. civ., II, n°211

²⁷ Cass. Ch.mixte., 14 févr.2003 : Bull. Ch. Mixte, n°1, p.1 ; D.2003.1386, note Ancel et Cottin ; D. 2003, Somm.2480, obs. Clay ; LPA 12 mars 2003, note Bernheim.

²⁸ Cass. soc., pourvoi n° 12-21.136 ; JCP 2014, éd.S, note G. Loiseau.

2°) 33. Cependant, les sources nationales n'ont plus en France le monopole de l'encadrement des M.A.R.C. Les sources communautaires occupent en effet en la matière une place de plus en plus importante, pour des raisons qui ont été précédemment exposées. L'avancée des sources communautaires²⁹ s'explique par la prise de conscience au niveau européen de l'intérêt qu'il y a à favoriser la recherche de solutions extrajudiciaires de traitement des litiges. Nul n'ignore que la réussite de l'Union européenne passe par une intensification des échanges transfrontaliers, spécialement par la voie du commerce électronique. Dans sa communication du 13 avril 2011³⁰, la Commission a considéré le développement du commerce électronique comme un des leviers indispensables à la croissance économique. Ce développement, naturellement, augmente le risque des litiges transfrontaliers, d'autant plus redoutés des consommateurs comme des professionnels que ne leur serait proposé un système simple, rapide et efficace en vue de les régler. Face à cette exigence, mais aussi confrontée aux disparités existant au sein de l'Union européenne dans le traitement de ce genre de litiges, les instances communautaires ont entrepris d'harmoniser les droits nationaux dans le but de favoriser un traitement extrajudiciaire des litiges transfrontaliers. La Commission a ainsi publié un Livre Vert le 19 avril 2002, puis lancé une grande consultation sur les M.A.R.C., en droit civil et commercial, avant, deux ans plus tard, de proposer un Code de bonne conduite à destination des médiateurs. C'est dans ce contexte qu'a été adoptée la directive n°2008/52/CE du 24 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale³¹. Cependant, l'observation que la directive transposée avait laissé subsister des différences au sein des Etats membres, ajoutée au fait que pêchait l'information des

²⁹ Sur cette avancée des sources communautaires dans le contexte de la résolution extrajudiciaire, voir les très intéressants développements de S. Bernheim-Desvaux, *Jurisl. préc.*, n°5.

³⁰ L'acte pour le marché unique-Douze leviers pour stimuler la croissance et relancer la confiance. Ensemble pour une nouvelle croissance : Comm.CE, Communication n°COM (2011)206 final, 1 » avril 2011, p.9.

³¹ Sur cette directive, voir supra n°17 ; adde sur cette directive, J.B. Racine, *Présentation de la directive n°2008/52/CE sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale*, Europe 2008, étude, 10.

consommateurs et des professionnels sur les modes amiables de règlement des litiges, a conduit la Commission à proposer un projet de directive ainsi qu'un projet de règlement propres aux litiges concernant la consommation et le commerce électronique. La directive sur le règlement extrajudiciaire des litiges de consommation (REL) a ainsi vu le jour le 21 mai 2013, de même que le règlement relatif au règlement en ligne des litiges de consommation.

34. Cette harmonisation des droits nationaux est d'autant plus remarquable que les directives adoptées en la matière ont laissé les Etats membres libres de ne pas la cantonner aux seuls litiges transfrontaliers, pour l'étendre à l'ensemble des litiges de consommation, aussi bien internes qu'intra européens. La France a d'ores et déjà usé de cette faculté à propos de la directive de 2008, et suivra probablement la même ligne pour celle de 2013.

3°) 35. Les sources des M.A.R.C., initialement d'origine publique, revêtent incontestablement aujourd'hui une dimension privée, notamment à travers le développement de plusieurs formes de médiation, comme la « médiation interne »³². La « médiation interne » peut se définir comme la médiation organisée par le professionnel, soit directement au sein de son entreprise, soit indirectement par la branche ou l'organisation professionnelle à laquelle il appartient. Ces médiateurs sont présents aussi bien dans des entreprises publiques (GDF-Suez ; SNCF) que dans des entreprises privées (Canal+ ; La Poste), ou des organismes professionnels (ainsi par exemple le médiateur « voyage et tourisme », ou bien encore le « médiateur de l'eau ». Son objet est de traiter de façon amiable les litiges pouvant survenir entre le professionnel et ses clients ou usagers, et portant sur la conclusion, l'interprétation ainsi que l'exécution des contrats. Autres médiateurs devenus acteurs à part entière des M.A.R.C., les médiateurs dits »publics», comme le médiateur national de

³² Sur la médiation interne, voir S. Bernheim-Desvaux, *Jurisl. préc.*, n°36 et s.

l'énergie, le médiateur de l'Autorité des Marchés Financiers, ou bien encore le Défenseur des droits, auquel un rapport présenté au présent colloque sera consacré. Enfin, doivent être cités les médiateurs « privés », comme le Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris (CMAP), compétent pour la gestion et la résolution des conflits commerciaux, le Centre de médiation des notaires de Paris (CNMP), le Centre de médiation des huissiers de justice (CMHJ), intervenant tous deux pour les litiges se situant dans le champ d'expertise des notaires et des huissiers.

36. Au-delà de la diversité des médiateurs, s'appliquent aux mécanismes de médiation ainsi mis en place des normes relativement uniformes, communes à l'ensemble des médiations. Ces normes d'origine privée, issues de différents codes de bonne conduite, chartes, et autres règlements³³ expriment par-delà leurs spécificités propres des principes communs applicables aussi bien au statut du médiateur qu'à la procédure de médiation.

B.- L'avancée dans le champ d'application matériel des M.A.R.C

37. Historiquement, les M.A.R.C. ont trouvé leur champ d'expression principal en droit privé, et plus précisément en droit civil. La conciliation, à la veille du nouveau Code de procédure civile, ne faisait pleinement partie des pouvoirs du juge que dans le cadre de l'instance contentieuse devant le Tribunal de grande instance³⁴. Avec le nouveau Code de procédure civile, issu dans sa version finale du décret n°75-1123 du 5 décembre 1975, la conciliation judiciaire a l'initiative du juge s'est généralisée à toutes les juridictions de l'ordre judiciaire, devenant de la sorte un véritable principe directeur

³³ Sur les règles communes issues de ces différentes sources privées, voir par exemple J.B. Racine : Les garanties de loyauté dans les modes alternatifs de résolution des conflits, in J.B. Racine, Pluralisme des modes alternatifs de résolution des conflits, pluralisme du droit, éd. L'Hermès, 2002, p.71 ; J.P. Pizzio : La médiation dans le domaine de la consommation, Rev. Lamy dr.aff.2012, n°4328.

³⁴ M. Douchy-Oudot et J. Joly-Hurard, Rép. pr. civ. Dalloz, V° Médiation et conciliation, préc., n°8.

du procès³⁵. Quelques années plus tard, la médiation judiciaire connaîtra le même essor par la grâce de la loi n°95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions, et à la procédure civile, pénale et administrative. Cette loi lui a octroyé un champ d'application fort vaste puisque, dorénavant installée au sein du Livre 1^{er} du Code de procédure civile, elle est possible en toutes matières où les parties ont la libre disposition de leurs droits³⁶. Même lorsque tel n'est pas le cas, comme en matière familiale, la pratique va engendrer spontanément la médiation familiale³⁷ dans les années 90, qui verra se mettre en place des centres de médiation familiale, avant que la profession de médiateur familial se voie institutionnalisée³⁸, et que le législateur rende obligatoire le recours à la médiation familiale, du moins en certaines matières³⁹. A peu près à la même époque que la médiation familiale, la médiation pénale a elle aussi connu les faveurs de la pratique pour ensuite obtenir sa reconnaissance à l'article 41 du Code de procédure pénale par la loi n°93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale⁴⁰. Mais il n'y a pas que le droit privé et les sciences criminelles qui aient été gagnées par les M.A.R.C. Le droit

³⁵ Ibid

³⁶ M. Douchy-Oudot et J.Joly-Hurard, Rép. pr. Civ.Dalloz, V° Médiation et conciliation, n°46.

³⁷ La médiation familiale a été définie par M. Topor : La médiation familiale, 1992, coll. « Que sais-je » éd.PUF, 1992, cité par M. Douchy-Oudot et J.Joly-Hurard, Rép. pr.civ. Dalloz préc., n°71., comme « un processus qui tend vers le règlement à l'amiable des conflits familiaux, grâce à l'intervention confidentielle d'une tierce personne, neutre, qualifiée de médiateur, dont la mission est d'écouter, d'apaiser les passions, d'éclairer les prétentions respectives, de rétablir le dialogue autour de propositions, de solutions susceptibles de rapprocher les intéressés »

³⁸ Décret n°2003-1166 du 2 déc.2003 portant création du diplôme d'Etat de médiateur familial, complété par l'arrêté du 12 février 2004 relatif à ce diplôme d'Etat.

³⁹ La loi n°2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles a prévu la mise en place à titre expérimental dans certains tribunaux de grande instance du recours impératif à la médiation pour les décisions fixant les modalités de l'exercice de l'autorité parentale ou la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant ou avant toute demande de modification des dispositions contenues dans la convention homologuée (art.255 et 373-2-10 du Code civil).

⁴⁰ JO 4 janv.1993, art.5. Sur l'introduction de la médiation pénale, voir Blanc : La médiation pénale, JCP 1994, éd.G, I.3760 ; J. Leblois-Happe, La médiation pénale comme mode de réponse à la petite délinquance : état des lieux et perspectives, RSC 1994.525.

public, également, offre un champ d'intervention non négligeable à ces modes de règlement des litiges.

38. A commencer par la transaction, qui connaît aujourd'hui un large succès en matière administrative. Alors qu'à l'origine, les possibilités pour une personne publique de recourir à la transaction se voyaient limitées⁴¹, ces limites ont progressivement cédé le pas, face aux avantages qu'offre la voie transactionnelle. Textes et jurisprudence ont ainsi pleinement reconnu à l'administration fiscale le pouvoir de transiger⁴², avant d'admettre que les ministres puissent transiger au nom de l'Etat, et que les collectivités locales aient le pouvoir de transiger sans autorisation préalable de l'Etat. Plus récemment, dans une circulaire du 6 février 1995 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits⁴³, le Premier ministre a encouragé les collectivités publiques à recourir à la voie transactionnelle, en soulignant les avantages qu'elle présente : facilitation du règlement rapide des litiges, gestion économe des deniers publics, allègement de la charge de travail des juridictions administratives. Enfin, rappelons que l'article L.771-3 nouveau du Code de justice administrative, issu de l'ordonnance n°2011-1540 du 16 novembre 2011⁴⁴, pose le principe de la possibilité pour les parties à un différend relevant de la compétence du juge administratif, de recourir à la médiation.

39. Autre illustration de l'avancée du champ d'application matériel des M.A.R.C., leur extension aux rapports juridiques internationaux a connu récemment une impulsion nouvelle.

⁴¹ Par exemple, le décret des 27-31 août 1791 disposait que « s'il s'agit de transiger, l'agent du Trésor Public pourra y être autorisé par les commissaires de la trésorerie ; mais la transaction n'aura d'effet vis-à-vis de la Nation qu'après l'approbation du corps législatif ». Texte cité par G.Le Chatelier, in Rép. cont.adm. Dalloz, V° Transaction, n°3.

⁴² Ordonnances des 30 janvier et 13 février 1822.

⁴³ JO 15 février 1995

⁴⁴ Sur cette possibilité, voir le Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive n°2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, JO du 17 novembre 2011, p.19283.

Certes, l'usage des M.A.R.C. en matière internationale n'est pas une nouveauté. L'un des M.A.R.C. les mieux établis, l'arbitrage, a même rencontré depuis longtemps en droit des affaires internationales son terrain d'action privilégié. A telle enseigne qu'aujourd'hui, comme le montrent aussi bien la jurisprudence de la Cour de cassation⁴⁵ que la récente réforme du droit de l'arbitrage opérée par le décret du 13 janvier 2011⁴⁶, il est sans doute permis d'affirmer que le droit français de l'arbitrage international joue bien souvent le rôle de pionnier, tirant ensuite dans son sillage novateur le droit français interne de l'arbitrage.

40. Cette extension, classique, prend aujourd'hui une dimension nouvelle qui laisse augurer une large pénétration des M.A.R.C. au sein des litiges internationaux. Ainsi qu'il a été vu plus haut, les institutions européennes, en matière de litiges de consommation et de contentieux lié au commerce électronique, ont entendu privilégier la résolution extrajudiciaire des litiges (REL). Désormais, dans chaque Etat membre, une procédure de REL devra être mise en place pour tout litige transfrontalier de nature contractuelle, quelque soit le secteur du marché concerné, pourvu que le litige oppose un consommateur à un professionnel⁴⁷. Et si ce litige international se rapporte à un contrat de vente de biens ou de services conclu en ligne entre un consommateur et un professionnel, le règlement du litige de consommation s'opèrera lui aussi en ligne à l'aide d'une plateforme de règlement en ligne des litiges (RLL), mise en place par la Commission européenne, et reliée aux organes nationaux de REL créés au sein des Etats membres puis notifiés à la Commission. Il y a fort à parier que, dans les années à venir, la technique des REL, voire des RLL, devrait gagner d'autres domaines du droit, au-delà même de la sphère européenne.

⁴⁵ Cass. civ.1, 6 févr.2001 : Bull. civ., I, n°22 ; Cass. Civ.1, 27 mars 2007 : Bull. Civ., I, n°129; Cass. Civ.1, 17 nov.2010 : Bull. Civ., I, n°240, tous arrêts ayant admis qu'en présence d'une chaîne de contrats, la clause d'arbitrage se transmet en même temps que l'action contractuelle, solution consacrée par l'article 1442 al.2 nouveau du Code de procédure civile, dans la rédaction que lui a donné le décret du 13 janvier 2011.

⁴⁶ Sur cette réforme, voir les références citées note 22.

⁴⁷ Voir supra n°26

Incontestablement, la mise en place d'un règlement en ligne de certains litiges traduit une diversification en même temps d'ailleurs qu'une modernisation des outils sur lesquels peuvent s'appuyer les M.A.R.C.

C.- L'avancée dans les outils utilisés

41. Les M.A.R.C. représentent assurément aujourd'hui une panoplie d'outils bien plus riche qu'elle ne l'était il y a encore une trentaine d'années. L'ensemble des développements qui précèdent a effectivement révélé une diversification des M.A.R.C. Traditionnellement, quatre « M.A.R.C. » étaient recensés : la conciliation, la médiation, l'arbitrage et la transaction. Ces quatre voies de règlement alternatif des litiges existent toujours aujourd'hui, et continuent plus que jamais d'assurer la mission qui leur a été depuis longtemps dévolue. Simplement, ces outils se sont-ils vu attribuer des missions nouvelles, synonymes parfois d'une certaine altération de l'outil concerné. Cette réalité sera décrite un peu plus loin⁴⁸. Par exemple, la transaction, qui on le sait a conquis les terres du droit public, intervient souvent en ce domaine pour réduire le montant d'une amende ou d'une pénalité dont est redevable un particulier n'ayant pas respecté les lois et les règlements⁴⁹. Même si ce type de transaction peut être considérée comporter les concessions réciproques, nécessaires à la qualification de transaction⁵⁰, il n'en reste pas moins que, avec ce type de transaction, le redevable ou le contrevenant se contente de s'engager à respecter le point de vue de l'administration, à ne point le contester ainsi qu'à s'acquitter de la somme réclamée, avec pour contrepartie une réduction de celle-ci. Par ce mode alternatif de règlement, de facture à dire vrai assez unilatérale, on s'éloigne certainement du modèle classique de la transaction, où deux parties négocient et passent en cas de succès de la

⁴⁸ Voir infra IIème Partie, II.A

⁴⁹ Art.251 du Livre des procédures fiscales en matière fiscale ; art. 350 du Code des douanes relatif à la transaction douanière ; art.105 du Code forestier à propos des infractions forestières.

⁵⁰ Sur le débat relatif à l'exigence de concessions réciproques en matière de transaction administrative, voir G. Le Chatelier, Rép. cont. Adm. Dalloz, V° Transaction, préc.

négociation un contrat mettant fin à leur litige né ou à naître en se consentant des concessions réciproques. Sans doute est-il possible de tenir le même propos au sujet de la médiation pénale qui, selon la jurisprudence de la Chambre criminelle de la Cour de cassation, est considérée comme ne mettant pas vraiment fin au litige puisqu'elle n'a point d'effet extinctif sur l'action publique⁵¹.

42. Au-delà de la déformation de certains des outils traditionnels composant les M.A.R.C., l'observateur ne peut manquer de relever l'apparition d'outils nouveaux, qui ont déjà été rencontrés lors du présent exposé, et ne justifient en conséquence pas de nouvelles explications. Tel est le cas tout d'abord de la convention de procédure participative assistée par avocat, qu'a introduite dans le Code civil la loi n°2010-1609 du 22 décembre 2010, et qu'a organisée dans le Code de procédure civile le décret n°2012-66 du 20 janvier 2012. Convention dont le particularisme réside dans l'association successive en même temps qu'éventuelle d'une phase amiable et, en cas d'échec de la première, d'une phase aux fins de jugement. Tel est le cas ensuite des M.A.R.C. en ligne qui, pour les années à venir, offrent pour d'évidentes raisons de belles perspectives à l'avancée des M.A.R.C., alors que se développent les contrats du commerce électronique, tous contrats à distance très souvent teintés d'éléments d'extranéité.

43. De l'ensemble des explications qui précèdent, il ressort que l'avancée des M.A.R.C., est en marche, et déploie une force, une ampleur qui ne cessent de croître au fil des ans. Les M.A.R.C., désormais, emplissent l'horizon juridique, aucun secteur du droit ne paraissant pouvoir échapper à cette puissante vague. Naturellement, la généralité de cette avancée, mais aussi la diversité de ses sources et de ses champs de manifestation ne peuvent manquer de soulever la question du caractère ordonné ou au contraire désordonné de cette avancée. Assiste-t-on à l'avancée

⁵¹ Cass.crim., 21 juin 2011, pourvoi n°11-80.003 : Bull. crim., n°141 ; Gaz.Pal. 19 juill. 2011, p.18, note Detraz ; D.2011.2379, note Desprez ; RSC 2011.1453, note Ludwiczak.

en désordre d'une foule sans cesse grandissante, mais inorganisée, hétéroclite, dont les membres s'ignorent mutuellement ? Ou bien, différemment, peut-on nourrir la vision d'un groupe organisé et en ordre de bataille, dont les différents corps, clairement identifiés, s'articulent harmonieusement ? Il convient à présent de répondre à ces interrogations.

IIème Partie : Une avancée ordonnée mais diversifiée

44. Si l'avancée des M.A.R.C., a donné naissance à une très abondante littérature, peu nombreux en revanche sont les écrits ambitionnant de fournir une vision aérienne et globale des M.A.R.C. Pourtant, seule cette vision peut permettre de répondre à la question de savoir si cette avancée se fait de manière ordonnée, ou au contraire en ordre dispersé. Or la réponse à cette question ne manque pas d'intérêt, ne serait-ce qu'au regard de l'émergence possible d'une théorie générale des M.A.R.C., assurant cohérence en même temps qu'homogénéité dans le régime juridique des M.A.R.C., quel que soit leur secteur d'intervention. A cet égard, il paraît possible aujourd'hui de soutenir que l'avancée des M.A.R.C., s'opère certainement de façon ordonnée (I). Ceci même s'il est incontestable que l'avancée, du fait de son ampleur, rime non pas avec uniformité, mais plutôt avec diversité, sans que cela néanmoins engendre le désordre (II).

I.- Une avancée ordonnée

45. S'interroger sur le caractère ordonné de l'avancée des M.A.R.C. suppose naturellement que l'on s'entende sur l'emploi du qualificatif « ordonné ». Que doit-on comprendre exactement par ordre et par désordre dans le contexte de l'avancée des M.A.R.C. ? Par ordre, il semble bien qu'il faille entendre une cohérence, une organisation d'ensemble, mais aussi une méthodologie spécifique dans l'approche et le traitement des M.A.R.C. Pour prétendre au qualificatif d'« ordonné », l'avancée des M.A.R.C., doit tout d'abord traduire une unité, ou à tout le moins une proximité des concepts utilisés au gré des matières (A). Mais, en outre, cette avancée doit se présenter de

manière systématisée, c'est-à-dire en ordre de bataille, dotée d'un corps global structuré, dont les composantes, soumises à des normes parfois propres, s'articulent néanmoins harmonieusement les unes avec les autres (B).

A.- Une avancée conceptualisée

46. L'avancée des M.A.R.C., semble pouvoir être qualifiée de « conceptualisée » si les M.A.R.C., au-delà de la diversité des domaines où ils interviennent, utilisent des mécanismes, des techniques susceptible d'une acception commune. Autrement dit, au-delà de l'identité des termes utilisés de conciliation, de médiation, d'arbitrage et de transaction, la conceptualisation des M.A.R.C., présuppose que ces termes, quel que soit le domaine du droit où on les retrouve, traduisent une même réalité. Même si, par le passé, on a pu douter d'une telle conceptualisation au vu du flou qui entourait certaines notions pourtant clés, sans doute est-il possible aujourd'hui de discerner à travers les différents modes de règlement des concepts bien identifiés à l'échelon national (1°). Rassurant, ce constat devrait encore davantage s'imposer, mais cette fois au niveau européen voire international, dès lors que s'exprime de manière croissante une volonté de mise en place harmonisée des procédés de règlement extrajudiciaire (2°).

1°) 47. Discerner des concepts bien identifiés à travers les différents modes de règlement alternatif des litiges a pu longtemps sembler difficile face aux incertitudes entourant les deux modes pourtant les plus usuels que sont la conciliation et la médiation. L'affirmation peut étonner, dans la mesure où chacun croit posséder aisément une compréhension de ce qu'est la conciliation. De l'avis de tous, la conciliation est une procédure qui consiste pour les parties à tenter de rapprocher leur point de vue, afin de trouver une solution amiable à leur litige. Simplement, une fois donnée cette définition, force est de reconnaître que n'en ressort pas une distinction tranchée avec les autres modes de règlement amiable des conflits que sont la médiation mais aussi la transaction. Comme des auteurs l'ont

rappelé⁵², « parmi les modes alternatifs de règlement des conflits, la conciliation fait office de symbole en raison de son ancienneté, mais aussi de son universalité. Dans un sens générique, elle englobe à elle seule tous les autres modes de règlement amiable des conflits et, en particulier, la médiation ». Certainement exact, le propos laisse cependant dubitatif à la lecture de l'article 21 de la loi n°95-125 du 8 février 1995, récemment modifié par l'ordonnance n°2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive n°2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale. En effet, cet article 21, dans sa version initiale, avait choisi comme terme générique celui de médiation pour désigner tout procédé de règlement amiable, « quelle qu'en soit la dénomination ». Suite à l'ordonnance du 16 novembre 2011, non seulement la notion générique de médiation se voit reprise, renvoyant en droit interne non seulement à la médiation au sens strict, mais aussi à toute conciliation qui n'est pas menée par le juge en charge de trancher le litige⁵³. Mais, de plus, le décret n°2012-66 du 20 janvier 2012, pris pour l'application de cette ordonnance, a par l'article 1530 nouveau du Code de procédure civile, qui ouvre le titre dédié à la médiation et à la conciliation, donné une définition commune de la médiation et de la conciliation conventionnelles. Ainsi qu'il a été relevé⁵⁴, cette assimilation conceptuelle ne manquera pas de soulever des critiques, en ce qu'elle peut laisser croire à la fin des difficultés de distinction entre médiation et conciliation. Alors que tel n'est pas le cas, ce qui ressort de l'observation que si certaines règles créées par le Livre V du Code de procédure civile sont communes à la médiation et à la conciliation (art. 1531 et 1532), d'autres sont en revanche spécifiques à la médiation (art. 1533 à

⁵² M.Douchy-Oudot et J. Joly-Hurart, Rép. pr.civ. Dalloz, V° Médiation et conciliation, préc. n°3.

⁵³ Rapport au Président de la République de l'ordonnance n°2011-1540 du 16 novembre 2011, préc.

⁵⁴ F. Rongeat-Oudin : Le règlement amiable des différends est en marche art. préc., JCP 2012, éd.G, 157.A.

1535) et à la conciliation (art. 1536 à 1541). Sur un plan plus général, on ne peut nier que conciliation et médiation relèvent pour une part non négligeable de règles distinctes⁵⁵. Ressurgit alors le danger de la confusion entre médiation et conciliation⁵⁶. Ce danger, cependant, ne doit pas être exagéré, une distinction conceptuelle séparant assez nettement les deux mécanismes. Selon la pertinente observation d'un auteur⁵⁷, « la médiation est un mode de résolution des conflits consistant, pour la personne choisie, à proposer aux parties en litige une solution, sans se borner à s'efforcer de les rapprocher, à la différence de la conciliation, mais sans être investie du pouvoir de la leur imposer, à la différence de la juridiction étatique et de l'arbitrage ». Contrairement à ce qui peut se passer en matière de médiation, le conciliateur se contente de faciliter, d'encadrer et de formaliser la discussion entre les parties, mais ne propose pas de solution. Médiation et conciliation se distinguent ainsi aisément de la transaction, qui est comme on le sait un contrat nommé par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître, au moyen de concessions réciproques, qui en font l'originalité (art.2044 al.1^{er} C.civ.). Sauf à observer que bien souvent, le contrat de transaction se présentera comme l'aboutissement réussi d'un processus de conciliation, voire de médiation.

48. La transaction offre d'ailleurs un autre exemple de la conceptualisation du droit des M.A.R.C. Ainsi qu'il a été vu plus haut⁵⁸, la transaction s'est largement répandue en matière administrative. Mais elle n'y a pas perdu son essence, ni son

⁵⁵ Aussi bien s'il s'agit de la conciliation et de la médiation judiciaires (articles 129-1 et s. du Code de procédure civile pour la conciliation judiciaire, articles 131-1 et suivants du Code de procédure civile pour la médiation judiciaire ; article 1532 et s. du Code de procédure civile pour la médiation conventionnelle, articles 1536 et suivants du Code de procédure civile pour la conciliation conventionnelle menée par un conciliateur de justice.

⁵⁶ Sur ce risque de confusion, voir C. Jarroson : Médiation et conciliation : essai de présentation, Dr. et patr.1999, dossier 77 ; R. martin : Quand le grain ne meurt...de conciliation en médiation : JCP 1996, éd.G, I, 3977.

⁵⁷ S. Bernheim-Desvaux : Juriscl. Concurrence-Consommation, Fasc. 1230 préc., n°29

⁵⁸ Voir supra Ière partie, II,A.

exigence de concessions réciproques de la part des deux parties, qu'a formulée depuis bien longtemps la jurisprudence de la Cour de cassation⁵⁹. En effet, même si, comme on le verra plus loin, la transaction administrative souffre d'incontestables limites tenant à ce que sont en jeu des deniers publics⁶⁰, il reste que la qualification de transaction, ici comme ailleurs, demeure subordonnée à l'existence de concessions réciproques⁶¹. D'une manière plus générale, les personnes publiques qui recourent à la transaction demeurent bel et bien soumises aux dispositions de l'article 2044 du Code civil⁶².

2°) 49. Cette conceptualisation des M.A.R.C., que l'on peut discerner à l'échelon national du droit français, devrait certainement se renforcer à l'avenir, sous l'impulsion cette fois du droit communautaire. La raison de cette prédiction a été précédemment exposée⁶³. A la suite de la déclaration du Conseil européen, formulée en 1999 à l'issue du sommet de Tampere, par laquelle les Etats membres se voyaient invités à créer des procédures de règlement extrajudiciaire des litiges, la Commission, a marqué son attachement à ce que les M.A.R.C. fassent le plus rapidement possible l'objet d'une harmonisation à l'échelle de l'Union européenne : les Etats membres devraient mettre en place de manière équivalente des procédés de règlement extrajudiciaires. Or, cette mise en place ne peut naturellement s'opérer qu'à travers une démarche d'uniformisation des concepts au sein des différents Etats. Telle est bien la tâche à laquelle s'est attelée la Commission européenne à travers sa proposition de directive sur le

⁵⁹ Voir par exemple Civ., 3 janv. 1883, DP 1883.1.457 ; 17 avr. 1894, S. 1896.1.459.

⁶⁰ Ce qui s'oppose à ce que les concessions accordées par l'administration dépassent une certaine ampleur. Sur cette question, voir G. Le Chatelier, Rép. cont adm. Dalloz, V° Transaction, préc., n°27 et s.

⁶¹ G. Le Chatelier, op.cit., n°41, qui observe que les concessions réciproques, dont l'exigence n'est pas formulée en tant que telle par la jurisprudence administrative, ne peuvent pas être totalement absentes de la transaction administrative, aucune personne privée ne pouvant raisonnablement accepter de transiger avec l'administration si elle n'y trouve pas son intérêt.

⁶² G. Le Chatelier, op. cit., n°2.

⁶³ Voir supra, Ière Partie, I. B.

règlement extrajudiciaire des litiges de consommation (REL), qui a été définitivement adoptée le 21 mai 2013 par le Parlement européen et le Conseil. Dans cette directive est livrée une définition des « entités de REL », à savoir toute entité, quelle que la façon dont elle est appelée ou citée, qui est durablement établie et propose une procédure de REL, c'est-à-dire une procédure où une tierce partie propose une solution (médiateur), impose une solution (arbitre), ou se borne à réunir les parties afin de les aider à trouver une solution (conciliateur)⁶⁴. Entité de REL qui doit figurer sur une liste établie conformément à l'article 20§2 de la directive, et répondre aux exigences requises d'elle (compétence, indépendance, impartialité, transparence) par les articles 6,7 et 17 de la directive.

50. Il y a d'ailleurs fort à parier que cette harmonisation dépassera bientôt l'horizon communautaire pour revêtir une dimension davantage internationale. Aujourd'hui, déjà, l'arbitrage international occupe une place de tout premier ordre dans le règlement alternatif des litiges de droit des affaires internationales. Tant le droit conventionnel que la pratique jurisprudentielle arbitrale ou étatique témoignent de l'utilisation de concepts universellement reconnus et acceptés par la plupart des ordres juridiques, comme par exemple. La notion d'autonomie de la clause compromissoire, ou bien encore celle d'amiable composition. Demain, sans doute, la conciliation et la médiation à caractère international devraient gagner leurs lettres de noblesse dans d'autres domaines du contentieux international, et gagner ainsi un véritable statut, doté de ses propres concepts. L'avancée des M.A.R.C. devrait ainsi poursuivre son chemin, balisé par des principes directeurs ainsi que par des concepts éprouvés, offrant par là l'image d'une avancée ordonnée. Une image similaire se dégage à la vue du caractère indiscutablement systématisé de cette avancée.

⁶⁴ Voir sur ce point les développements de S. Bernheim-Desvaux, *Jurisl. Concurrence Consommation* préc., n°88 et s.

B.- Une avancée systématisée

51. L'idée de système évoque l'existence d'une entité structurée, dont les composantes se voient réparties en plusieurs catégories, formant une globalité à l'intérieur de laquelle elles s'articulent de façon ordonnée et cohérente, ce qui permet le fonctionnement harmonieux de l'ensemble. L'avancée des M.A.R.C. semble bien au fil de sa progression donner naissance à une telle réalité.

52. En effet, de manière croissante, les M.A.R.C, fruits à l'origine dispersés de textes épars, semblent s'être progressivement mis en ordre de bataille, pour offrir une gamme de plus en plus complète de modes de règlement extrajudiciaire des litiges, qui s'articulent entre eux de manière à répondre au mieux aux attentes placées en eux. Ce caractère systématisé de l'avancée des M.A.R.C. se manifeste à plusieurs égards :

53. En premier lieu, sur un plan en quelque sorte formel, ce caractère systématisé découle de l'intégration des M.A.R.C. au sein du Code de procédure civile, en une présentation traduisant la volonté d'une approche structurée en même temps qu'ordonnée des M.A.R.C. Tel est le sentiment qui se dégage de la présence, au sein du Livre 1^{er} relatif aux dispositions communes à toutes les juridictions, des titres V sur la conciliation et VI bis sur la médiation. Deux titres porteurs de dispositions générales, en contemplation desquelles doit être lu le nouveau Livre V du Code de procédure civile, qui se décline quant à lui en trois titres consacrés à la résolution amiable des différends, succédant au Livre quatrième consacré à l'arbitrage, mode alternatif des règlements des litiges à caractère juridictionnel.

54. En second lieu, et l'observation prolonge la précédente, cet ordonnancement reflète l'ambition désormais affichée des M.A.R.C. de proposer un système aspirant à la complétude en même temps qu'à un objectif d'organisation et de cohérence globale. C'est ainsi que se font face des classifications, qui se déclinent elles-mêmes en sous-classifications, tandis que des règles générales chapeautent l'ensemble, laissant à des règles complémentaires le soin de fournir les normes spécifiques

adaptées à certains secteurs d'intervention. Ainsi, l'article 21-1 de la loi du 8 février 1995, dans la rédaction que lui a donnée l'ordonnance n°2011-1540 du 16 novembre 2011, a pour objet de rappeler que les dispositions générales applicables à toutes les formes de médiation, qu'elles soient conventionnelles ou judiciaires, s'appliquent sans préjudice des règles spéciales applicables à certains types particuliers de médiation, comme par exemple la médiation familiale des articles 255 et 373-2-10 du Code civil.

55. Vue d'en haut, l'avancée des M.A.R.C. montre deux grands corps avançant côte à côte : d'un côté les M.A.R.C. à caractère juridictionnel, c'est-à-dire l'arbitrage, dont le corps se divise en deux divisions, à savoir d'une part l'arbitrage interne, et d'autre part l'arbitrage international. De l'autre côté, le corps des modes de résolution amiable des différends, qui se décline lui aussi en deux divisions : la conciliation et la médiation judiciaires tout d'abord, la médiation et la conciliation conventionnelles ensuite. Puis le corps d'armée se subdivise en brigades. Par exemple, dans la brigade de la conciliation et de la médiation intégrée à l'instance judiciaire se font face la conciliation ou la médiation obligatoire (Conseil de prud'hommes, Tribunal paritaire des baux ruraux, médiation familiale, entités de REL demain, clause de conciliation insérée dans le contrat) et la conciliation ou la médiation facultative, laissée à l'initiative du juge. Pour cette dernière, une nouvelle distinction peut être marquée, selon que la conciliation est assurée par le juge, ou confiée à un tiers. Aujourd'hui, à côté des deux grands corps que sont les M.A.R.C. à caractère juridictionnel et les modes de règlement amiable des litiges, est apparu un troisième, la convention de procédure participative, corps hybride combinant règlement amiable et règlement juridictionnel, ceci même si le législateur l'a classé dans le Livre V du Code de procédure civile dédié à la résolution amiable des différends.

56. Ainsi, les catégories se diversifient, dans le but d'affiner les réponses aux attentes que les modes alternatifs sont censés

satisfaire, et de faire en sorte qu'à tel ou tel type de situation corresponde le mode de règlement le plus adapté. Par exemple, prévoir la succession possible et hiérarchisée d'une conciliation ou d'une médiation, dans un premier temps, avec en cas d'échec le recours à l'arbitrage. Comme on va le voir⁶⁵, le règlement alternatif des conflits collectifs du travail s'opère de la sorte. Mais de nombreux centres d'arbitrage, également, prévoient dans leur règlement un préalable obligatoire de conciliation.

57. Cette systématisation des M.A.R.C., en un ensemble cohérent et structuré s'accompagne naturellement d'une diversité des règles applicables à telle ou telle catégorie, règles dont on veut qu'elles soient parfaitement adaptées à la spécificité de la catégorie concernée. De la sorte, en marge de ce qui paraît bien devenir un droit commun des M.A.R.C., apparaît un droit spécial, composé de règles conçues pour répondre de façon optimale à la spécificité du mode de règlement utilisé, ainsi qu'au particularisme de la matière impliquée par le différend. Bien évidemment, cette diversification des règles applicables, qui semble être la rançon de l'avancée générale des M.A.R.C., laisse présager qu'ici, avancée ne rime pas avec uniformité. Y a-t-il lieu de craindre que le caractère ordonné des M.A.R.C. s'en trouve affecté ? Il y a lieu de le vérifier.

II.- Une avancée ne rimant pas avec uniformité

58. L'avancée générale des M.A.R.C qui vient d'être décrite témoigne assurément d'une prise en compte croissante des nombreux avantages attachés à ces modes de règlement des litiges. Cependant, au-delà de l'emploi d'outils portant la même appellation et traduisant une démarche similaire, à savoir la volonté de résoudre des problématiques juridiques à caractère contentieux autrement que par la voie du procès, le caractère général de cette avancée a pour rançon inévitable une certaine diversité dans la mise en œuvre de ces modes de résolution des conflits (A). Se pose alors la question de l'homogénéité des

⁶⁵ Voir infra II. A

M.A.R.C., suite à une telle diversité. En réalité, tout dépend de l'ampleur de cette diversité. A supposer qu'elle se cantonne à certains aspects de l'organisation et du fonctionnement des différents M.A.R.C. au fil des différentes disciplines concernées, cette diversité ne nuira pas à l'unité profonde de la propagation des M.A.R.C., qui conserveront l'image d'une avancée fondamentalement ordonnée, obéissant aux mêmes principes communs. Si au contraire l'emploi des M.A.R.C., se caractérise par de très profondes différences dans leur mise en œuvre au sein des différents secteurs du droit, l'uniformité n'est plus que de façade, cachant une avancée en ordre dispersé. Face à une indéniable spécificité des M.A.R.C., au gré de leurs différents secteurs d'intervention, il paraît cependant raisonnable d'affirmer que diversité n'est pas désordre et que l'avancée des M.A.R.C. aujourd'hui donne, vue d'en haut, l'image d'une avancée ordonnée (B).

A.- La rançon de l'avancée générale des M.A.R.C

1°) 59. Les M.A.R.C., se sont comme il a été vu généralisés à de nombreux secteurs du droit, pour ne pas dire quasiment à tous. Tant le droit privé, que ce soit par son tronc central, le droit civil, ou à travers les branches qui s'en détachent, que le droit public, au gré de ses diverses déclinaisons, connaissent aujourd'hui à des degrés variables l'utilisation des M.A.R.C. Dans ces différentes branches de droit les M.A.R.C., peuvent exprimer leurs qualités aujourd'hui reconnues, garantes de solutions marquées du sceau de l'apaisement, de l'acceptation mais aussi de l'efficacité. Cependant, ce recours doit naturellement composer avec les exigences et les objectifs propres à ces différentes matières. Ce serait sombrer dans les lieux-communs que d'insister sur les divergences d'objectifs, de principes directeurs ou de philosophie qui séparent le droit de la famille du droit pénal, le droit fiscal du droit commercial, ou bien encore le droit du travail du droit de la propriété intellectuelle. Mais ces divergences existent et ne doivent pas être oubliées, ne serait-ce que pour mettre encore mieux en

exergue le caractère remarquable de l'avancée généralisée des M.A.R.C., sur le front de ces différentes disciplines. Dans ces conditions, il n'y a évidemment pas lieu de s'étonner que la médiation, pour ne citer qu'elle, présente en droit civil, en droit commercial, en droit pénal, en droit du travail, en droit de la consommation, en droit fiscal ou bien encore en droit de la propriété intellectuelle d'incontestables spécificités résultant des impératifs propres au particularisme de la discipline concernée. Il convient néanmoins de s'attacher ici à ces spécificités, ne serait-ce que pour mieux mesurer leur exacte ampleur, et en déduire ensuite un éventuel impact sur la capacité des M.A.R.C., à connaître une avancée homogène et ordonnée.

2°) 60. Spécificités de la transaction administrative : le régime juridique de la transaction administrative, même s'il est soumis aux règles posées par les articles 2044 et suivants du Code civil, présente d'incontestables particularités par rapport à la transaction civile. A tel point que certains auteurs ont été jusqu'à affirmer à son endroit l'existence d'un régime distinct, et même à nier qu'il y ait là contrat, la transaction administrative apparaissant fréquemment comme un procédé unilatéral, notamment à propos des transactions qui viennent limiter la gravité d'une sanction infligée par l'administration⁶⁶. Dans ce dernier cas, d'ailleurs, le processus pouvant aboutir à un règlement amiable ne peut être lancé que par l'administration, et à la condition qu'un texte ait prévu la possibilité d'un recours à la transaction. Il en est ainsi par exemple de la transaction pénale⁶⁷, de la transaction fiscale, par laquelle le redevable s'engage à respecter le point de vue de l'administration sur une imposition qu'elle lui réclame, avec pour contrepartie une réduction sur le montant des pénalités encourues⁶⁸. Dans le même esprit, l'article 350 prévoit que l'administration des douanes est autorisée à transiger avec les personnes poursuivies

⁶⁶ G. Chavrier, *Réflexions sur la transaction administrative*, RFDA 2000.548, cité par G. Le Chatelier, *Rép. cont.adm.* Dalloz, V° Transaction, n°10, p.3

⁶⁷ Article 6 alinéa 3 du Code de procédure pénale.

⁶⁸ Doc.adm 13 S 232, 15 juin 1999.

pour infraction douanière ou pour infraction à la législation et à la réglementation relatives aux relations financières avec l'étranger. Cette alternative aux poursuites judiciaires s'explique par la volonté de régler de façon rapide et sûre un contentieux lié à des infractions de faible gravité. Ainsi, par exemple, la transaction administrative est d'application quasi-systématique en matière de contrefaçon occasionnelle commise par des voyageurs, ainsi coupables d'importation sans déclaration de marchandises prohibées, au sens de l'article 428 du Code des douanes.

61. Sur d'assez nombreux points, le régime juridique de la transaction administrative obéit à des conditions de fond et de forme originales. Ainsi, au titre de la régularité formelle, indiquons les règles précises gouvernant le pouvoir de transiger des différents organes de l'Etat. Par exemple, les règles applicables aux collectivités territoriales, qui obligent par exemple l'exécutif local désireux de transiger à solliciter l'autorisation de l'assemblée délibérante⁶⁹. Mais c'est au fond que se manifeste surtout l'originalité de la transaction administrative. La raison en est que les personnes publiques, lorsqu'elles transigent, sont susceptibles par le biais de ce mécanisme, qui suppose le jeu de concessions réciproques, de renoncer à leur créance et donc de mettre en cause les deniers publics. Il est essentiel de comprendre qu'en matière administrative, la transaction côtoie le principe constitutionnel de l'égalité devant les charges publiques, ce qui justifie des règles que ne connaît guère la transaction du droit civil.

62. Parmi ces règles de fond particulières, tout d'abord, le respect d'un ordre public contraignant, synonyme de

⁶⁹ Article L.2122-21 du Code général des collectivités territoriales, qui dispose que « le maire est chargé d'exécuter les décisions du Conseil municipal et, en particulier, [...] de passer dans les mêmes formes les actes de [...] transaction, lorsque ces actes ont été autorisés conformément aux dispositions du présent code ». Sur le pouvoir de transiger accordé de manière générale aux ministres, voir CE, 23 déc.1887, Evêque de Moulins c/ Etat, S.1889.3.57, concl. M. Le Vasseur de Précourt ; CE, 17 mars 1893, Chemin de fer de l'Est et autres c/ Min. de la Guerre, S. 1894.3.119, concl. Président Romieu ; CE 8 avr. 1921, Cie de la N'Goko Sangha, Rec. Lebon, 351.

restrictions apportées à la liberté pour l'administration de transiger. A commencer par le champ matériel ouvert à la transaction en matière administrative. Ainsi la transaction se voit-elle bannie toutes les fois que la matière concernée est de celle où l'administration ne peut agir de manière conventionnelle⁷⁰. Dans le même esprit, l'administration ne saurait s'engager dans les liens d'une transaction aboutissant à modifier la façon dont doivent s'exercer les prérogatives que la loi lui accorde. Une transaction ne saurait ainsi avoir pour effet de couvrir l'irrégularité d'un acte administratif⁷¹, ou de détourner un justiciable moyennant compensation financière de l'exercice d'une voie de recours à l'encontre d'une décision illégale⁷².

63. Ensuite, au titre de ces règles de fond spécifiques à la transaction administrative, mention doit être faite du contrôle du juge administratif sur le montant des transactions administratives. Au nom du principe constitutionnel d'égalité devant les charges publiques, le montant de la transaction conclue par l'administration ne doit pas aboutir à pénaliser les finances publiques. Ce qui justifie par exemple que le juge administratif vérifie que, par la transaction, l'administration n'a pas accepté de payer une somme qu'elle ne devait pas, ou n'a pas renoncé à des sommes qui lui seraient dues. Une transaction qui aboutirait à un tel résultat serait entachée de nullité, et il appartiendrait au juge administratif de soulever un tel vice⁷³. Le particularisme de la transaction en matière administrative est on le voit indéniable. Un constat similaire vaut pour les M.A.R.C., utilisés en matière pénale.

⁷⁰ Par exemple, la jurisprudence considère que le recours à la transaction n'est pas admis lorsqu'est en cause l'aliénation du domaine public (Cass. req., 7 nov.1892, Vve Dessales c/ Veillas et Chamussy, D.1893.1.61) ou sa délimitation (CE, 20 juin 1975, Leverrier, Rec. Lebon, 382).

⁷¹ CE 14 nov. 1958, Ponard, Rec. Lebon, 554.

⁷² Sur ce point, voir G. Le Chatelier, Rép. Dalloz préc., n°51, p.7.

⁷³ G. Le Chatelier, op. cit., n°49, et la jurisprudence citée, en particulier CE 19 mars 1971, Sieurs Mergui, Rec. Lebon, 235, concl. M. Rougevin-Baville, AJDA 1971.I.274, note Labetoulle et Cabanes.

3°) 64. La médiation et la composition pénales, tous deux M.A.R.C., employés en matière répressive, présentent eux aussi d'incontestables spécificités. Largement utilisée dans les systèmes étrangers, la médiation pénale a été introduite à l'article 41 du Code de procédure pénale par la loi n°93-2 du 4 janvier 1993. Il s'agit de l'une des voies alternatives offertes au procureur de la République pour faire suite à la commission d'une infraction. Plutôt que de classer sans suite ou de déclencher l'action publique, le procureur de la République peut faire procéder à une mission de médiation entre l'auteur des faits et la victime de l'infraction. Offrant de multiples intérêts⁷⁴, la médiation se présente en matière pénale sous un jour particulier. Le rôle du procureur y est en effet décisif, dès lors que la mise en œuvre de la médiation pénale est une décision appartenant aux autorités de poursuite, et plus précisément au procureur, lequel dispose à cet égard d'une certaine latitude, compte tenu de l'absence de critères légaux. Concrètement, la faible gravité des faits commis ainsi que l'absence d'antécédents judiciaires chez l'auteur des faits inciteront au recours à la médiation pénale. Cependant, quelque importante qu'elle soit, la décision du procureur ne suffit pas. L'article 41-1 du code de procédure pénale impose que soit recueilli l'accord de la victime. Celle-ci a même vu son rôle renforcé par la loi n°2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants⁷⁵. Dorénavant, pour de telles infractions, la victime de l'infraction a le droit de solliciter la mise en œuvre d'une mission de médiation pénale, qui alors nécessitera l'accord du procureur de la République. Ce dernier doit en effet demeurer souverain dans le choix de recourir ou non à la médiation.

⁷⁴ Sur ces intérêts, voir les développements très complets de J.B. Perrier, Rép. pén. Dalloz, V° Médiation pénale, janvier 2013, n°7 et s.

⁷⁵ JO 10 juill. 2010

65. Cette souveraineté du procureur de la République se vérifie également dans cet autre mode de règlement alternatif propre à la matière répressive qu'est la composition pénale. Prévue à l'article 41-2 du Code de procédure pénale, la composition pénale est une procédure qui, suite à la commission d'infractions d'assez faible gravité, permet au procureur de la République de proposer une ou plusieurs mesures alternatives aux poursuites à une personne ayant commis l'infraction. Par exemple le paiement d'une amende, ou bien l'accomplissement d'un travail non rémunéré au profit de la collectivité, ou bien encore un stage ou une formation dans un organisme sanitaire, social ou professionnel. Là encore, la voie alternative dépend de l'initiative du procureur, et suppose une acceptation, cette fois celle du délinquant.

4°) 66. Les M.A.R.C. dans les conflits collectifs du travail, ou procédures de règlement pacifique des conflits du travail, sont organisés par les articles L.2521-1 du Code du travail, complétés par les articles R.2522-1 et suivants du même code⁷⁶. Ces procédures ont un champ d'application personnel et matériel vaste. Elles s'appliquent en effet à l'ensemble des employeurs de droit privé ainsi qu'à leurs salariés, et visent les conflits collectifs de travail, qui eux-mêmes se définissent à la fois par leur objet, qui doit mettre en jeu un intérêt collectif, et par les parties au conflit, à savoir principalement d'un côté l'employeur et de l'autre un groupement de salariés ou un syndicat de salariés. Le législateur a organisé trois procédures de règlement de ce type de conflit : la conciliation, la médiation et l'arbitrage. Il n'y a *a priori* là rien de bien original. Mais, à y regarder de plus près, une spécificité des M.A.R.C., se manifeste à au moins un double point de vue.

67. En premier lieu à propos des organes de conciliation, dont la désignation a fait l'objet d'une attention précise du législateur. En cas de conciliation légale, qui a vocation à se mettre en place lorsqu'un conflit collectif du travail n'a pas été soumis « pour

⁷⁶ Sur ces procédures de règlement alternatif des conflits collectifs du travail, voir A. Martinon, Rép.trav.Dalloz, V° Conflits collectifs du travail (Procédures de règlement), 2008.

quelque raison que ce soit » à une procédure de conciliation conventionnelle (art.L.2522-1 C. trav.), la désignation des organes de conciliation s'opère en fonction de l'étendue géographique du litige et de son importance. Lorsque le litige intéresse l'ensemble du territoire national, ou concerne plusieurs régions, la mission de conciliation se voit impérativement confiée à une Commission nationale de conciliation. Au niveau régional, et sauf à ce que le conflit par son importance appelle une saisine de la Commission nationale, la conciliation doit normalement être menée au sein de la commission régionale de conciliation instituée au siège de la direction régionale du travail concernée par le conflit. Enfin, au sein de chaque commission régionale, le ministre chargé du Travail peut créer des sections à compétence départementale ou interdépartementale lorsque les conditions locales le justifient. La compétence d'une section ne s'exerce que sur les conflits se limitant à leur ressort.

68. En second lieu, et là réside sans doute le trait le plus saillant de cette spécificité des M.A.R.C., propres aux conflits collectifs du travail, il existe une hiérarchie établie par le législateur entre les trois modes de règlement pacifique des conflits. Ainsi, la procédure de médiation, organisée aux articles L.2523-1 et suivants du Code du travail, et qui se distingue de la conciliation en ce que le médiateur a le pouvoir de soumettre aux parties une recommandation susceptible de fournir la base d'un règlement au litige, ne peut en principe être engagée qu'une fois constaté l'échec de la tentative de conciliation⁷⁷. La même contrainte pèse sur l'arbitrage, troisième mode alternatif de règlement des conflits collectifs du travail, réglementé aux articles L.2524-1 et suivants du Code du travail. Ici également, la procédure d'arbitrage a pour préalables nécessaires la mise en œuvre de la procédure de conciliation et son échec. Une fois

⁷⁷ En vertu de l'article L.2523-1, al.3 du Code du travail, l'utilisation directe de la médiation est cependant possible lorsque le conflit surgit à l'occasion de la révision ou du renouvellement d'une convention de branche. En ce contexte, le ministre chargé du Travail ou son représentant peut de sa propre initiative, ou à la demande écrite et motivée de l'une des parties, engager directement la procédure de médiation.

celui-ci avéré, les parties en litige ont la faculté de mettre en place une procédure d'arbitrage, qui prendra la forme d'un compromis d'arbitrage, étant précisé que ce qui est simple faculté devient obligation lorsque l'arbitrage a été à l'avance prévu au moyen d'une clause compromissoire, figurant par exemple au sein de la convention collective. En revanche, il a été jugé de manière *a priori* assez surprenante que les parties ne peuvent pas soumettre leur litige à un arbitre, une fois constaté l'échec d'une procédure de médiation, lorsque celle-ci a elle-même été précédée d'une tentative infructueuse de conciliation⁷⁸. Pour justifier cette solution, la Cour supérieure d'arbitrage s'est fondée sur l'article L.2522-6 du Code du travail, dont les dispositions n'admettraient un système légal de règlement pacifique qu'à deux étapes, l'échec de la tentative de conciliation n'ayant vocation à être suivi, au choix des parties, que par la mise en place d'une procédure soit de médiation, soit d'arbitrage. Ceci à moins que les parties à une convention collective aient prévu, comme la loi le leur permet, que leurs différends seront successivement soumis, en cas d'échec persistant, à une procédure de conciliation, puis de médiation et le cas échéant d'arbitrage.

B.- Diversité n'est pas désordre

69. Des auteurs relevaient précédemment avec justesse que « le processus de résolution amiable des différends aura toujours pour base un socle de règles identiques, quelle que soit initialement la cause du recours à ce processus amiable »⁷⁹. Des propos similaires pourraient certainement être tenus à l'endroit des modes alternatifs de règlement des litiges à caractère juridictionnel, comme l'arbitrage. Là encore, quelque soit le

⁷⁸ C.sup.arb.19 janv.1978, Dr.soc.1978.222, concl.M. Morisot. La Cour supérieure d'arbitrage, à laquelle se rapporte l'article L.2524-6 du Code du travail, a compétence pour connaître des recours pour excès de pouvoir dirigés à l'encontre des sentences arbitrales tranchant des conflits collectifs du travail. Elle se compose du vice-président du Conseil d'Etat ou d'un président de section du Conseil d'Etat, qui la préside, de quatre conseillers d'Etat et de quatre hauts magistrats de l'ordre judiciaire.

⁷⁹ M. Douchy-Oudot et J. Joly-Hurard, Rép. p ; civ.Dalloz, préc., loc. cit., n°82, p13.

domaine de son intervention, au-delà des quelques particularités pouvant l'affecter, l'arbitrage demeurera régi par les articles 1442 et suivants du Code civil, s'il présente un caractère interne, et par les articles 1504 et suivants du même Code, s'il revêt une dimension internationale au sens de l'article 1504⁸⁰. Ainsi, au-delà des spécificités susceptibles de marquer le régime juridique de tel ou tel M.A.R.C., pour des raisons propres à la matière dans laquelle naît le conflit, se dégage incontestablement une sorte de tronc commun, composé de principes généraux et directeurs, qui, malgré l'absence d'uniformité des M.A.R.C., confère une unité à l'encadrement de ces modes, et permet de la sorte que l'avancée demeure ordonnée. L'exemple du règlement extrajudiciaire des litiges de consommation (REL), tout récemment promus par la directive n°2013/11/UE du 21 mai 2013, illustre parfaitement cette affirmation. En cette matière, comme en toutes celles qui touchent aux modes de règlement amiable des litiges, l'encadrement juridique s'est soucié d'assurer que la procédure de règlement extrajudiciaire obéira à des principes directeurs qu'il convient ici de rappeler brièvement, ne serait-ce que pour mieux se convaincre du caractère ordonné des M.A.R.C.

70. En premier lieu, ces principes directeurs touchent à la procédure de règlement extrajudiciaire, qui doit obéir à des orientations aujourd'hui communes à l'ensemble des M.A.R.C. Parmi les qualités attendues de ce genre de procédure, et que les diverses réglementations cherchent à garantir, figure certainement la transparence, c'est-à-dire son caractère suffisamment accessible à l'aide d'une information suffisante sur les moyens d'y avoir recours, mais aussi sur les caractéristiques et le coût de la procédure.

71. Mais il y a aussi la souplesse, ne serait-ce que parce que cette forme de justice se veut collaborative ou participative, et qu'elle doit demeurer grandement la chose des parties. Ce qui

⁸⁰ « Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international ».

débouche sur la liberté des parties. Liberté d'y recourir, au besoin en retirant le procès qui les oppose du rôle de la juridiction saisie⁸¹, mais aussi liberté d'y mettre fin en cas d'échec de la discussion. Le souci de l'efficacité, la volonté de préserver en toutes circonstances le caractère contradictoire, gage de la confiance des parties, doivent guider à chaque instant les pas du conciliateur ou du médiateur, de même d'ailleurs que le respect de la légalité, spécialement dans les matières sensibles car fortement teintées d'ordre public.

72. Enfin, que dire de la confidentialité de la procédure, si ce n'est qu'elle irradie la réglementation de l'ensemble des M.A.R.C. ? L'article 21-3 de la loi n°95-125 du 8 février 1995, dans la version que lui a donnée l'ordonnance du 16 novembre 2011, qui figure dans le titre consacré à la conciliation et à la médiation judiciaire, énonce en son alinéa 1 que sauf accord des parties, la médiation, terme qui inclut également la conciliation dès lors qu'elle n'est pas menée par le juge chargé de trancher le litige, « est soumise au principe de confidentialité ». Ainsi qu'il a été souligné⁸², ce principe apparaît essentiel pour le succès de la médiation, ce qui explique qu'il innerve l'ensemble du processus de médiation et s'impose à l'ensemble des personnes qui y participent. En son absence en effet, les parties seraient en droit de craindre que les déclarations faites devant le médiateur, ou que les constatations recueillies par celui-ci puissent être divulguées à des tiers ou utilisées dans une procédure judiciaire ou arbitrale ultérieure. Le principe semble ainsi inhérent à toute procédure de règlement alternatif d'un litige, et concerne

⁸¹ Faculté offerte par le décret n°98-1231 du 28 décembre 1998, qui a mis en place le retrait du rôle, reprenant une solution prétorienne consacrée par la Cour de cassation dans son arrêt d'Assemblée plénière du 24 nov.1989 : Bull. Ass.plén., n°3, p5 ; JCP 1990, éd.G.II.21407, obs. Cadet ; RTDciv.1990.145., obs. Perrot.

⁸² Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive 2008/52/CE du parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale.

également la procédure participative, de création récente⁸³. Néanmoins, il n'est pas doté d'une force absolue, et se voit assorti d'exceptions. Celles-ci, outre l'accord contraire des parties prévu par le premier alinéa de l'article 21-3 de la loi n°95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, se voient précisées aux troisième, quatrième et cinquième alinéas de cet article.

73. En second lieu, toujours en lien avec la procédure de règlement amiable, mais aussi avec la procédure de règlement alternatif à caractère juridictionnel, comme en matière d'arbitrage, s'est-on préoccupé d'une manière générale que le tiers devant aider les parties à trouver la voie alternative possède effectivement les qualités nécessaires à l'accomplissement de sa fonction, à savoir la compétence, l'indépendance et l'impartialité. Qu'il soit arbitre, conciliateur, médiateur ou demain entité de REL, le tiers chargé de rapprocher les parties, de proposer la solution, ou de l'imposer, se voit doté d'un statut qui varie certes selon le type de M.A.R.C. concerné, mais obéit globalement aux mêmes principes quelque soit la procédure en cause en termes de conditions de moralité, de capacité et d'aptitude à remplir convenablement sa mission. De la même façon, pèsent sur le conciliateur, le médiateur, l'arbitre ou l'avocat assistant les parties dans le contexte d'une procédure participative des obligations lui imposant de remplir sa mission dans le délai qui lui est imparti, ceci avec loyauté et bonne foi. Quant à ses pouvoirs et moyens d'action, qui là encore donnent lieu à un encadrement juridique, lui interdisant par exemple lorsqu'il est médiateur d'ordonner des mesures d'instruction⁸⁴, force est de reconnaître que, d'une manière générale, la règlementation des M.A.R.C., confère au tiers une assez grande liberté de

⁸³ Convention créée rappelons le par la loi n°2010-1609 du 22 décembre 2010 par les articles 2062 à 2068 du Code civil, et qu'a complétée son décret d'application du 20 janvier 2012 dans le nouveau Livre V du Code de procédure civile (art.1528 et s. CPC)..

⁸⁴ Article 131-8 du Code de procédure civile.

manœuvre, ainsi que des pouvoirs d'initiative importants⁸⁵. Sur ce point également, l'avancée des M.A.R.C., s'opère incontestablement de façon ordonnée, l'évolution traduisant d'ailleurs un accroissement des pouvoirs du tiers « en charge » de la procédure de règlement alternatif.

74. En troisième lieu, autre principe commun à l'ensemble des procédures de règlement amiable des litiges, les délais de procédure se voient suspendus lorsque les parties décident de recourir à un mode de résolution amiable de leur différend. Selon l'article 8,1°) de la directive 2008 :52/CE du 24 mai 2008, les Etats doivent veiller à ce qu'une procédure judiciaire puisse toujours être intentée après un processus de médiation. La raison de ce principe cardinal en matière de M.A.R.C., va de soi : afin de donner aux parties une vraie chance de trouver une issue amiable à leur conflit, encore faut-il qu'elles aient l'assurance de ne pas être privées d'un recours en justice en cas d'échec⁸⁶. C'est donc de manière parfaitement logique que l'article 2238 du Code civil, issu de la réforme de la prescription opérée par la loi n°2008-561 du 17 juin 2008, énonce que la prescription est suspendue à compter du jour où, après la survenance d'un litige, les parties conviennent de recourir à la médiation ou à la conciliation ou, à défaut d'accord, à compter du jour de la première réunion de médiation ou de conciliation. La loi n°2010-1609 du 22 décembre 2010, créant la convention de procédure de participative, a complété l'article 2238, qui prévoit désormais que « la prescription est également suspendue à compter de la conclusion d'une convention de procédure participative ». Indiquons encore que, pour ne pas pénaliser les parties ayant décidé d'avoir recours à un mode de règlement amiable de leur différend, le deuxième alinéa de l'article 2238 a prévu que le

⁸⁵ Par exemple, le médiateur peut entendre les tiers qui y consentent, avec l'accord des parties. De même, le médiateur n'est pas, à la différence du juge, limité aux prétentions des parties. Il peut rechercher des éléments de fait *ultra petita* et amener les parties sur un terrain différent de l'objet initial qui lui a été soumis. Sur ce point, voir M. Douchy-Oudot et J. Joly-Hourard, Rép. préc. V° Médiation et conciliation, n°122.

⁸⁶ S. Bernheim-Desvaux, Juriscl. préc. Conc. Conso., Fasc. 1230, Résolution extrajudiciaire des litiges de consommation, n°80.

délai de prescription recommence à courir, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois, à compter de la date à laquelle soit l'une des parties ou les deux, soit le médiateur ou le conciliateur déclarent que la médiation ou la conciliation est terminée. Il en va de même à compter du terme de la convention de procédure participative, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois. Pour conclure sur ce point, doit être indiqué l'existence d'un mécanisme similaire en présence d'une médiation portant sur un litige qui intéresse une personne publique⁸⁷

75. Enfin, quatrième manifestation de principes communs innervant l'ensemble des M.A.R.C., une réglementation précise encadre aujourd'hui l'issue des procédures alternatives de règlement des litiges. Le régime de la sentence arbitrale, de son exécution forcée ainsi que des voies de recours susceptibles de la frapper est depuis longtemps largement codifié, tant en matière d'arbitrage interne⁸⁸ que d'arbitrage international⁸⁹. Quant aux modes de règlement amiable, tels que la conciliation, la médiation, la transaction ou bien encore la convention de procédure participative, leur issue favorable peut déboucher sur deux situations.

76. Soit les parties passent un accord entérinant la fin du différend par leur consentement mutuel. En ce cas, on est en présence d'une simple convention, soumise au droit commun des obligations, et dont l'autorité sera celle reconnue à tout contrat. Sauf à ce que la conciliation des parties comporte des concessions réciproques, auquel cas devra s'appliquer le régime propre aux transactions.

77. Soit les parties vont recourir à une procédure tendant à faire constater par le juge leur accord dans le but de lui conférer une force exécutoire.

⁸⁷ Nouvel article 2-1 de la loi n°68-1250 du 31 décembre 1968 relative à la prescription des créances sur l'Etat, les départements, les communes et les établissements publics, dans la rédaction que lui a donné l'ordonnance du n°2011-1540 du 16 novembre 2011.

⁸⁸ Art. 1478 et s. du Code de procédure civile

⁸⁹ Art. 1509 et s. du Code de procédure civile

Plusieurs procédures existent traditionnellement, et empruntent la forme soit d'un jugement de donné acte ou procès-verbal de conciliation, soit plus rarement la forme d'un jugement d'expédient⁹⁰. Au fil de l'avancée des M.A.R.C., et spécialement depuis la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions, et à la procédure civile, pénale et administrative, a été organisée une procédure par laquelle les parties, qui parviennent à se concilier en cours d'instance, peuvent demander au juge d'homologuer leur accord (art.131 CPC pour la conciliation ; art.131-12 pour la médiation). La transaction a suivi ce mouvement grâce au décret n°98-1231 du 28 décembre 1998, introduisant dans le Code de procédure civile un article 1441-4 qui 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 ». La faculté pour le juge de constater l'accord des parties s'étend ainsi au-delà des seules conciliations intervenues dans le cadre d'une instance judiciaire.

78. Mais l'avancée ne s'est pas arrêtée là. Suite au décret n°2012-66 du 20 janvier 2012, l'homologation demandée au juge dans le cadre des règlements amiables, en dehors de toute instance, est devenu un principe autonome. En effet, en vertu des articles 1565 et suivants du Code de procédure civile, traitant des dispositions communes aux différents modes de résolution amiable des différends, l'accord auquel sont parvenues les parties à une médiation conventionnelle, une conciliation conventionnelle ou une convention de procédure participative peut être soumis, aux fins de le rendre exécutoire, à l'homologation du juge compétent pour connaître du contentieux dans la matière considérée. Et l'article 1568 étend ces dispositions à la transaction conclue sans qu'il ait été recouru à une médiation, une conciliation ou une convention de procédure participative. En clair, le recours au juge aux fins d'homologation de l'accord issu d'une procédure de règlement amiable des différends, quelle qu'elle soit, se voit

⁹⁰ Sur le jugement de donné-acte, le jugement d'expédient, leurs ressemblances et différences, voir.

doté d'un régime propre et unifié. Si l'on ajoute à cela que la procédure de conciliation de droit commun est visée par les articles du Code du travail relatifs à la conciliation en matière de conflits collectifs du travail, on mesure combien est réelle l'image d'une avancée des M.A.R.C., qui, en dépit d'indéniables particularismes, traduit une démarche de plus en plus ordonnée.

Conclusion :

79. A la question de savoir si l'avancée des M.A.R.C se réalise de façon ordonnée ou désordonnée, la présente communication a entendu prendre résolument parti en faveur d'une avancée ordonnée. Plus encore, sans doute de façon quelque peu audacieuse, le propos est-il allé plus loin en suggérant la mise en place des bases d'une théorie générale des M.A.R.C. La question se pose alors naturellement de savoir si cette incontestable avancée des M.A.R.C., devrait se poursuivre avec le rythme et l'ampleur que les dix dernières années lui ont imprimés. Il faut sans doute distinguer. De l'horizon communautaire continueront certainement à poindre des normes nouvelles relatives aux M.A.R.C. La raison en est que encore pour une longue période sans doute, il s'agira d'harmoniser les droits de Etats membres de l'Union européenne, afin d'y retrouver des modes de règlement alternatifs similaires, soumis à un *corpus* juridique identique. A l'échelon national, en revanche, existent des raisons de croire à un ralentissement de cette avancée, tout d'abord en termes de conquête, dès lors que la plupart des domaines juridiques sont aujourd'hui investis par les M.A.R.C. Seules subsistent quelques incertitudes qu'il reviendra au législateur ou à la jurisprudence de lever dans les temps à venir. Par exemple le régime du règlement amiable pour les différends nés à l'occasion du contrat de travail, qui est entouré par bien des incertitudes depuis l'instauration du Livre V dans le Code de procédure civile par le décret n°2012-66 du 20 janvier 2012⁹¹.

⁹¹ Voir sur ce point les intéressants développements de F. Rongeat-Oudin, dans son article précité : « Le règlement amiable des différends est en bonne marche », JCP 2012, éd.G, n°7, 157.

La convention de procédure participative se voit proscrite en ce domaine, tandis que le sort de la médiation conventionnelle suscite de nombreuses interrogations portant jusque sur son admissibilité dans les différends s'élevant à l'occasion du contrat de travail. Pour le reste, les frontières de l'empire des M.A.R.C., devraient certainement connaître une certaine stabilité.

80. Mais le ralentissement devrait également toucher l'avancée dans sa dimension normative et organisationnelle. Aujourd'hui, a-t-il été vu, les M.A.R.C., ont acquis une organisation ainsi qu'une réglementation précise et bien structurée, s'articulant autour de principes directeurs. Or, il ne faudrait pas que l'avancée des M.A.R.C., devienne synonyme de trop d'ordre. Il y aurait en effet à craindre que « trop d'ordre », c'est-à-dire la multiplication des règles de procédure amiable, rende ce mode de règlement moins attractif pour les parties à un litige car plus contraignant et finalement empreint de lourdeur ⁹²? Ce qui les en détournerait et les ramènerait dans le giron du procès classique. Sans doute d'ailleurs doit-on voir dans cette nécessité de souplesse et de liberté l'une des composantes de la théorie générale des M.A.R.C. Au nom de ce qui fait la spécificité et l'attrait de ces modes de règlement des litiges, l'encadrement juridique ne saurait dépasser une certaine mesure. Or, ainsi que le révèle l'Histoire, les grands conquérants n'ont pas toujours su stopper leur avancée lorsqu'il l'aurait fallu. Gageons que les généraux de l'armée des M.A.R.C., sauront s'en souvenir.

⁹² Sur cette question, voir C. Aubert de Vincelles : Promotion et harmonisation des modes alternatifs de règlement des litiges de consommation, RDC 2012, p.465 ; S. Bernheim-Desvaux : Litiges de consommation : règlement extrajudiciaire et règlement en ligne, JCP 2013, éd. E, 1402, cités par S. Bernheim-Desvaux in Juriscl. Concurrence Consommation préc., Fasc.1230, n°94.