

# Propos introductif

Catherine Tirvaudey

« **Q**u'est-ce que le juge vient faire quand on parle de MARD ? », Cette question a été posée par Pierre Delmas-Goyon<sup>1</sup>, Conseiller à la Cour de cassation, auteur du rapport « Le juge du XXI<sup>e</sup> siècle un citoyen acteur, une équipe de justice » rendu en décembre 2013, à l'occasion d'un atelier consacré à l'avenir des MARD à l'orée de J21 organisé par le Barreau de Paris où il était invité. Cette question, est légitime si l'on conçoit les modes amiables comme moyen de détourner les flux de contentieux des juridictions. Or il faut tenir pour acquis, et la question du conseiller Delmas-Goyon un brin provocatrice le sous-entendait, que les modes amiables de règlement des différends ne sauraient être présentés comme de simples expédients pour alléger les charges de la justice. Quand bien même conduiraient-ils à détourner une partie du contentieux du juge, ce ne saurait être leur finalité première. L'idée qu'il faut défendre est bien celle selon laquelle chaque dossier de justiciable est unique, et qu'à la spécificité de chaque dossier il peut exister une réponse amiable pertinente en alternative au procès. Il faut encore ajouter, et ce doit être un élément essentiel de la réflexion, que l'alternative au procès n'implique pas nécessairement une alternative au juge, ce dernier pouvant avoir de multiples et nombreuses occasions, au cours du traitement d'un différend d'intervenir utilement d'une manière ou d'une autre. Mieux même, la mise en évidence du rôle actuel et prospectif du juge peut se révéler un facteur de confiance dans les MARD et un élément de leur plus grand développement. En effet, même s'il ne s'agit pas de se lancer dans une croisade pro MARD il peut apparaître utile d'explorer les leviers qui pourraient permettre de les voir se développer en France. En l'état, même si l'on ne peut pas dire qu'il ne se passe rien, l'effervescence législative à tout le moins est importante, force

---

<sup>1</sup> P. Delmas-Goyon, cité par C. Denoit-Benteux, « L'avenir des MARD à l'orée de J21 », <https://www.affiches-parisiennes.com/l-avenir-des-mard-a-l-oree-de-j21-6424.html>

est de constater que quantitativement, les MARD ne se développent pas encore proportionnellement aussi vite que les dispositions les concernant qui, elles, sont légions<sup>2</sup>. On a pu traduire autrement ce phénomène en s'appuyant sur la théorie des jeux pour retenir que « du point de vue de l'offre il y a plutôt surabondance. En revanche, s'agissant de la demande, l'aspiration du « justiciable » est intangible : il attend un résultat concret et efficace »<sup>3</sup>. En l'état de la situation en France il semble que cette offre et cette demande ont du mal à se rencontrer. Il convient donc de rechercher des explications à ce phénomène, notamment en regardant ce qui se passe en dehors de nos frontières.

La première question qui vient à l'esprit est celle de l'efficacité de la législation, de la multiplication des outils en regard des résultats produits. Le nombre d'outils est-il un moteur ou un frein au développement des modes amiables ? Quel type de législation existe à l'étranger ? Le faible développement de l'amiable en France tient-il à la culture ou à la loi ? Les modes amiables ont-ils vocation à se développer tous azimuts ou au contraire ne convient-il pas de les réserver à certains domaines ? Si oui, pour quels types de litiges ? Peut-on trouver ailleurs des explications au faible recours des justiciables aux modes amiables ?

L'autre piste de questionnement est celle de l'information du justiciable et des outils, notamment numériques, comme vecteurs de développement de la résolution amiable ou est-ce une piste qui ne peut être sérieusement envisagée ? Les questions sont nombreuses et quelques pistes de réponse peuvent être avancées mais elles méritent d'être soumises à l'analyse.

Tout d'abord, alors que sous l'impulsion du droit de l'Union Européenne la tentation est grande de s'interroger sur l'utilité d'avoir plusieurs modes alternatifs, la préconisation pouvant se réduire à tout englober dans le grand tout de la médiation, il apparaît qu'il n'existe guère de pays où il n'y ait qu'un seul mode amiable de règlement des différends<sup>4</sup>. Dès lors, la difficulté interne que l'on éprouve à distinguer la médiation de la conciliation ne doit pas conduire au renoncement, pour ne créer qu'une forme de résolution amiable mais plutôt à faire l'effort conceptuel de bien les distinguer, pour pouvoir les présenter de manière individualisée au justiciable afin qu'il puisse choisir et bénéficier de l'outil le mieux adapté à sa difficulté. La diversité des modes doit donc

---

2 1971, consécration du rôle de conciliation du juge à l'article 21 du Code de procédure civile ; 1978, décret du 20 mars, création de la fonction de conciliateur ; 1995, loi n° 95-125 du 8 février, institutionnalisation de la médiation ; 2010, loi n° 2010-1609 du 22 décembre création de la convention de procédure participative et, depuis, de nombreuses dispositions de la loi n° 2016-547 du 18 novembre ou de la loi de programmation pour la justice 2018-2022, loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, entendent développer la culture du règlement alternatif des différends.

3 J.-J. Barbieri, « Les modes alternatifs de règlement des litiges », JCP. G. 2014, doct. 322.

4 V. C. Tirvaudey (dir.), *Les droits étrangers au secours des modes amiables de règlement des différends*, PUFC (coll. « Droit, politique et société »), 2019.

être encouragée et sans doute formalisée malgré l'expérience québécoise contraire qui nomme indifféremment médiation l'ensemble des processus amiables.

Le constat se fait encore, que la résolution amiable n'est pas culturellement ancrée partout de la même manière. Dès lors, en fonction de la nature du terreau culturel une démarche d'information plus ou moins volontariste doit sans doute être mise en place si l'on souhaite que l'amiable se développe effectivement. Dans certains pays le procès est connoté négativement, il est conçu comme un échec et la résolution amiable est le mode dominant de résolution des différends, la nécessité d'une démarche informative des justiciables est moindre. En revanche, lorsque la culture est celle du contentieux il apparaît nécessaire à tout le moins de développer l'information des justiciables et de leur faire connaître les différentes possibilités qui s'offrent à eux. Une question, et non des moindres, celle du modèle économique du traitement amiable des litiges, est toujours en suspens. Le coût de la justice est connu et évalué et c'est précisément ce coût en perspective des moyens dont dispose l'État qui a été à l'origine du volontarisme législatif pour inciter au développement de l'amiable. Pour autant, le coût de l'amiable peine à être évalué et ce n'est pas parce que le contentieux sort du prétoire que son traitement est gratuit. Il y a là sans doute une bonne part d'explication au moindre essor de l'amiable en France. Dans une convention de procédure participative, les parties doivent payer leurs conseils qui vont faire vivre le processus collaboratif. Dans une médiation conventionnelle, les parties doivent rémunérer le médiateur. Dans une médiation judiciaire il faut ajouter au coût de la procédure entamée, la rémunération du médiateur là encore par les parties. Le législateur, bien conscient de cet écueil a fait un premier pas, en octroyant une aide juridique, pour les médiations judiciaire et conventionnelle, prévue à la loi n° 2015-1785 du 29 décembre 2015, dont un décret n° 2016-1876 du 27 décembre 2016 précise les modalités de prise en charge. Ce décret fixe la rétribution de l'avocat et des médiateurs intervenant au profit d'une partie bénéficiaire de l'aide juridictionnelle dans le cadre d'une médiation judiciaire ou bien dans le cas d'une médiation conventionnelle donnant lieu à la saisine du juge aux fins d'homologation d'un accord. En l'absence d'aide juridictionnelle dont les plafonds restent relativement bas, les justiciables hésitent moins à payer un avocat en espérant au final obtenir une indemnité au titre des frais irrépétibles, qu'un médiateur. Cette préoccupation financière est d'autant plus prégnante que le recours au médiateur ne doit sans doute pas être exclusif du conseil d'un avocat dans le souci de préserver les droits des parties. Ces considérations interdisent d'emblée d'imposer un recours obligatoire à la médiation. Le législateur ne s'y est pas trompé. Lorsqu'il impose l'amiable, il laisse le choix aux parties du mode qu'elles mettront en œuvre. Or, de tous les modes amiables, le moins coûteux est sans conteste la conciliation. La conciliation est soit opérée par le juge, soit déléguée à un conciliateur de justice qui est bénévole. Pour autant, peut-on considérer que la conciliation soit le remède miracle pour assurer le développement de l'amiable

si on ne la conçoit que comme déléguée à des bénévoles. Cette « autre façon de faire justice »<sup>5</sup> ne doit pas totalement échapper au juge, sans préjudice du fait que, malgré leur engagement, un quasi-sacerdoce, les conciliateurs actuels ne suffiront sans doute pas à absorber la demande d'amiable si elle vient à exploser en raison des préalables obligatoires posés par le législateur. Il a ainsi pu être proposé de créer un conciliateur juge de proximité pour exercer la mission de conciliation judiciaire prévue à l'article 21 du Code de procédure civile<sup>6</sup>. Toutefois tel n'est pas l'état du droit positif de telle sorte que l'on peut se demander si le juge peut tenir un rôle en matière de développement des MARD (S1) avant de mettre en évidence que le juge est un acteur concerné au premier chef par l'essor de l'amiable (S2).

## **S1. Un rôle pour le juge dans le développement des MARD ?**

L'idée d'évidence selon laquelle l'amiable serait opposé à la justice et donc étranger au juge, est fautive, totalement fautive et ce pour plusieurs raisons qui justifient que l'on consacre une réflexion scientifique au rôle du juge en matière d'amiable. Cette réflexion s'impose d'autant plus que « les MARD ne sauraient être regardés comme une privatisation de la justice ou un instrument de communautarisation de la justice, mais dans la seule mesure où les juges, gardiens des libertés individuelles et garants de l'ordre public [...] joueront pleinement leur rôle dans le cadre de ces processus amiables que la loi leur réserve par de nombreuses dispositions »<sup>7</sup>. L'étude du paysage de la justice en France montre le caractère marginal des MARD en pratique et corrélativement l'importance centrale de la figure du juge. Cette place centrale du juge s'explique par le fait qu'il est l'interlocuteur naturel des justiciables (1) ce qui de fait le positionne au cœur du développement de l'amiable (2).

### **1. Le juge un interlocuteur naturel des justiciables**

La première raison est qu'aujourd'hui en France le mouvement naturel des justiciables les conduit au contentieux. Ce mouvement naturel peut trouver différentes explications qui ont été évoquées par de nombreux auteurs. On peut citer la méconnaissance de l'existence de solutions amiables, le manque de confiance dans certains acteurs du traitement amiable<sup>8</sup>, le caractère épars et peu lisible des textes relatifs aux modes amiables

5 I. Kitamura, « L'avenir de la "justice conciliationnelle" », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, 1999, p. 805s.

6 Ch. Mollard-Courtau, « Conciliation et conciliateur de justice à l'épreuve des réformes récentes, à venir mais aussi de la concurrence d'autres modes amiables gratuits », *LPA*, 2 mars 2016, p. 4.

7 F. Vert, « Le juge des référés et l'amiable », *Gaz. Pal.*, 22 mai 2018, p. 20.

8 L. Casaux-Labrunée, « La confiance dans le règlement amiable des différends, pour un changement de culture juridique », *Dr. soc.* 2019, p. 917.

des différends, si bien qu'il peut être soutenu qu'il faudrait procéder à une codification de l'amiable<sup>9</sup> et « repenser le Code de procédure civile pour traduire les nouveaux équilibres »<sup>10</sup> mais également par la confiance et l'attachement des justiciables à l'autorité du juge et de la décision de justice. La conséquence en est que la majorité des dossiers arrive au juge sans que la voie amiable ait été envisagée par les parties et ce d'autant plus si les parties ne sont pas représentées alors même qu'il a pu être proposé que la règle devienne « de proposer une transaction, l'exception étant le traitement juridictionnel »<sup>11</sup>. Il appartient alors au juge saisi de manière quasi systématique de réfléchir à son rôle de prescripteur d'amiable et de choisir de le jouer ou non en fonction de la nature des dossiers. Dès lors le juge, d'étranger à l'amiable en devient un fondement essentiel par son œuvre prescriptrice. Les parties, une fois devant le juge peuvent être informées, notamment par lui de l'existence des modes amiables et peuvent à ce moment décider d'elles-mêmes de recourir à l'amiable, l'information, la suggestion du juge, son expertise pour discriminer les dossiers les mieux aptes à un traitement amiable devient primordiale. Le législateur contemporain a d'ailleurs renforcé ce rôle d'information sur l'amiable en le prévoyant dans tous les litiges en matière civile<sup>12</sup>.

La deuxième raison du rôle du juge en matière d'amiable tient au fait qu'il peut être saisi de contentieux relatif à l'amiable, lequel peut malheureusement se révéler générateur de contentieux ! Ce à propos des clauses de conciliation, de médiation, de litige en matière de convention de procédure participative ou même en matière de convention de règlement amiable. Il peut encore être amené à connaître des contentieux qui subsisteront après l'échec total ou partiel d'un processus amiable, ce qui impose derechef d'articuler le processus amiable avec l'instance judiciaire, articulation d'autant plus évidente et nécessaire que l'amiable a été tenté en cours d'instance sous l'œil du juge.

La troisième raison que l'on peut envisager au rôle du juge tient au fait que l'accord amiable, lorsqu'il ne prend pas la forme d'un procès-verbal signé par le juge est un accord qui n'a de valeur que simplement contractuelle dénuée de la force exécutoire. Dès lors, même si les accords amiables ont vocation à être spontanément exécutés il n'en demeure pas moins que leur homologation pour les rendre exécutoires peut s'avérer utile, nonobstant, le cas échéant, le contrôle du respect de l'ordre public par les accords.

Au-delà de ces raisons techniques qui imposent le juge comme élément potentiellement incontournable des processus amiables ce sont sans doute les regards portés

---

9 S. Amrani-Mekki, « La codification de l'amiable », in C. Puigelier C. et I. Peytel Teyssié (dir.), *Quarantième anniversaire du Code de procédure civile*, 2016, éd. Panthéon Assas, p. 97s.

10 S. Amrani-Mekki, « La résolution amiable des différends comme mesure de modernisation et de simplification de la procédure civile », *Gaz. Pal.* 25 juil. 2017, p. 60.

11 A. Garapon, S. Perdriolle, B. Bernabé et C. Kadri, *La prudence et l'autorité ; L'office du juge au XXI<sup>e</sup> siècle*, *Rapp. IHEJ au Garde des sceaux*, mai 2013.

12 V. Tuffa-Nerson, *BJT* mai 2019, n° 111, p. 46.

sur les expériences étrangères (notamment en Suisse où les juges concilient, en Belgique où ils sont prescripteurs et au Québec où leur rôle essentiel dans le processus a entraîné des modifications de leur office) qui démontrent la pertinence d'une analyse de la place du juge en matière de MARD/PRD. Cette réflexion peut permettre de trouver des ressorts d'implantation efficace des MARD en France. Un bref retour historique ne manque pas d'ailleurs de montrer que la conciliation a « d'abord été considérée comme une composante de l'office du juge »<sup>13</sup> à telle enseigne que « la naissance des conciliateurs constitue le corollaire d'un démembrement de son office »<sup>14</sup>. De ce point de vue le fait de croiser les regards est riche d'enseignements.

## 2. Le juge, un acteur d'impulsion au service des MARD

Le juge est en première ligne face au justiciable puisque c'est lui qui est le plus souvent saisi. Il peut donc être un vecteur efficace d'information sur les MARD, mais encore faut-il que la délivrance de cette information soit organisée et formalisée pour s'intégrer harmonieusement et efficacement dans le processus judiciaire. C'est en ce sens que la dernière législation évoluée, même si de graves lacunes de la loi en matière de médiation ont pu être dénoncées<sup>15</sup>. La loi de modernisation de la justice prévoyait déjà des dispositifs de contrainte en imposant le recours à l'amiable à peine d'irrecevabilité de la demande, pour les litiges de moins de 4 000 € devant le tribunal d'instance et dans certains cas en matière familiale. Elle contenait encore des mesures incitatives en augmentant le champ des contentieux ouverts au traitement amiable (médiation administrative et en matière d'action de groupe, usage de la procédure participative après la saisine du juge ou en matière de mise en état) ainsi que des mesures destinées à rassurer le justiciable en organisant l'inscription de médiateurs sur des listes établies par chaque Cour d'appel.

La loi de programmation pour la justice 2018-2022 ajoute de nouvelles dispositions destinées à instaurer le réflexe de l'amiable chez les justiciables<sup>16</sup> en reprenant la technique de la contrainte puisqu'à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2020 et à peine d'irrecevabilité il faudra tenter un règlement amiable préalablement à toute saisine du tribunal judiciaire dès lors que le litige n'excédera pas une somme devant être fixée par décret. Alors qu'auparavant cela n'était possible que pour la justice prud'homale, l'article 3 de la loi autorise le juge à enjoindre aux parties de rencontrer un médiateur « en tout état de la procédure, y compris en référé, lorsqu'il estime qu'une résolution amiable du litige est possible ». Peut-être le législateur aurait-il pu profiter de cette longue loi de

13 R. Laher, « Une brève histoire des conciliateurs de justice », *LPA*, juil. 2018, n° 5.

14 *Ibid.*

15 V. Lasserre, « Les graves lacunes de la réforme de la justice en matière de médiation », *D.* 2019, p. 441.

16 Y. Strickler et L. Weiller, « développer la culture du règlement alternatif des différends », *Proc.* juin 2019, étude 10.

programmation pour réfléchir aux modes d'introduction de l'instance comme un auteur a pu le suggérer en insistant sur les bénéfices de la saisine du juge par requête conjointe dans la perspective d'un traitement amiable du litige<sup>17</sup>. Il a encore pu être proposé d'aller plus loin dans l'intégration des modes amiables et plus particulièrement de la médiation dans le processus judiciaire en organisant l'institutionnalisation dans toutes les juridictions de circuits de médiation, avec des juges spécialisés dont la mission serait de diriger les affaires vers ces circuits de médiation et en organisant les médiations judiciaires au sein de la juridiction<sup>18</sup>. Il importe en effet de sécuriser les pourparlers<sup>19</sup> après l'introduction d'une instance, souci que le législateur a d'ores et déjà eu<sup>20</sup>. Certains<sup>21</sup> proposent encore une nouvelle structuration du litige en trois phases : la première serait de médiation par discussion électronique, la deuxième, précontentieuse, se déroulerait sous le regard du juge qui fixerait le calendrier des échanges et pourrait aboutir à un accord qui serait homologué par le juge et ce n'est qu'à défaut d'accord que le juge serait saisi du litige dans une procédure de jugement classique. Il faut toutefois se garder d'une trop grande juridictionnalisation des MARD qui leur ferait perdre l'avantage qu'ils ont de leur souplesse<sup>22</sup>.

En tout état de cause, ces évolutions législatives ne sont pas de nature à priver le juge de la possibilité de tenter de concilier lui-même les parties, compétence qu'il tient de l'article 21 du code de procédure civile aux termes duquel « il entre dans la mission du juge de concilier les parties ». L'amiable est historiquement au cœur de l'office du juge<sup>23</sup>. Pour autant, cet office conciliationnel du juge, affirmé de longue date apparaît sensiblement en décalage avec l'un des objectifs avoué de la loi de programmation qui conçoit l'amiable comme un mouvement de déjudiciarisation dans le but de « recentrer

---

17 M. Reverchon-Billot, « Sauvons la requête conjointe ! », *JCP. G.* 2019, doct. 469.

18 *Ibid.*

19 B. Pons, « Le temps de la négociation transactionnelle face au temps de la procédure judiciaire : comment sécuriser des pourparlers après l'introduction d'une instance ? », *Gaz. Pal.*, 25 juil. 2015, p. 11.

20 Art. 2238, C. Civ. : « 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 écrit, à compter du jour de la première réunion de médiation ou de conciliation. La prescription est également suspendue à compter de la conclusion d'une convention de procédure participative.

Le délai de prescription recommence à courir, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois, à compter de la date à laquelle soit l'une des parties ou les deux, soit le médiateur ou le conciliateur déclarent que la médiation ou la conciliation est terminée. En cas de convention de procédure participative, le délai de prescription recommence à courir à compter du terme de la convention, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois ».

21 J-F Beynel et D. Casas, les chantiers de la justice, Rapport sur la transformation numérique, La documentation française, 2018, cité par O. Akyurek, *LPA*, 11 juil. 2018, p. 10.

22 B. Bernabé, « La croisée des savoirs. Les chemins de l'amiable résolution des différends », *Les cahiers de la justice*, 2014, p. 633.

23 *Ibid.*

le juge sur le cœur de sa mission juridictionnelle »<sup>24</sup> ; « mécaniquement le juge allégé d'un certain nombre de dossiers qui ne lui seront pas transmis, pourra gagner en efficacité »<sup>25</sup>. Au moment des travaux parlementaires, les sénateurs<sup>26</sup> tout en se disant parfaitement d'accord avec les objectifs du gouvernement de « développer les modes alternatifs de résolution des différends afin que ne soient portées devant le juge que les affaires les plus contentieuses, pour lesquelles les parties n'ont pas pu trouver ensemble de solution amiable et afin d'apaiser autant que possible les échanges entre les parties » ont fait état d'un certain nombre d'inquiétudes. Le caractère imprécis du texte, la capacité des conciliateurs à absorber l'augmentation du volume d'affaires estimée à 33 % et l'impact effectif de cette disposition sur le volume de contentieux arrivant au juge. Ces inquiétudes n'ont pas empêché le texte d'être aujourd'hui promulgué mais le questionnement demeure, est-il pertinent d'imposer le recours à l'amiable ?

## **S2. Quel rôle pour le juge en matière de MARD ?**

L'arsenal français en matière de MARD se déploie actuellement avec vigueur. La démarche du législateur français s'inscrit dans une dynamique plus globale de pacification des litiges et de solutions douces. Malgré tout le règlement amiable des litiges n'est pas dans notre monde contemporain quelque chose de naturel. La France n'est pas la seule à peiner à faire évoluer les mentalités dans le sens d'un recours moindre aux juridictions étatiques. Il semblerait que l'inefficacité, le coût ou la méfiance envers les juridictions étatiques sont le moteur du développement de l'amiable. Il faut donc parvenir à convaincre l'ensemble du système judiciaire, parajudiciaire et les justiciables que le recours à l'amiable n'est pas le renoncement à la justice mais le choix d'une autre justice. Cette autre justice n'étant pas nécessairement totalement sans juge mais se déroulant dans l'ombre vigilante et bienveillante de ce dernier. Le juge n'est pas l'ennemi de l'amiable, bien au contraire, il en est un artisan indispensable, incontournable à de nombreux égards, cet ouvrage s'attache à le démontrer méthodiquement.

### **1. Le juge, un acteur du choix de l'amiable.**

S'agissant des liens du juge avec l'amiable la première question est celle du choix. Choisir c'est renoncer, choisir l'amiable pourrait donc être renoncer au juge ; or ce choix et ce renoncement corrélatif ne vont pas de soi, c'est ce qui sera démontré, tantôt du

---

24 S. Amrani-Mekki, « les modes amiables de résolution des différends dans la loi de modernisation de la justice au XX<sup>e</sup> siècle », *Gaz. Pal.* 31 jan. 2017, p. 46.

25 J. Théron, « Less is more », *Esquisse d'une nouvelle procédure civile minimaliste*, JCP G. 2019, doct. 495.

26 [https://www.senat.fr/amendements/commissions/2017-2018/463/Amdt\\_COM-237.html](https://www.senat.fr/amendements/commissions/2017-2018/463/Amdt_COM-237.html).

point de vue du juge lui-même, tantôt de celui des parties, tantôt encore en raison de l'état du droit positif.

« Pourquoi choisir les MARD ? » Au-delà du fait que tous les auteurs des lignes qui vont suivre sont fermement convaincus de la pertinence du recours à l'amiable, cette conviction ne doit pas apparaître comme un dogme auprès de tous ceux qui par manque d'information ou de connaissance de ce que sont réellement les modes amiables de règlement des différends sont sceptiques. On s'attachera donc à démontrer que choisir les MARD est un choix rationnel. Le choix des MARD est rationnel, à la fois pour le législateur, le juge et pour les parties, parce que les MARD s'articulent parfaitement avec le judiciaire qu'ils enrichissent sans le trahir. Choisir l'amiable n'est pas renoncer au juge. Les MARD forment simplement une offre de justice plurielle dans laquelle le juge peut être amené à intervenir à différents stades du processus ne serait-ce que pour garantir le respect des droits des parties dont il est le premier garant. Ils sont en cela un vecteur important d'accès à la justice et contrairement aux idées reçues ils ne constituent en aucun cas un obstacle ou un frein à cet accès<sup>27</sup>. Ils permettent d'accéder à une justice différente, « le titre II de la loi Justice du XXI<sup>e</sup> siècle renforce le sentiment d'une élévation des MARD au rang de justice alternative »<sup>28</sup>, mais à une forme de justice souvent plus satisfaisante que celle qui passe par le glaive du droit. C'est encore un choix rationnel pour les parties, parce qu'il permet aux justiciables d'accéder à une justice qui n'est pas moindre que la justice étatique mais comme le démontre l'expérience québécoise, d'accéder à une justice de qualité.

Choisir les MARD est encore un choix rationnel pour le juge qui peut décider d'être l'acteur principal de l'amiable. Ce choix ne va pourtant pas de soi, un juge est fait pour juger, c'est son honneur et son devoir<sup>29</sup>. Certains, à juste titre, mettent en garde contre la privatisation de la justice qui consisterait à se délester en déléguant une partie du contentieux à des « sous-traitants » non-magistrats, avec tous les risques que cela pourrait comporter en termes d'injustice et de violation des droits des parties. Les risques existent et ne doivent pas être négligés mais ils ne doivent pas davantage paralyser le développement des modes amiables. Le juge du XXI<sup>e</sup> siècle n'a plus un office monolithique tout entier façonné pour dire le droit mais il a aussi un rôle de pacification des relations sociales. En cela il a un rôle important, non pour se décharger sur d'autres de la tâche que lui imposent ses fonctions mais pour tenter de trouver la meilleure solution possible pour le litige, soit en conciliant lui-même les parties, soit

---

27 L. Cadiet, « Réflexion sur la justice à l'épreuve des mutations contemporaines de l'accès à la justice », D. 2017, p. 522.

28 B. Mallet-Bricout, « Les modes alternatifs de règlement des différends dans la loi "Justice du XXI<sup>e</sup> siècle" : un nouveau souffle », RDT. Civ. 2017, p. 221.

29 F. Ferrand et P.-Y. Gautier, « Honneur et devoir de juger », D. 2018, p. 951.

en leur proposant de s'engager dans une médiation<sup>30</sup> après avoir effectué un diagnostic du dossier pour évaluer la potentialité de succès d'un règlement amiable. Les magistrats qui font partager leur expérience mettent en évidence les bénéfices du passage du juge décideur au juge conciliateur au juge médiateur. Ce retour d'expérience permet de comprendre pourquoi un magistrat choisi de traiter une affaire à l'amiable plutôt que de simplement juger le dossier qui lui est soumis outre les questions d'économie de temps et d'argent, l'accent est mis sur le fait que le juge « aura aussi la satisfaction gratifiante d'avoir aidé les parties à trouver la paix »<sup>31</sup>. Le juge conciliateur ou médiateur après avoir été décideur se rapproche ainsi de Paul Ricoeur qui retenait que « la finalité courte de l'acte de juger est de trancher les litiges ; sa finalité longue est de contribuer à la paix sociale »<sup>32</sup>. Le juge apparaît sous ces aspects comme un acteur primordial au sens étymologique du terme de l'existence et du développement des modes amiables de règlement des litiges. Son rôle n'est pas seulement d'inspirer ce développement il est encore amené à jouer un rôle plus technique qui lui est conféré par le droit positif tel qu'il existe dans le Code de procédure civile.

## 2. Le juge, un technicien en soutien des MARD

Le droit prévoit que le juge, une fois saisi, a la possibilité de proposer aux parties, aujourd'hui en tout état de cause, de recourir à l'amiable. Cependant l'amiable est pluriel et la question du choix de la proposition se pose. Vers quel mode se tourner ? Pour quel objet ? Dans quel dossier ? À quel moment ? Le retour d'expérience des juges prescripteur est précieux pour espérer un jour dresser le caryotype du dossier indiqué pour l'amiable et peut-être même mieux de celui indiqué pour la conciliation, différent de celui qui sera utilement traité par la médiation ou encore la convention de procédure participative. C'est peut-être là que se pose aussi la question de la proportionnalité, principe central de la nouvelle procédure civile québécoise<sup>33</sup>, laquelle se définit comme la nécessité d'établir un équilibre entre l'atteinte d'un résultat juste et bon et les coûts et délais engendrés pour atteindre ce résultat. Il faudra alors choisir le mode amiable le mieux indiqué en fonction de son coût par rapport aux enjeux du litige. C'est cette même proportionnalité qui commande de songer aux modes amiables de résolution des litiges en parallèle du contentieux, ces derniers apparaissant comme un mode de gestion « rationnel et proportionné »<sup>34</sup> des contentieux. Le juge une fois saisi se révèle

30 M. Boitelle-Coussau, « Le rôle du juge dans la proposition de médiation », *Gaz. Pal.* 29 nov. 2016.

31 M. Barrelet « Pour le juge pourquoi recourir à un mode alternatif de règlement des différends », *infra*.

32 P. Ricoeur, « L'acte de juger », *Esprit*, n° 183, 1992/7, p. 20, cité par B. Blohorn-Benneur, « Du juge décideur au juge conciliateur au juge médiateur », *infra*.

33 S. Guillemard et S. Menetrey, *Comprendre la procédure civile québécoise*, 2<sup>e</sup> éd. Montréal (Québec), 2017, cité par D. Chollet, *RTD civ.* 2019, p. 435.

34 S. Amrani-Mekki, K. Haeri et F. Vert, « Gérer le contentieux en évitant le juge », *JCP. E.* 2016, 1376.

un promoteur essentiel de l'amiable. Il ne peut être qu'impliqué dans le développement du règlement amiable des différends. Toutefois la question des limites de son implication se pose : jusqu'où peut-il aller pour amener les parties à l'amiable ? Les encourager, les inciter, leur proposer, les obliger ou même les sanctionner ? Ces différents degrés d'implication ne vont pas tous de soi et pourtant, c'est bien le juge qui devra le cas échéant gérer les conséquences du non-accord amiable. Les conséquences de l'absence totale d'accord puisque l'affaire reviendra au judiciaire en vue de son jugement mais même en cas d'accord, s'il n'est que partiel, ne déchargera pas le juge qui devra trancher le différend subsistant, à cet instant redevenu litige. Le juge peut encore devoir gérer non l'absence d'accord mais la rupture de la médiation et sur ce point l'expérience suisse sera sans doute proche de celle du droit français. Est-ce à dire pour autant que la tentative avortée n'aura servi à rien ? On ne peut être aussi directement affirmatif même si cette impression est première et domine. Il faut prendre du recul et admettre que l'absence d'accord n'est ni un échec ni une perte de temps mais que le processus même sans résultat immédiat peut avoir un effet positif sur la procédure subséquente. Une médiation non aboutie peut être un terreau fertile pour une conciliation ultérieure, les parties ayant *a minima* renoué le dialogue. D'aucun en sont convaincus notamment en matière de consommation<sup>35</sup>. L'accord est la finalité immédiate du processus amiable. De ce point de vue l'amiable pourrait répondre à l'idée d'une procédure civile minimale<sup>36</sup> dont le cœur serait, non pas la décision, mais l'accord, et la procédure figurant le chemin pour y parvenir serait la plus simple, la plus épurée possible. Pour autant cette vision minimaliste du processus amiable n'évacue pas toutes les difficultés et notamment celle de l'élaboration de l'accord, l'analogie avec la procédure civile et la décision juridictionnelle devant s'arrêter là. Se pose en effet la question de la responsabilité de l'élaboration de l'accord, principalement en cas de médiation, la question ne se posant pas en matière de conciliation judiciaire opérée par le juge et sanctionnée par la rédaction d'un procès-verbal constitutif d'un titre exécutoire et dans une moindre mesure en conciliation conventionnelle où le conciliateur prend une part plus active à sa rédaction. La question n'est pas formellement tranchée en France et la réponse à apporter dépend sans doute de la présence de conseil ou non et cette question. Elle n'est pas davantage réglée chez nos voisins belges où les deux écoles s'affrontent entre le médiateur rédacteur et les tenants de son abstention. La question de la qualité de l'accord au fond, mais aussi de sa rédaction, est essentielle dans la mesure où l'accord est susceptible d'être soumis au juge. Tel sera le cas lorsque les parties en solliciteront l'homologation. Ce passage de l'accord devant le magistrat ne doit pas être l'occasion d'un retour de

---

35 S. Bernheim-Desvaux, « Médiation de la consommation versus conciliation de justice : vers la complémentarité », *Contrat, conc. consom.*, août 2019, repère 8.

36 H. Croze, *JCP G.* 2019, doct. 717.

celui-ci sur le devant la scène. Pour pallier tout risque de modification du contenu de l'accord il importe de déterminer précisément quelle est la mission du juge et donc sa marge de manœuvre au moment de l'homologation. En fin de processus amiable et sur le terrain de la force exécutoire, le juge redevient un acteur incontournable mais c'est dans cette hypothèse pour la bonne cause à l'issue d'un processus couronné de succès. Tous les recours au juge en matière d'amiable ne sont pas aussi heureux et certains se produisent avant même le début du processus démontrant ainsi que le mieux est l'ennemi du bien. Il arrive en effet, et ce de plus en plus souvent, que les parties anticipent le règlement de leurs éventuels litiges dans leur convention et insèrent à cet effet des clauses de règlement amiable. Cette manière de procéder par des clauses de conciliation ou de médiation est validée par la loi et la jurisprudence de la Cour de cassation. Il peut se produire que ces clauses loin d'être une source d'apaisement, ce qui était leur vocation première, ne deviennent une source de contentieux et d'un contentieux qui tend à se développer malgré les efforts de la Cour de cassation pour préciser leur régime juridique. L'ensemble de ces éléments démontre que l'on peut difficilement envisager le développement des modes amiables de règlement des différends en dehors du juge. Cette proximité en l'état inextricable justifie que l'on puisse envisager que le développement des MARD ait une influence sur l'office du juge et ne transforme son rôle.

### **3. Le juge, un office transformé par les MARD**

Ce qui ne serait sans doute en France qu'une réflexion prospective est pour le Québec une étude de droit positif. Le développement plus avancé des PRD dans la Belle Province permet d'ores et déjà de tirer des enseignements quant à la transformation de la fonction de juger. La fonction de juger est bien au cœur des préoccupations pour déplorer ou approuver qu'elle s'amenuise au profit de règlements plus doux des conflits. Elle est au cœur de l'actualité sous cette double influence du volontarisme législatif à opérer un changement de culture au profit d'une approche pacifique des différends et de celle de la technologie, la seconde pouvant aider au développement de la première, le tout par le biais de ce que l'on appelle justice prédictive. D'aucuns envisagent que les algorithmes puissent servir le développement de l'amiable<sup>37</sup>, soit en réglant directement des litiges en lignes ou plus vraisemblablement en l'état du droit positif en aidant à le faire ou en incitant les parties à renoncer au règlement contentieux par la prédiction de solution au litige qu'elle peut produire. Malgré le rôle important que la technologie peut être amenée à jouer, nul doute que le développement de l'amiable dépendra encore pour un certain nombre du rôle que des hommes et plus précisément des juges voudront bien jouer. Ce rôle qu'ils seront amenés à tenir dépendra sans doute

---

37 J-B. Racine, « La résolution amiable des différends en ligne ou la figure de l'algorithme médiateur », D. 2018, p. 1700.

largement de la formation qu'ils recevront laquelle doit évoluer en fonction des bouleversements actuels et qui sait peut-être les conduire vers ces juges médiateurs<sup>38</sup> qui semblent trouver tant de satisfaction dans l'exercice d'un office plus conciliationnel que juridictionnel.

S'interroger sur le rôle du juge en matière de mode amiable de règlement des différends c'est en réalité imaginer ce que pourrait être une justice plurielle ou tout ne reposerait plus sur les épaules du juge sans que celui-ci ne soit privé pour autant de sa fonction de dire le droit.

---

<sup>38</sup> L. Casaux-Labrunée, « Pour un renouvellement de l'office du juge français inspiré de l'expérience québécoise », *Dr. soc.* 2017, p. 624.