

Conciliation judiciaire et conciliation de justice à la cour d'appel de Paris

Colloque organisé par la cour d'appel de Paris et l'école nationale de la magistrature

Cour d'appel de Paris – première chambre

Le mardi 15 mars 2016

L'actualité législative de la conciliation dans les juridictions¹

Par Béatrice Gorchs-Gelzer

Maître de conférences à l'Université Savoie Mont Blanc

La réforme pour la justice du 21^e siècle est en marche. Quatre commissions sont installées à cet effet (IHEJ, Nadal, Marshall, Delmas-Goyon)² et remettent leurs rapports fin 2013. Un débat national s'en suit en janvier 2014 à la mission de l'UNESCO à Paris afin de dégager les priorités des actions. Parmi celles-ci, figure la volonté de favoriser les modes amiables de règlement des différends, en particulier la conciliation de justice. Le 18 juin 1998, Mme Elisabeth Guigou, alors garde des Sceaux et ministre de la justice, ici même à un colloque organisé par la cour d'appel de Paris sur « les conciliateurs de justice », invitait à ne pas confondre l'accès au droit et l'accès à la Justice. En 1998, le législateur relie les modes alternatifs de résolution des conflits à l'accès au droit, crée les maisons de justice et de droit pour que le droit y soit dit « *dans des conditions plus satisfaisantes en termes de rapidité et de paix sociale* »³. 20 ans après, le même discours est tenu, mais le projet est plus audacieux : Mme Christiane Taubira, lors des débats au Sénat sur le projet de loi *J 21*, déclare que « *l'accès au droit et à la justice n'implique pas nécessairement l'introduction d'une procédure judiciaire* »⁴. Au 21^e siècle, « dire le droit » et « rendre la justice » ne sont plus l'apanage du juge !

Les mesures relatives à la justice du 21^e siècle visant à favoriser le règlement amiable ont pour objectif de rendre la justice plus proche. C'est que la conciliation et la médiation sont de nature à contribuer à la mission première de la justice qui est « *d'apaiser les relations sociales* »⁵. Est-ce à dire que la proximité de la justice est désormais moins l'affaire du juge, recentré sur son cœur de compétence, que celle du conciliateur de justice ou du médiateur, voire des avocats ? Face à la judiciarisation

¹ Cette présentation de « l'actualité législative » de la conciliation s'appuie sur les textes et projets de texte auxquels l'auteur a pu avoir accès.

² A. Garapon, B. Bernabé, S. Perdriolle, C. Kadri, *La prudence et l'autorité : l'office du juge au XXI^e siècle*, IHEJ, 2013 ; P. Delmas-Goyon, *Le juge du XXI^e siècle, un citoyen acteur, une équipe de justice*, Doc. fr., 2013 ; D. Marshall, *Les juridictions du XXI^e siècle, une institution qui, en améliorant qualité et proximité, s'adapte à l'attente des citoyens, et aux métiers de la justice*, déc. 2013 ; J.-L. Nadal, *Refonder le ministère public, Commission de modernisation de l'action publique*, nov. 2013.

³ Projet de loi relatif à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits, n° 956, Rapp. AN fait par J. Bruhnes, n° 1019, <http://www.assemblée-nationale.fr/rapports/r1019.asp>

⁴ JO Sénat, 5 nov. 2015, compte rendu intégral, Séance du 4 nov. 2015, p. 10335, <http://www.senat.fr/seances/s201511/s20151104/s20151104.pdf>

⁵ La justice du 21^e siècle : 15 actions pour la justice au quotidien, 7^e action, <http://www.justice.gouv.fr/publication/j21-15actions.pdf>

croissante de la société, il s'agit moins d'exclure le juge du règlement des litiges que de rétablir ou renforcer les lieux de socialisation et de régulation en dehors du juge, où une solution sociale peut se construire dans le dialogue⁶. Ces structures intermédiaires qui, autrefois, étaient la famille, l'école, le tissu associatif, les syndicats, sont de nos jours les conciliateurs de justice, les médiateurs et les avocats dans l'exercice de leur activité de conseil en amont du juge. Il s'agit de faire en sorte que les citoyens renouent avec cette démarche, et que le juge n'intervienne plus qu'*ultima ratio* ou ne se voit confier que les affaires relevant d'une décision de magistrat⁷. Même si désengorger les tribunaux est un des bénéfices attendus de l'élargissement du champ de la conciliation, il ne s'agit pas de déjudiciariser puisque les justiciables peuvent toujours accéder au juge. Toujours est-il que la réforme J 21 entend donner une orientation nouvelle à l'office du juge.

Le professeur Boris Bernabé démontre que l'article 21 du code de procédure civile (CPC), qui ne figurait pas dans le code de procédure civile de 1806, a remplacé, en 1975, la conciliation au cœur de l'office du juge et, ainsi, opéré un élargissement de son office : « *La faculté de juger ne s'exerce plus uniquement dans le cadre du litige en décidant à travers un jugement, mais en amont : en choisissant laquelle des deux voies – celle du jugement ou celle de la conciliation – sera la mieux à même de rétablir la paix* »⁸. Or, depuis 1975, les formes du règlement amiable se sont diversifiées ; de la conciliation par le juge lui-même à la conciliation par le conciliateur de justice, de la conciliation à la médiation et à la négociation à l'initiative des avocats dans le cadre de la procédure participative ou de la *collaborative law*. Dans la réforme J 21, ce qui est au cœur de l'office du juge, ce n'est plus la conciliation mais « *l'orientation préalable de l'affaire* », c'est-à-dire « *l'art de sélectionner le mode de résolution des différends le plus approprié* »⁹, entre le jugement ou la conciliation, la conciliation par lui-même ou déléguée à un tiers, la conciliation ou la médiation. Mais, en réalité, cette sélection éclairée parmi les modes de résolution des différends devra être opérée en amont de la saisine du juge par les avocats de demain. Depuis le décret du 11 mars 2015, les personnes en conflit ont en effet un droit à la résolution amiable et, corollairement, les avocats un devoir de la leur proposer et de les aider à la mettre en place.

Dans la période contemporaine, la « *façon* » de conduire la conciliation a évolué avec la formation des magistrats et des conciliateurs de justice, à l'instar des médiateurs, aux techniques d'entretien et l'intégration dans ces formations des développements importants de la psychologie. Le tout aboutit à des pratiques qui s'éloignent résolument de la conciliation traditionnelle, de sorte que les termes médiation et conciliation apparaissent interchangeable¹⁰. Les médiateurs et les conciliateurs se définissent majoritairement selon « *le modèle facilitant* », à savoir créer « *avant tout les conditions favorables d'un dialogue, parfois d'une négociation, en évitant de pousser dans une direction donnée* »¹¹. Dans ce contexte, il n'est pas surprenant que l'inspection générale des services judiciaires (IGSJ), dans son rapport d'avril 2015 sur le développement des modes amiables de règlement des différends, propose de changer la dénomination des

⁶ V. intervention C. Taubira, JO Sénat, séance du 4 nov. 2015, préc., p. 10345.

⁷ V. Intervention C. Taubira, JO Sénat, séance du 4 nov. 2015, préc., p. 10350.

⁸ B. Bernabé, « Les modes amiables de résolution des différends et l'office du juge. La tierce voie », *Revue Justice Actualités*, déc. 2014, n°12, p. 12.

⁹ V. J. A. Mirimanoff, « L'orientation préalable des parties à un différend », *ANWALTS Revue de l'avocat* 1/2010, p. 14.

¹⁰ A. Stimec, « La médiation dans les organisations », *Manuel interdisciplinaire des modes amiables de résolution des conflits*, dir. P. Cecchi-Dimeglio et B. Brenneur, Larcier 2015, pp. 898-899.

¹¹ A. Stimec, art. préc., p. 896.

conciliateurs de justice en « *médiateurs de justice* »¹². Dans le même ordre d'idée, l'article 7 du projet de loi J 21 supprime la faculté jusqu'alors offerte aux tribunaux administratifs et aux cours administratives d'appel de désigner un tiers pour mener la procédure de conciliation et, parallèlement, étend la possibilité de recourir à la médiation administrative aux litiges nationaux, opérant ainsi une distinction entre conciliation et médiation par un critère organique : « *tandis que la conciliation est opérée par le juge, la médiation est opérée par un tiers* »¹³. Pour autant, dans la réforme J 21, la dénomination des « conciliateurs de justice » reste inchangée et le Sénat rétablit, dans le projet de loi adopté le 5 novembre 2015, la faculté de déléguer la mission de conciliation à un tiers, en précisant que ce tiers intervient à titre bénévole. Au-delà, les évolutions législatives récentes, plutôt que de parachever l'uniformisation des régimes juridiques de ces modes amiables, redonnent sens à la distinction entre conciliation et médiation. La conciliation peut être assurée par un juge ou un tiers, telle est la spécificité française de la conciliation que le législateur souhaite maintenir (I) tout en renforçant l'externalisation de la mission de conciliation (II).

I. Volonté législative de maintenir la spécificité française de la conciliation et des conciliateurs de justice

L'ordonnance de transposition de la directive européenne du 21 mai 2008 sur la médiation du 16 novembre 2011¹⁴ a étendu la définition du processus de médiation à la conciliation menée par un conciliateur de justice, et celle du médiateur au conciliateur de justice, qu'il intervienne hors ou au cours de l'instance sur délégation du juge, de sorte que la conciliation de justice suit les règles communes de la médiation. Pour autant, le décret d'application du 20 janvier 2012¹⁵ ne change pas la dénomination des conciliateurs de justice en « *médiateurs* » dans le CPC et le décret du 20 mars 1978, ni ne modifie la mission et le statut du conciliateur de justice. Par ailleurs, il rétablit dans le CPC le livre V consacré à la « *résolution amiable des différends* » hors procès à l'intérieur duquel il maintient deux régimes juridiques distincts, l'un consacré à la médiation conventionnelle, l'autre à la conciliation menée par un conciliateur de justice. Tout tiers autre qu'un conciliateur de justice, fût-il dénommé *conciliateur*, est au sens de l'ordonnance et du décret un *médiateur*. Cette discordance fâcheuse entre la loi et le décret résulte en fait de la spécificité française de la mission conciliatrice du juge confiée à un tiers qui, à la différence de la médiation, doit toujours être gratuite et du statut du conciliateur de justice qui participe au service public de la justice en assurant nécessairement sa mission à titre bénévole et se trouve placé sous le contrôle du ministère de la justice. L'IGSJ, dans son rapport d'avril 2015, propose de parachever l'uniformisation des régimes juridiques de la médiation et de la conciliation de justice en rebaptisant les conciliateurs de justice « *médiateurs de justice* », cette dénomination leur permettant de conserver leur statut spécifique. Or cette proposition n'est pas reprise par le politique qui, au contraire, dans les textes et projets de texte récents, accentue la

¹² Inspection Générale des Services Judiciaires, avril 2015 n° 22-15, *Rapport sur le développement des modes amiables de règlement des différends*.

¹³ Projet de loi portant application des mesures relatives à la justice du XXI^e siècle, Exposé des motifs, NOR : JUSX1515639L/Rose-1, p. 8/66

¹⁴ Ord. n° 2011-1540 du 16 nov. 2011 portant transposition de la directive 2008/52/CE du 21 mai 2008, sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale.

¹⁵ D. n° 2012-66, 20 janv. 2012.

différenciation du régime de la conciliation par rapport à celui de la médiation (A) et renforce la place de la conciliation et le rôle du tiers conciliateur (B).

A. Une différenciation accentuée du régime de la conciliation par rapport à celui de la médiation

Nonobstant le cadre commun aux médiations fixé par l'ordonnance du 16 novembre 2011, le décret du 20 janvier 2012 reconduit les différences de régime juridique entre conciliation de justice et médiation, dénoncées dans le rapport de l'IGSJ : durée de la mission¹⁶, constat d'accord¹⁷, conditions de la demande d'homologation¹⁸, injonction de participer à une séance d'information sur les modes amiables limitée à la conciliation déléguée¹⁹. Le projet de décret *J 21* (sous réserve de son évolution) unifie les textes applicables à la conciliation déléguée et à la médiation judiciaire : la durée de la mission de conciliation déléguée au conciliateur de justice est alignée sur celle de la médiation judiciaire (projet d'article 129-2 CPC : 3 mois renouvelable une fois) ; les conditions de la demande d'homologation d'un accord de conciliation ou de médiation judiciaire sont harmonisées (projets d'articles 131 et 131-12 CPC : saisine du juge en charge de l'affaire par les parties ou la plus diligente d'entre elles) ; l'injonction de rencontrer un conciliateur de justice est étendue au médiateur et généralisée à toutes les juridictions (projet d'article 127-1 CPC). À rebours, le décret du 11 mars 2015 et le projet de loi relatif à l'action de groupe et à l'organisation judiciaire adopté par le Sénat le 5 novembre 2015, réinjectent de la différence entre conciliation et médiation, ce qui renforce la spécificité de la conciliation.

1. Réaffirmation de la gratuité de la mission de conciliation et de l'appellation « conciliateur ».

Il n'est point question dans le projet de réforme de la justice du 21^e siècle de rebaptiser les conciliateurs de justice « *médiateurs de justice* ». C'est certainement parce que le conciliateur de justice exerce sur délégation la mission de conciliation du juge ou en dehors de toute procédure judiciaire celle des anciens juges de paix. Historiquement, cette conciliation est gratuite et les tiers conciliateurs, en charge de cette mission, l'exercent à titre bénévole. Le rapport d'avril 2015 de l'IGSJ fait de cette spécificité « *une des clés du succès du développement de la conciliation judiciaire en France* » qu'il rattache « *à la conception française d'une justice très accessible* »²⁰. C'est la gratuité de la conciliation en droit français qui permet de la différencier de la médiation. La médiation, en tant que prestation de service autonome et extérieure au système judiciaire, représente un coût pour le justiciable ou l'État lorsque les frais sont pris en charge par

¹⁶ 2 mois renouvelable pour le conciliateur (art. 129-2 CPC), 3 mois renouvelable une fois pour le médiateur (art. 131-3 CPC).

¹⁷ Le constat d'accord est signé par le conciliateur de justice et transmis avec la demande d'homologation au juge en charge de l'affaire (art. 130, 833 CPC) alors que le médiateur ni ne signe l'accord des parties ni ne transmet la demande d'homologation mais informe le juge du résultat de la médiation (art. 131-11, 131-12 CPC).

¹⁸ À la demande d'une des parties sauf opposition d'une des parties pour un accord de conciliation conventionnelle, sauf conciliation portant sur un différend transfrontalier où la demande est présentée par l'ensemble des parties ou par l'une d'elles, sur justification du consentement exprès des autres parties (art. 1541 CPC), comme en matière de médiation conventionnelle (art. 1534 CPC).

¹⁹ En dépit de la réunion d'information prévue en matière de médiation familiale (art. 255, 373-2-10 C. civ.).

²⁰ Rapport préc., p. 26.

l'aide juridictionnelle. Généraliser la dénomination « *médiateur* » à tous les tiers investis d'une mission de règlement amiable serait créer de la confusion dans l'esprit des citoyens et rendre peu compréhensible une différence statutaire entre les médiateurs rémunérés et les médiateurs bénévoles, et, tôt ou tard, poser la question du financement de la médiation. D'ailleurs, lors du colloque du 17 juin 2015 au Conseil d'État sur la médiation et la conciliation devant les juridictions administratives²¹, Peter Osten explique que la loi allemande de transposition de la directive *Médiation* du 21 mai 2008 du 21 juillet 2012 a supprimé le juge médiateur mais permis au tribunal de renvoyer les parties à une audience de conciliation devant un autre juge désigné à cet effet qui, en cas d'échec de la conciliation, ne peut pas trancher le litige ; ce juge conciliateur peut utiliser toutes les méthodes de résolution des conflits, y compris la médiation. C'est bien l'idée que le statut de juge ou de conciliateur de justice, tous deux intégrés au système judiciaire, est difficilement conciliable avec la posture du médiateur qui doit rester un tiers indépendant et neutre, extérieur au système judiciaire.

Comment comprendre que les conciliateurs de justice puissent être inscrits sur la liste des médiateurs de la consommation²² ? Suivant le rapport *Constans*²³, les conciliateurs de justice, qui ont déjà une activité conventionnelle importante dans le domaine de la consommation, peuvent être inscrits sur la liste des médiateurs de la consommation, notifiée à la Commission européenne, dès lors qu'ils satisfont aux exigences de qualité requises. Ainsi les petites structures professionnelles qui n'ont pas les moyens de créer une médiation d'entreprise peuvent-elles passer un contrat avec un conciliateur de justice et mettre à disposition de leurs clients consommateurs un dispositif de médiation « *externalisé* ». Cependant, certains premiers présidents s'opposent au cumul des statuts de conciliateur de justice et de médiateur de la consommation dans la mesure où le conciliateur de justice, placé sous le contrôle du ministère de la justice, passerait, en tant que médiateur de la consommation, sous celui de la DGCCRF. Par ailleurs, le caractère bénévole de la mission de conciliateur de justice poserait difficulté puisque d'aucuns pensent qu'en tant que médiateur de la consommation, il devrait être rémunéré par le professionnel. Or, à notre sens, rien dans les textes n'y oblige : l'article L. 152-1 du code de la consommation n'énonce que le principe de la gratuité de la médiation de la consommation pour le consommateur²⁴. Un dispositif gratuit, à la fois pour les consommateurs et les professionnels, serait favorable au développement de la médiation de la consommation lorsque les petites structures professionnelles n'ont pas les moyens de la financer. En tout cas, si ce cumul n'est pas permis, il y aura une scission au sein des conciliateurs de justice puisque certains rejoindront la catégorie des médiateurs de la consommation. Cela risque de diminuer le nombre de conciliateurs de justice déjà jugé insuffisant !

C'est l'attachement à la gratuité du système de conciliation qui conduit le Sénat à rétablir, dans le projet de loi relatif à l'action de groupe et à l'organisation judiciaire, l'article L. 211-4 du code de justice administrative (CJA) qui confère aux chefs de juridiction dans les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel le

²¹<http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Colloques-Seminaires-Conferences/La-mediation-et-la-conciliation-devant-la-juridiction-administrative>

²² Ord. n° 2015-1033, 20 août 2015, relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation, transposant la directive 2013/11/UE du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation, qui définit le statut du médiateur de la consommation.

²³ Rapport du groupe de travail relatif à la médiation et au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation, présidé par E. Constans, mai 2014, p. 5 et 6.

²⁴ À compter du 1^{er} juill. 2016, devenant l'art. L. 612-1 C. cons., ord. n° 2016-301, 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation.

pouvoir de confier une mission de conciliation à un tiers désigné à cet effet, avec l'accord des parties. Le projet de loi J 21, par suite de la généralisation de la médiation administrative à tous les litiges, supprimait l'article L. 221-4 pour, d'une part, mettre fin à une difficulté de concilier le champ d'application de ce texte avec celui de l'ordonnance du 16 novembre 2011 régissant la médiation et, d'autre part, encadrer juridiquement l'activité de ce tiers qui ne peut être qu'un médiateur²⁵. Mais, dénonce le vice-président du Conseil d'État, c'est priver le juge administratif de la possibilité, à l'instar du juge judiciaire, de confier une mission de conciliation à un tiers non rémunéré, alors qu'il y a lieu de maintenir la diversité des outils mis à la disposition du juge et de donner la priorité aux procédures amiables « externalisées »²⁶. Le Sénat rétablit le texte en le complétant d'un alinéa ainsi rédigé : « *Lorsque la mission de conciliation est déléguée à un tiers, les conciliateurs exercent leurs fonctions à titre bénévole* ». C'est bien de nouveau la gratuité de la conciliation qui permet de la différencier de la médiation, « *tout en renforçant l'accessibilité de la procédure de conciliation par un tiers* »²⁷. Il n'empêche que le maintien des deux textes dans le projet de loi, d'un côté l'article L. 211-4 du CJA (conciliation déléguée) et de l'autre l'article L. 771-3 du CJA (médiation), aboutit à ce que lorsque le juge administratif délègue sa mission de conciliation à un tiers, ce tiers conciliateur sort du champ de la directive européenne de 2008. En effet, l'article L. 211-4 couvre tous types de litiges, y compris ceux qui concernent la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique, et s'applique devant le tribunal administratif et la cour administrative d'appel, mais pas devant le Conseil d'État. L'article L. 771-3, généralisé à tous les différends, ne vise que les matières non régaliennes et s'applique devant toutes les juridictions administratives, y compris le Conseil d'État. Il faudrait alors en déduire que, contrairement au médiateur, le tiers conciliateur n'a pas à remplir les exigences d'impartialité, de compétence et de diligence. C'est là souligner l'erreur de l'ordonnance du 16 novembre 2011 d'avoir fait entrer de façon artificielle les tiers conciliateurs désignés par le juge dans la définition et le régime des médiations, contre d'ailleurs l'avis du Conseil d'État dans son étude de 2010²⁸.

La question du coût de la médiation peut être un obstacle dans les contentieux à faible enjeu pécuniaire. Comme la justice administrative est gratuite, il est à craindre que la médiation ne se développe pas pour les petits litiges. La délégation de la mission de conciliation à un tiers non rémunéré ne peut que relancer la pratique de la conciliation devant les juridictions administratives, rare de nos jours, et parfois plus appropriée qu'un jugement.

2. Délégation de la conciliation au conciliateur de justice imposée aux parties.

Le décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 a supprimé l'exigence de l'accord des parties à la délégation de la conciliation aux conciliateurs de justice devant le tribunal d'instance, la juridiction de proximité, le tribunal de commerce et le tribunal paritaire des baux ruraux. La circulaire du 20 mars 2015 énonce que « *dans la mesure où les parties sont d'accord sur le principe de la conciliation, les modalités de cette conciliation doivent être librement décidées par le juge, c'est-à-dire qu'il peut soit procéder directement*

²⁵ V. intervention C. Chadelat, colloque du 17 juin 2015 sur la médiation et la conciliation devant les juridictions administratives, préc.

²⁶ JO Sénat, n° 121, Rapport sur le projet de loi J 21 fait par Y. Détraigne, p. 40.

²⁷ Intervention C. Tasca, JO Sénat, séance 4 nov. 2015, préc., p. 10338.

²⁸ Conseil d'État, *Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne*, Étude, 29 juill. 2010, La Documentation française.

à cette conciliation, soit la déléguer à un conciliateur de justice »²⁹. Sachant qu'« il est impossible pour les magistrats du tribunal d'instance et juges de proximité de pratiquer davantage la conciliation compte tenu de leur charge de travail aux audiences »³⁰, il s'agit ici de stimuler la recherche d'une solution amiable par la voie de la conciliation, si le juge estime qu'elle est plus appropriée qu'un jugement au vu des caractéristiques et des circonstances de l'affaire, en donnant la priorité à des procédures amiables « externalisées ». Les recommandations du groupe de travail constitué en 2014 pour clarifier et harmoniser la pratique des MARD au sein des Tribunaux de commerce sont en ce sens : « La pratique du « juge conciliateur » est possible, mais ne doit pas être privilégiée lorsque les ressources locales en « conciliateurs de justice » présentant le profil requis (...) existent dans le ressort du tribunal »³¹.

Aussi justifiée soit-elle dans le contexte actuel et au regard du statut du conciliateur de justice, la suppression de l'accord des parties à la délégation par le juge de sa mission de conciliation n'en est pas moins contraire aux articles 21 et 22 de la loi du 8 février 1995. Ces textes, qui s'appliquent au conciliateur de justice assimilé à un médiateur (sic), subordonnent la désignation par le juge d'un tiers pour les aider à résoudre à l'amiable leur différend à l'accord des parties (principe de la libre adhésion). C'est souligner derechef que l'application de la loi du 8 février 1995 fixant le régime commun de la médiation à la conciliation de la justice n'est pas adaptée à la spécificité française de la conciliation déléguée.

3. Instauration de la conciliation préalable obligatoire.

Reprenant la proposition n° 31 du rapport de l'IGSJ³², l'article 3 du projet de loi relatif à l'action de groupe et à l'organisation judiciaire rend obligatoire une tentative de conciliation menée par un conciliateur de justice avant la saisine de la juridiction de proximité ou du tribunal d'instance par déclaration au greffe (montant de la demande initiale inférieur à 4000 €). Mme Taubira déclare lors des débats au Sénat que cet article est essentiel pour favoriser la conciliation : « Si on se contente de le dire, sans mettre en place un dispositif incitant les gens à y recourir, nous nous contentons de former un vœu pieux. »³³ Il s'agit de faire sortir du palais de justice le contentieux de masse. On reviendra dans la 2^e partie sur l'économie de ce texte. Concernant l'esprit du dispositif, le rapport de l'IGSJ est pour le moins contradictoire : la mission écarte l'option d'un recours obligatoire à la médiation avant saisine du juge après avoir convenu que cette contrainte est « antinomique avec l'idée même de médiation et de processus amiable et volontaire », mais ne voit pas d'objections à mettre en place pour les litiges de faible montant une conciliation préalable obligatoire menée par les conciliateurs de justice qu'elle propose de rebaptiser « médiateurs de justice »³⁴. C'est convenir que les conciliateurs de justice sont au service d'une justice de proximité et exerce une mission

²⁹ Circ. 20 mars 2015 de présentation du décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile, à la communication électronique et à la résolution amiable des différends, NOR : JUSC1505620C

³⁰ J. Rovinski, Premier vice-président adjoint au TGI de Bordeaux, propos recueillis par M.-P. Bagnéris, « La situation au sein de la juridiction d'instance et de la proximité civile de Bordeaux en matière de résolution amiable des différends », *Revue Justice Actualités* déc. 2014, p. 53.

³¹ Clarification/harmonisation de la pratique des MARD (Modes Amiables de Règlement des Différends) au sein des tribunaux de commerce, juin 2014, p. 9

³² Préconisations de la CCI Paris Ile-de-France : Projet de la loi Justice du 21^{ème} siècle, Réaction de la CCI Paris Ile-de-France, Prise de position, nov. 2015.

³³ JO Sénat, séance 4 nov. 2015, préc., p. 10345.

³⁴ Rapport préc., p. 42.

de service public. Ce n'est pas là le rôle de la médiation. La conciliation de justice est adaptée à tous types de litiges dès lors que l'intérêt en jeu est modeste, de sorte que la conciliation n'a plus à être de libre choix. La médiation, quant à elle, doit rester de libre choix et n'est adaptée qu'à certains types de contentieux, ce qui rend nécessaire une sélection des dossiers par un magistrat, au mieux en amont de la saisine du juge par l'avocat, tel que l'y contraint le décret du 11 mars 2015. Reste que c'est bien la gratuité du dispositif qui rend possible un recours obligatoire à la conciliation de justice avant la saisine du juge. Cette mesure ne remet pas en cause le principe de gratuité de l'accès à la justice auquel les magistrats et les professionnels du droit restent très attachés.

B. Un renforcement de la place de la conciliation et du rôle du tiers conciliateur.

Assurément, le projet de réforme de la justice du 21^e siècle renforce la place de la conciliation au sein des outils mis à la disposition du juge afin d'adapter les réponses à une demande en justice forte et diverse. De là, il élargit et renforce le champ de la conciliation déléguée à un tiers à travers plusieurs mesures.

1. Délégation de la mission de conciliation à un tiers conciliateur devant les juridictions administratives.

Si le pouvoir de concilier a été reconnu aux tribunaux administratifs par une loi du 6 janvier 1986, c'est une loi du 13 décembre 2011 qui a étendu ce pouvoir aux cours administratives d'appel et prévu la possibilité avec l'accord des parties de désigner un tiers pour y procéder. Pour l'heure, déclare le vice-président du Conseil d'État Jean-Marc Sauvé, « dans le code de justice administrative, la conciliation est un instrument peu opérationnel »³⁵. Le juge administratif doit pouvoir continuer à proposer aux justiciables une conciliation, instrument plus souple qui apaise les relations humaines, sans alourdir sa charge de travail et l'éloigner de son « cœur de métier »³⁶. D'autant que le champ de la médiation est plus restreint que celui de la conciliation puisque la médiation s'applique aux différends hors prérogatives de puissance publique. Aussi, dans un contexte marqué par l'inflation du contentieux et la restriction des moyens budgétaires, le développement de la conciliation passe par un renforcement de la procédure de conciliation déléguée à une personne extérieure. Voilà pourquoi, dans le projet de loi relatif à l'action de groupe et à l'organisation judiciaire, le Sénat rétablit à l'article L 211-4 du CJA la possibilité pour le juge administratif de déléguer à un tiers extérieur sa mission de conciliation sous réserve de l'accord des parties. Outre la différence de champ d'application, la fonction de tiers conciliateur est clairement différenciée de celle du tiers médiateur : Le conciliateur est un tiers qui exerce sur délégation la mission de conciliation du juge administratif et, de ce fait, doit être bénévole. Le juge administratif ne pourra pas désigner sur le fondement de l'article L. 211-4 du CJA un médiateur, contrairement à une pratique actuelle. Le texte n'en suscite pas moins des interrogations : Quel est ce tiers conciliateur qui exerce ses fonctions à titre bénévole ? Quel est son statut ? S'agit-il d'étendre à terme aux juridictions administratives l'institution des conciliateurs de justice ? Quel est le régime de la conciliation administrative ? Il convient de fixer « un corpus de règles minimales de procédure » pour encadrer la conciliation et l'intervention du tiers

³⁵ J.-M. Sauvé, Ouverture au colloque « La médiation et la conciliation devant la juridiction administrative » organisé par le Conseil d'État, 17 juin 2015, p. 4.

³⁶ *Ibid.*, pp. 3-4.

conciliateur en matière administrative, énonce le vice-président du Conseil d'État³⁷. Le régime de la médiation administrative défini à l'article L. 771-3 du CJA ne lui est pas applicable³⁸.

2. Généralisation de l'injonction de rencontrer un conciliateur de justice.

L'article 22-1, alinéa 2 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995, créé par l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011, limite l'injonction de rencontrer un conciliateur de justice en vue d'informer les parties sur l'objet et le déroulement de la conciliation aux procédures dans lesquelles il existe une tentative préalable de conciliation prescrite par la loi et aux cas dans lesquels les parties s'opposent à la délégation de la conciliation. Sous le terme de médiateurs (sic), ce texte vise en réalité les conciliateurs de justice, comme l'atteste l'article 129 du CPC³⁹. Dans le cadre de la procédure devant le tribunal d'instance et la juridiction de proximité, il n'est plus fait référence à l'article 845, alinéa 2 du CPC à une injonction mais à une invitation de rencontrer un conciliateur de justice⁴⁰. La circulaire du 24 janvier 2011 précise en effet que « *la conciliation est une démarche volontaire qui ne peut aboutir que lorsque les parties en sont d'accord* », de sorte qu'« *aucune sanction ne peut par ailleurs être liée à un refus* »⁴¹. Il n'y a pas de texte équivalent devant le tribunal de commerce puisque l'article 860-2 du CPC ne prévoit que le pouvoir de déléguer la conciliation au conciliateur de justice. Si l'article 22-1 de la loi du 8 février 1995 est toujours applicable, son champ est plus restreint que l'article 845 du CPC puisque l'injonction est limitée aux cas de tentative préalable de conciliation prescrites par la loi et fait suite au refus par les parties de la délégation. Il n'est donc pas applicable devant le tribunal de commerce puisque n'y est n'organisé aucun préalable de conciliation. L'article 22-1 n'est d'ailleurs plus en accord avec le décret du 11 mars 2015 qui a supprimé l'accord des parties à la délégation par le juge de la conciliation à un conciliateur de justice.

L'article 22 du projet de décret J 21 prévoit d'insérer un article 127-1 ainsi rédigé : « *Le juge peut également, en tout état de la procédure et même sans avoir recueilli l'accord des parties, leur enjoindre de rencontrer un conciliateur de justice ou un médiateur, en vue de les inciter à rechercher une solution amiable à leur litige. Le conciliateur de justice ou le médiateur informe les parties sur l'objet et le déroulement de la mesure et, sauf opposition des parties, procède à une tentative de résolution amiable du litige* ». Le projet de décret J 21, en inscrivant le pouvoir du juge d'enjoindre aux parties de rencontrer un conciliateur de justice dans un texte général, l'étend à toutes les procédures dans lesquelles le juge peut déléguer sa mission de conciliation, y compris devant le tribunal de commerce, et l'ouvre à tout moment de la procédure. Puisqu'il est fait référence à une injonction de rencontrer un conciliateur de justice, le refus des parties peut être sanctionné. Le projet de décret J 21 renforce le pouvoir du conciliateur de justice de concilier les parties en obligeant les parties à se présenter devant lui afin de les inciter à résoudre à l'amiable leur différend. Si l'article 127-1 du CPC devait être créé, l'article 845 CPC ne pourrait pas être maintenu dans sa rédaction actuelle. L'article 21 du projet de décret J21 prévoit l'abrogation de l'alinéa 2 de l'article 22-1 de la loi du 8

³⁷ *Ibid.*, pp. 5-6.

³⁸ V. art. 4, IV, du projet de loi relatif à l'action de groupe et à l'organisation judiciaire

³⁹ Reprise de l'ancien art. 21, L. 8 févr. 1995, avant modification par l'ord. 16 nov. 2011.

⁴⁰ L'article 845 CPC est applicable devant le tribunal paritaire des baux ruraux (art. 882 CPC).

⁴¹ Circ. 24 janv. 2011 relative à la présentation du décret n° 2010-1165 du 1^{er} oct. 2010 relatif à la conciliation et à la procédure orale en matière civile, commerciale et sociale (BOMJL n° 2011-2, 28 févr. 2011).

février 1995. Si la loi relative à l'action de groupe et l'organisation judiciaire devait être définitivement adoptée, ce texte devrait être abrogé par une loi car le projet de loi prévoit la ratification de l'ordonnance du 16 novembre 2011.

3. Extension du pouvoir de délégation de la conciliation à la matière prud'homale.

La loi *Macron* du 6 août 2015⁴² a étendu la procédure participative et le régime de la médiation conventionnelle aux différends en matière prud'homale afin de favoriser la résolution amiable des différends en amont de la saisine du juge avec l'ambition de désengorger les conseils de prud'hommes et réduire les délais de procédure. En effet, l'État a été condamné à plusieurs reprises pour délai déraisonnable de la procédure prud'homale. En dépit du faible taux de conciliation (de l'ordre de 5 %), la loi *Macron* renforce la mission conciliatrice obligatoire des conseils de prud'hommes pour lui redonner sa pleine efficacité. La dispense de conciliation ou de médiation préalable le cas échéant prévue en cas d'échec de la procédure participative est écartée concernant les litiges en matière prud'homale⁴³. Mais, comme cela a été dénoncé, « aucune véritable action conciliatrice ne peut être menée par le conseil de prud'hommes si (...) le bureau de conciliation ne peut consacrer que quelques minutes à chaque affaire en raison de l'encombrement des rôles, avec des parties défaillantes ou manifestement dénuées de toute volonté de recherche d'un accord »⁴⁴. Restaurer la mission conciliatrice passe aussi par la mise à disposition de la juridiction prud'homale d'outils de conciliation et de médiation, comme cela existe déjà en matière civile, afin qu'un temps approprié soit consacré à la recherche d'un accord amiable. Le rapport *Lacabarats* préconise le recours à un mode de règlement amiable des conflits extérieur à la juridiction prud'homale⁴⁵. Aussi le premier projet de décret relatif à la justice prud'homale et au traitement judiciaire du contentieux du travail⁴⁶ comporte-t-il un article R. 1471-1 du code du travail qui prévoit que le bureau de conciliation et d'orientation (BCO) peut déléguer à un conciliateur de justice la tentative préalable de conciliation ou, avec l'accord des parties, désigner un médiateur. Selon le rapport *Lacabarats*, ces tiers devront être des personnes spécialement qualifiées en droit du travail, tels des anciens inspecteurs du travail. Le projet d'article R. 1471-2 du code du travail généralise en conséquence le pouvoir d'homologation du BCO aux accords issus des modes amiables de résolution des différends extérieurs à la juridiction. C'est certainement pour répondre au constat d'une absence de volonté conciliatrice que le premier projet d'article R. 1471-1, prévoit que le BCO peut enjoindre aux parties de rencontrer un conciliateur de justice ou un médiateur qui les informe sur l'objet et le déroulement de la procédure. Le premier projet de décret fait donc entrer dans l'office du BCO d'évaluer la situation et, le cas échéant, de choisir le mode de règlement le plus adapté à l'espèce⁴⁷. Le BCO ne devrait recourir à un tiers extérieur que lorsque la nature du litige le justifie, sachant que ce tiers pourra y consacrer un temps plus important et les négociations s'opèreront dans un cadre

⁴² L. n° 2015-990 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

⁴³ V. D. Baugard, « La procédure participative et la médiation conventionnelle en matière prud'homale », *Cahiers sociaux*, 1^{er} déc. 2015, n° 280, p. 665.

⁴⁴ A. Lacabarats, « La réforme de la procédure en droit du travail », *Procédures* n° 3, 2015, étude 2, n° 6.

⁴⁵ Rapport A Lacabarats, *L'avenir des juridictions du travail : vers un tribunal prud'homal du XXI^e siècle*, juill. 2014, p. 67.

⁴⁶ Projet de décret relatif à la justice prud'homale et au traitement judiciaire du contentieux du travail, NOR :JUSC1509239D

⁴⁷ Rapport Lacabarats, préc., p. 67.

confidentiel⁴⁸. Il n'est pas exclu que l'intégration de procédures amiables « externalisées » vise à permettre au BCO de dégager du temps afin de remplir ses nouvelles missions et tenir les nouveaux délais instaurés par la loi *Macron*⁴⁹. Reste que le syndicat de la magistrature est hostile à l'externalisation de la mission de conciliation, qu'il estime contraire d'abord à l'objectif de la loi *Macron* de renforcer le rôle et l'autorité du BCO mieux placé pour pratiquer la conciliation, ensuite à la nature et la finalité du droit du travail irrigué par un ordre public de protection et, enfin, au principe de gratuité de la justice singulièrement en matière de litiges sociaux⁵⁰. Et le conseil de la prud'homie ainsi que les organisations syndicales, jugeant ces « déclinaisons » de la loi « inacceptables » et « incompréhensibles », ont finalement obtenu de la Chancellerie que le possible renvoi de dossiers du BCO vers le conciliateur de justice disparaisse du projet d'article R. 1471-1 du code du travail⁵¹. Cette réécriture du texte est à notre sens regrettable car elle limite les possibilités pour le BCO d'externaliser la résolution amiable. L'on sait que le coût la médiation, seule possibilité ouverte dans le projet de décret, peut constituer un obstacle à l'externalisation de la mission de conciliation.

4. Maintien de l'option conciliation-médiation.

En dépit d'une définition commune à la conciliation de justice et à la médiation et d'une uniformisation des régimes juridiques de la conciliation déléguée et de la médiation judiciaire par le projet de décret *J 21*, la réforme de la justice du 21^e siècle maintient l'option conciliateur de justice-médiateur. Il revient donc au juge de déterminer laquelle, de la médiation ou de la conciliation de justice, est la plus appropriée au différend qui oppose les parties, comme de décider s'il concilie lui-même ou renvoie à un tiers, conciliateur ou médiateur, lorsque cette option est ouverte. En effet, l'article 129-1 du CPC exige qu'« une disposition particulière » prévoie la possibilité pour le juge de déléguer sa mission de conciliation à un conciliateur de justice. À ce jour, cette délégation n'est prévue qu'en première instance devant le tribunal d'instance, la juridiction de proximité, le tribunal de commerce et le tribunal paritaire des baux ruraux. En revanche, tout juge peut désigner un médiateur.

Comment choisir entre concilier ou médier ? La réponse à cette question n'est pas simple. Peut-on retenir comme critère le mode d'emploi ? Pas vraiment. S'il n'existe pas une façon unique de conduire une conciliation ou une médiation, la comparaison entre la médiation traditionnelle et la conciliation traditionnelle paraît aujourd'hui désuète. Certains magistrats conciliateurs, à l'instar des juges consulaires, et les conciliateurs de justice ont recours aux outils de la médiation et aident les parties à trouver *elles-mêmes* des solutions en dehors de l'objet du litige, de sorte qu'ils pratiquent « la nouvelle conciliation judiciaire » (i.e. la conciliation avec les outils de la médiation)⁵² et s'éloignent résolument de la conciliation traditionnelle. Ces conciliateurs se définissent

⁴⁸ A. Lacabarats, art. préc., n° 10-11.

⁴⁹ V. sur les difficultés de mise en œuvre des nouvelles dispositions relatives au BCO : K. Hamoudi, « Brèves observations sur le bureau de conciliation et d'orientation, Regard d'un avocat « pro-salarié » », *Cahiers sociaux*, 1^{er} déc. 2015, n° 280, p. 660 ; A. Roy interviewé par D. Baugard, « Réforme de l'organisation des conseils de prud'hommes : l'avis de deux conseillers prud'hommes », *Cahiers sociaux*, 1^{er} déc. 2015, n° 280, p. 656.

⁵⁰ Observations du Syndicat de la magistrature sur le projet de décret relatif à la justice prud'homale et au traitement judiciaire du contentieux du travail, 20 oct. 2015.

⁵¹ V. Prud'hommes : les décrets d'application de la loi Macron dévoilés par le service juridique – CFDT https://www.cfdt.fr/portail/le-carnet-juridique/fil-d-actualites/prud-hommes-les-decrets-d-application-de-la-loi-macron-devoiles-srv1_317866

⁵² V. sur la nouvelle conciliation judiciaire, J. Mirimanoff, art. préc., p. 19.

selon « *le modèle facilitant* » et, en cas d'échec, s'interdisent d'intervenir d'une façon directe ou indirecte dans l'affaire⁵³. C'est dire que sous l'effet de la professionnalisation de la conciliation (formation des conciliateurs, suivi des pratiques), les pratiques de conciliation évoluent vers de la médiation et l'on va dans le sens de processus plus homogènes⁵⁴.

Si le juge ne concilie pas lui-même et estime plus opportun de renvoyer à un tiers (temps approprié, confidentialité, ne tranche pas le litige en cas d'échec, posture de tiers extérieur au conflit), le choix entre conciliation de justice et médiation, lorsqu'il est ouvert, se fera essentiellement suivant l'enjeu du différend et le statut du tiers. Comme le propose le rapport du groupe de travail au sein des tribunaux de commerce, « *un différend où l'enjeu est faible et/ou limité relève, a priori, de la conciliation... au regard de la gratuité de celle-ci* »⁵⁵. En pareille circonstance, le coût de la médiation pour le justiciable pourrait le dissuader de donner son accord à la désignation d'un médiateur. Pour les autres types de différends, le statut du tiers peut peser sur le choix du juge et des parties selon ce même rapport : le conciliateur de justice est un auxiliaire de justice qui assure une mission de service public au sein du tribunal alors que le médiateur est extérieur au tribunal, si bien que la parenthèse « *médiation* » relève de la « *sphère privée* » que les parties pourraient souhaiter préserver. Ces critères qui paraissent tout à fait pertinents à notre époque impliquent une généralisation de la conciliation de justice à toutes les juridictions, en première instance et en appel. Cela permettrait au juge, qui ne peut pas ou ne veut pas concilier lui-même, de désigner dans les affaires où l'enjeu est faible et/ou limité un conciliateur de justice dès lors que les frais d'une médiation ne sont pas pris en charge par l'aide juridictionnelle. D'ailleurs, dans les dossiers où les parties ont des revenus modestes, plusieurs chambres de la cour d'appel de Paris et certains tribunaux de grande instance du ressort ont déjà confié à des conciliateurs de justice une mesure de médiation à titre gratuit⁵⁶. Cette pratique pourrait être reprise par un décret.

Au final, la spécificité française de la conciliation déléguée à un tiers et le statut du conciliateur de justice/tiers conciliateur s'opposent à une assimilation du tiers conciliateur à un médiateur et à une application à la conciliation du régime de la médiation. Puisqu'il a été fait le choix de maintenir les deux fonctions distinctes de conciliateur de justice/tiers conciliateur et de médiateur, tout en accentuant sur ce qui fait leur essence les différences, il y a urgence à bâtir pour la conciliation un régime distinct de celui de la médiation, afin de rendre plus lisible pour les justiciables cette distinction⁵⁷.

⁵³ En ce sens, les règles garantes de la qualité de « juge conciliateur » au tribunal de commerce : Clarification/harmonisation de la pratique des MARD au sein des Tribunaux de Commerce, préc., p. 8, p. 14 : « *En aucun cas, (le juge conciliateur) ne participe directement ou indirectement à la poursuite de l'instruction de l'affaire* ».

⁵⁴ A. Stimec, art. préc., p. 906. Cet auteur remarque d'ailleurs que la conciliation prud'homale, conciliation empirique, est plutôt déclinante et n'a en général pas connu l'effet d'apprentissage/différenciation de la conciliation traditionnelle vers à la médiation contemporaine (p. 902).

⁵⁵ Clarification/harmonisation de la pratique des MARD au sein des Tribunaux de Commerce, préc., p. 6.

⁵⁶ C. Arens, N. Fricero, « Le rôle moteur de la cour d'appel de Paris dans le développement de la conciliation judiciaire et de la conciliation de justice », *Gaz. Pal.* 1^{er} mars 2016, n° 9, p. 15.

⁵⁷ V. en ce sens, préconisations de la CCI Ile-de-France, préc., p. 12.

II. Volonté législative de renforcer l'externalisation de la mission de conciliation

Dans les scénarios de réforme de la justice du 21^e siècle⁵⁸, une réflexion est engagée sur le cadre procédural des dispositifs de conciliation et de médiation : « *doivent-ils exister en amont de la saisine du juge ou coexister avec les procédures de jugement ? Faut-il une phase préliminaire obligatoire de conciliation ou de médiation ?* » Deux directions sont résolument prises : d'une part, développer les procédures de conciliation conventionnelle intervenant en amont de la saisine du juge afin de ne soumettre au juge que les affaires nécessitant une décision de justice et, d'autre part, externaliser les procédures de conciliation nécessaires dans un cadre judiciaire afin de libérer si besoin le juge de sa fonction conciliatrice. La présentation du projet de loi *J 21* en Conseil des ministres le 31 juillet 2015 éclaire sur les intentions du législateur : sous le titre « *les juridictions recentrées sur leur cœur de compétence* », il est indiqué que « *pour les petits litiges du quotidien, la tentative de conciliation devient obligatoire dans un double intérêt : recentrer les juridictions sur leur cœur de compétence et restaurer le dialogue social* »⁵⁹. Est-ce à dire que la mission de conciliation n'est plus au cœur de la compétence des juridictions ? On ne peut pas exclure, comme cela a été dénoncé, que le projet de réforme de la justice du 21^e siècle ait pour ambition de réduire le « *périmètre d'intervention du juge* » dans un contexte de pénurie de magistrats et de greffiers et de désengorger un système judiciaire aux prises avec des difficultés de fonctionnement⁶⁰. Il n'empêche que la construction d'une offre préalable de conciliation (A) répond à une demande du justiciable. Une enquête sur les opinions des Français sur la justice diligentée en 2013 par le ministère révèle que deux tiers de la population estiment qu'il faut d'abord rechercher un compromis ou une solution négociée plutôt que d'aller directement devant le juge⁶¹. La priorité donnée à la conciliation externe à la juridiction, s'accompagne d'un recul corrélatif de la fonction conciliatrice du juge (B) et implique de moderniser le statut des conciliateurs de justice (C).

A. Construction d'une offre préalable de conciliation

Le projet de loi *J 21*, rebaptisé par le Sénat projet de loi relatif à l'action de groupe et à l'organisation judiciaire, s'inscrit dans le projet global de faire progresser en France la culture de la résolution amiable des différends. Rien de nouveau : la loi du 18 décembre 1998 relative à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits appelait déjà de ses vœux le « *réflexe non-contentieux* » en acclimatant en France « *la culture du compromis* »⁶². En dépit de la diversification des mécanismes de résolution d'un conflit, de la place faite aux modes amiables dans le CPC et de la valorisation de l'activité de conseil et de négociation dans la profession d'avocat, le changement de culture attendu n'opère pas. Du coup, le décret du 11 mars 2015 exige désormais que l'acte de saisine d'une juridiction de première instance précise les diligences précédemment accomplies en vue de parvenir à la résolution amiable du litige⁶³. Cette avancée procédurale, à

⁵⁸ http://www.justice.gouv.fr/publication/j21scenarios_reforme.pdf

⁵⁹ http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet_Loi_ReformeJ21-270715-A4.pdf

⁶⁰ M.-J. Ody, « Le juge du 21^e siècle : un souffle qui n'évitera pas l'asphyxie. A propos du rapport Delmas-Goyon », *Gaz. Pal.* 11 mars 2014, n° 70, p. 21.

⁶¹ L. Cretin, « L'opinion des Français sur la justice », INFOSTAT JUSTICE, janv. 2014, n° 125, p. 4, http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_infostat125_20140122.pdf

⁶² Projet de loi relatif à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits, n° 956, <http://www.assemblée-nationale.fr/projets/p10956.asp>

⁶³ V. art. 56 et 58 CPC, al. pénultième créé à compter du 1^{er} avril 2015 par D. n° 2015-282, 11 mars 2015.

première vue, manque d'ambition puisque la règle, qui peut être écartée sur justification d'un motif légitime, n'a pas de caractère contraignant et ne précise pas la nature des diligences⁶⁴. En réalité, l'intention des rédacteurs du décret est d'inciter le justiciable à favoriser la recherche d'une solution amiable en amont de la saisine du juge, tout en préservant la libre adhésion au règlement amiable. Il s'agit de renverser la perspective : la négociation doit être un réflexe préalable au procès, y compris pour l'avocat. On peut rapprocher cette règle de l'article 1^{er} dans le Livre I du nouveau code de procédure civile québécois, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2016, qui dispose que « *les parties doivent considérer le recours aux modes privés de prévention et de règlement de leur différend avant de s'adresser aux tribunaux* », même s'il est indiqué à l'article 2 que « *les parties qui s'engagent dans une procédure de prévention et de règlement des différends le font volontairement* ». Le législateur québécois n'a pas prévu de sanctions spécifiques en cas de non-respect de cette obligation. Les personnes n'en devront pas moins démontrer au juge qu'elles ont considéré le recours aux modes PRD si leur différend est soumis aux tribunaux et le juge devra s'assurer qu'elles ont rempli leurs obligations.

Parmi les outils mis à la disposition des parties pour tenter une résolution amiable de leur différend à un stade pré-contentieux, la conciliation revêt une place de choix pour les petits litiges du quotidien ou le contentieux de masse puisque le projet de loi impose carrément une tentative préalable de conciliation à peine d'irrecevabilité de la demande en justice. Que l'amiable précède le contentieux devant le tribunal d'instance et la juridiction de proximité n'est pas en soi nouveau puisque les textes y organisent déjà un préalable de conciliation ; ce qui est nouveau, c'est que son caractère obligatoire est déplacé à un stade pré-contentieux. Outre l'instauration d'une conciliation préalable obligatoire, d'autres mesures sont prévues pour étayer cette offre préalable de conciliation.

1. Instauration de la conciliation préalable obligatoire par le conciliateur de justice.

Le projet de loi relatif à l'action de groupe et à l'organisation judiciaire, adopté par le Sénat le 5 novembre 2015, comporte un article 3 qui prévoit qu'« *à peine d'irrecevabilité que le juge peut relever d'office, la saisine de la juridiction de proximité ou du tribunal d'instance selon les modalités prévues à l'article 843 du code de procédure civile doit être précédée d'une tentative de conciliation menée par un conciliateur de justice, sauf : 1° Si l'une des parties au moins sollicite l'homologation d'un accord ; 2° Si les parties justifient d'autres diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable de leur litige ; 3° Si l'absence de recours à la conciliation est justifiée par un motif légitime ; 4° Si cette tentative de conciliation risque, compte tenu des délais dans lesquels elle est susceptible d'intervenir, de porter atteinte au droit des intéressés d'avoir accès au juge dans un délai raisonnable* ».

La rédaction du projet d'article 3 est calquée sur celle de l'article 15 de la loi du 13 décembre 2011 qui a instauré à titre expérimental la tentative de médiation familiale préalable obligatoire pour les demandes tendant à modifier les dispositions relatives à l'autorité parentale et à la pension alimentaire⁶⁵ : la conciliation préalable est exigée à peine d'irrecevabilité, le relevé d'office de la fin de non-recevoir est facultatif, le principe est assorti des mêmes exceptions pour garantir l'accès au juge. Néanmoins, la voie de la

⁶⁴ V. pour un regard critique, S. Amrani-Mekki, « L'ambition procédurale du décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 », *Gaz. Pal.* 16 juin 2015, n° 167, p. 3, T. Clay, *D.* 2015, 2588.

⁶⁵ L. n° 2011-1862, 13 déc. 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures, art. 15.

conciliation de justice ne s'impose pas aux parties : il est prévu une dispense de conciliation préalable pour les parties qui justifient d'autres diligences en vue de parvenir à une résolution amiable de leur litige, lesquelles devront de toute façon être mentionnées dans la demande en justice (art. 58 CPC). À défaut de limiter la dispense à la tentative de démarche amiable devant un conciliateur de justice ou un médiateur, comme le propose l'IGSJ⁶⁶, le terme de « diligences » renvoie à l'un quelconque des autres modes amiables de résolution des différends (médiation, procédure participative, négociation directe par l'intermédiaire des avocats). La jurisprudence exigera certainement des diligences d'une consistance plus solide que celles imposées par le décret du 11 mars 2015 puisqu'elles conditionnent la recevabilité de la demande en justice. Voilà pourquoi une dispense de conciliation préalable est également prévue lorsque l'une des parties au moins sollicite l'homologation d'un accord issu de l'un des modes amiables. Sur ce point, malgré la correction apportée par un amendement présenté par le rapporteur Détraigne adopté par le Sénat, qui substitue à la sollicitation conjointe de l'homologation une demande unilatérale⁶⁷, le texte reste inexact. L'homologation est en effet prévue par divers textes qui diffèrent dans leurs conditions : la demande d'homologation d'un accord de médiation est présentée au juge par requête de « l'ensemble des parties (...) ou de l'une d'elles, avec l'accord exprès de l'autre » (art. 1534 CPC), celle d'un accord issu d'une transaction ou d'une procédure participative à la requête « de la partie la plus diligente ou de l'ensemble des parties » (art. 1557, 1567 CPC) et, enfin, celle d'un accord issu d'une conciliation de justice par requête « d'une des parties à moins que l'une d'elles s'oppose à l'homologation dans l'acte constatant son accord » (art. 1541 CPC). À défaut d'unification des textes, proposée d'ailleurs par l'IGSJ⁶⁸, le texte doit renvoyer aux modalités prévues par ces différents textes. On peut regretter que le texte qui oblige les parties à s'engager dans une procédure de conciliation n'encadre pas la façon dont les parties doivent se comporter. L'article 2 du nouveau CPC québécois pourrait inspirer le législateur français : « Les parties qui s'engagent dans une procédure de prévention et de règlement des différends (...) sont alors tenues d'y participer de bonne foi, de faire preuve de transparence l'une envers l'autre, à l'égard notamment de l'information qu'elles détiennent, et de coopérer activement dans la recherche d'une solution et, le cas échéant, dans l'élaboration et l'application d'un protocole préjudiciaire (...) ».

Le Conseil d'État, dans un avis du 30 juillet 2015⁶⁹, juge que les exceptions prévues par le dispositif permettent de le rendre compatible avec le principe constitutionnel et conventionnel de l'accès effectif au juge. D'ailleurs, la Cour de justice de l'Union européenne, dans un arrêt du 18 mars 2010, considère que l'obligation de tenter une conciliation préalable est licite si « elle n'aboutit pas à une décision contraignante pour les parties, n'entraîne pas de retard substantiel, pour l'introduction d'un recours juridictionnel, suspend la prescription des droits concernés et ne génère pas de frais, ou des frais peu importants, pour les parties, pour autant toutefois que la voie électronique ne constitue pas l'unique moyen d'accès à ladite procédure de conciliation et que des mesures provisoires sont envisageables dans les cas exceptionnels où l'urgence

⁶⁶ Rapport préc., pp. 43-44.

⁶⁷ Art. 3, projet de loi J 21, amendement n° Com-25, 24 oct. 2015, présenté par M. Détraigne, http://www.senat.fr/amendements/commissions/2014-2015/661/jeu_complet.html
Critique du texte initial, S. Amrani-Mekki, « L'avocat du 21^e siècle. – Projet J21, procédure participative et acte de procédure d'avocats », JCP G 2015, 1052.

⁶⁸ Rapport préc., pp. 36-37.

⁶⁹ Conseil d'État, ass. Gén., sect. Intérieur, avis sur un projet de loi portant application des mesures relatives à la justice du XXI^e siècle, séance 30 juill. 2015, NOR : JUSX1515639L

*l'impose (...) »*⁷⁰. La tentative de conciliation préalable obligatoire ne porte pas atteinte au droit à un recours effectif au juge dans l'Union européenne puisque les conditions visées par l'arrêt sont respectées : liberté des parties d'aboutir à un accord, gratuité du dispositif, suspension de la prescription par la conciliation (C. civ., art. 2238 qui n'est pas applicable au délai de forclusion)⁷¹, maintien de l'accès direct au juge en cas de motif légitime lié à l'urgence ou de risque de saisine du juge dans un délai déraisonnable. En outre, la Cour européenne des droits de l'homme, saisie de la conformité à l'article 6 § 1 de la convention européenne des droits de l'homme (CEDH) de l'obligation légale de tenter une résolution amiable avant la saisine du juge à peine d'irrecevabilité de la demande, admet dans un arrêt du 26 mars 2015 que la restriction à l'accès au juge poursuit un but légitime lorsqu'il s'agit « *d'assurer des économies pour le service de la justice et d'ouvrir la possibilité pour les parties de résoudre leur différend sans l'intervention des tribunaux* » et considère que cette restriction n'est pas disproportionnée dès lors que le processus amiable interrompt le cours de la prescription et n'empêche pas la saisine par les requérants du juge en cas d'échec⁷². L'article 3 du projet de loi peut être jugé conforme à l'article 6 § 1 de la CEDH.

Concernant les litiges de la consommation qui constituent une part importante de l'activité conventionnelle des conciliateurs de justice, l'article 3 du projet de loi paraît contradictoire avec l'article L. 152-4 du code de la consommation, créé par l'ordonnance du 20 août 2015, qui interdit « *toute clause ou convention obligeant le consommateur, en cas de litige, à recourir obligatoirement à une médiation préalable à la saisine du juge* »⁷³. On peut mettre en doute la philosophie du texte qui rend plus difficile la saisine du juge alors que l'objectif de la création de la médiation de la consommation et de l'action de groupe dans ce domaine est de pallier l'absence d'action en justice pour les petits litiges et rendre effective la protection des droits les plus vulnérables. Il est également difficile de concilier l'article L. 152-4 avec le décret du 11 mars 2015 qui oblige les parties à passer par un mode amiable avant de saisir le juge, voire les incite à prévoir dans leurs contrats des clauses de médiation ou de conciliation afin de respecter cette nouvelle obligation. C'est dire que la réforme est menée sur plusieurs fronts sans vision d'ensemble ni mise en cohérence des textes.

Ne serait-il pas utile de supprimer la procédure de tentative préalable de conciliation prévue par les articles 830 à 836 du CPC qui, très peu usitée, perd en pertinence⁷⁴ ? En effet, la proposition du rapport de l'IGSJ de prévoir un préalable obligatoire de conciliation, reprise par l'article 3 du projet de loi, fait suite au constat que l'essentiel des saisines du conciliateur de justice sont d'origine conventionnelle (93 % de l'ensemble des demandes de conciliation), lesquelles, en constante augmentation, concernent surtout des petits litiges relevant de la sphère de compétence du tribunal d'instance. On peut néanmoins douter de l'efficacité d'un tel dispositif quand les bilans montrent que la pratique de la double convocation et des audiences « *de premier appel* » en présence des conciliateurs de justice ont des résultats positifs en raison du « *meilleur choix des dossiers* »⁷⁵. Or la généralisation pour les petits litiges du préalable de conciliation obligatoire devant le conciliateur de justice, sur le seul critère de la valeur

⁷⁰ CJUE, 18 mars 2010, aff. C-317/08, C-318/08, C-319/08, C-320/08.

⁷¹ V. Cass. civ.3^e, 3 juin 2015, n° 14-15.796, au sujet de l'art. 2239 C. civ.

⁷² CEDH, 26 mars 2015, n° 11239/11, Momcilovic c/Croatie, *Procéd.* n° 5, 2015, comm. 159, N. Fricero.

⁷³ À compter du 1^{er} juill. 2016, art. L. 612-4 C. cons.

⁷⁴ V. en ce sens, C. M. Courtau, « Conciliateur de justice et justice de proximité : une fusion nécessaire ? », <http://www.village-justice.com/articles/conciliateur-justice-juge,19238.html>

⁷⁵ V. J. Rovinski, propos recueillis par M.-P. Bagnéris, art. préc., p. 53.

du litige, supprime toute présélection des dossiers et retire au juge le pouvoir d'apprécier, au vu des caractéristiques et des circonstances de l'affaire, si une solution amiable est plus appropriée qu'un jugement. L'on ne peut s'empêcher d'y voir l'ambition de désengorger les juridictions et de réduire la charge de travail des juges.

2. Diffusion d'une culture de la résolution amiable hors du cadre judiciaire

En vue de rapprocher la justice du citoyen, l'article 1^{er} II 1^o du projet de loi relatif à l'action de groupe et à l'organisation judiciaire modifie l'article 54 de la loi du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique afin d'étendre les missions du Conseil départemental de l'accès au droit (CDAD) à la mise en œuvre d'une politique locale de résolution amiable des différends et de favoriser les actions communes entre les CDAD pour assurer une plus grande efficacité à la politique locale d'accès au droit. Le 2^o modifie l'article 55 pour ajouter parmi les membres de droit du CDAD une association œuvrant dans le domaine de l'accès au droit, de l'aide aux victimes ou de la médiation. Le sénateur Jean-Pierre Sueur s'étonne qu'un représentant des conciliateurs ne figure pas parmi les membres du CDAD alors qu'il s'agit de favoriser l'accès au droit et que le projet de loi renforce la place des conciliateurs de justice en rendant obligatoire pour les petits litiges le passage devant le conciliateur de justice avant de saisir le juge. D'ailleurs, les conciliateurs de justice, en dehors du cadre judiciaire, reconnaissent eux-mêmes être consultés à toute autre fin que la conciliation pour avoir un conseil, une information. Ces consultations sont presque à égalité avec le nombre de saisines de conciliation⁷⁶. Il convient de rappeler que, dès le début de son fonctionnement, l'institution des conciliateurs répond davantage à un besoin de renseignement juridique des personnes qui ne sont pas en conflit avec les tiers qu'à un besoin de conciliation⁷⁷. Un conciliateur de justice a toute sa place dans le CDAD dont la mission est de favoriser l'accès au droit. Or l'amendement du sénateur Sueur tendant à désigner en tant que membre du CDAD un représentant des conciliateurs de justice du département est rejeté en raison d'un risque de perte de capacité de décision lié au nombre des membres et, surtout, de l'absence d'associations de conciliateurs de justice dans certains départements. Selon un sénateur, la souplesse du dispositif permet aux CDAD de s'organiser en fonction des réalités du territoire et d'ouvrir ces conseils aux associations de conciliateurs de justice du département. En tout cas, si la réflexion sur la place de conciliation de justice au sein des CDAD doit être mûrie, les conciliateurs doivent s'organiser en association dans chaque département.

3. Extension de l'aide juridictionnelle.

En vue d'inciter les avocats à engager leurs clients dans un processus de médiation, loi du 29 décembre 2015 de finances pour 2016 étend l'aide juridictionnelle à l'aide à la médiation⁷⁸. S'agissant de la médiation judiciaire, l'article 64-5, alinéa 1 de la loi du 10 juillet 1991 prévoit que « *l'avocat qui assiste une partie bénéficiaire de l'aide juridictionnelle dans le cadre d'une médiation ordonnée par le juge a droit à une rétribution* ». Concernant la médiation conventionnelle, l'alinéa 2 indique que « *lorsque le juge est saisi aux fins d'homologation d'un accord intervenu à l'issue d'une médiation qu'il n'a pas ordonnée, une rétribution est due à l'avocat qui a assisté une partie éligible à l'aide juridictionnelle* ». Les modalités pratiques de cet article seront définies par décret en conseil d'État qui, ajoute l'alinéa 3, définira « *également les conditions dans lesquelles une*

⁷⁶ A. Auric, P. Julien, T. Ledjournon, La conciliation de justice, « Un enjeu majeur de la société », *Revue Justice Actualités*, n° 12, déc. 2014, pp. 37-38.

⁷⁷ A. Jobert, P. Rozenblatt, *Le rôle du conciliateur et ses relations avec la justice*, Paris, 1981, p. 41 et s.

⁷⁸ L. n° 2015-1785, 29 déc. 2015 de finances pour 2016.

partie éligible à l'aide juridictionnelle peut obtenir la prise en charge d'une part de la rétribution due au médiateur », sans distinguer suivant que la médiation est judiciaire ou conventionnelle. Le législateur prend conscience que la médiation peine à s'imposer en France et que « *(son) renforcement suppose résolue la difficile question de (son) financement* »⁷⁹. D'ailleurs, Mme Taubira, interpellée à ce sujet lors des débats sur le projet de loi J 21, convient que l'aide juridictionnelle doit « *être mobilisée en amont afin de permettre aux avocats d'exercer un rôle de conseil juridique en évaluant la demande en justice pour décider, in fine, s'il est nécessaire d'engager une procédure judiciaire* »⁸⁰. La loi de finances pour 2016, en mobilisant l'aide juridictionnelle, donne une base législative au rôle de l'avocat en tant que conseil d'une partie en médiation, même en dehors d'une procédure judiciaire. Pour l'heure, l'article 90 du décret du 19 décembre 1991, portant application de la loi du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique, prévoit depuis un décret du 23 décembre 2004 la contribution de l'État à la rétribution des avocats qui assiste une personne bénéficiaire de l'aide juridictionnelle totale dans le cadre d'une médiation ordonnée par le juge et limite cette contribution à certaines procédures relevant du droit des personnes (divorce, instances devant le JAF).

Pourquoi avoir limité cette mesure à la médiation ? Le rapport de l'IGSJ indique que « *s'agissant des conciliations judiciaires, les avocats déplorent l'absence de prise en charge de ce processus par l'aide juridictionnelle* »⁸¹, à plus forte raison pour les conciliations extrajudiciaires devant le conciliateur de justice que le projet de loi rend obligatoire pour les petits litiges avant de saisir le juge. Certes, les conciliateurs de justice, contrairement aux médiateurs, doivent justifier d'une expérience juridique et sont autorisés à informer les parties sur leurs droits. Mais cela ne dispense pas une partie d'être assistée de son avocat pendant le déroulement de la conciliation. Une telle mesure permettrait de dépasser la réticence des avocats à engager leurs clients dans un processus de conciliation et de développer la conciliation.

B. Recul de la fonction conciliatrice du juge

Alors que l'article 21 du CPC a replacé la conciliation « *au cœur de l'office du juge* »⁸² en disposant qu'« *il entre dans la mission du juge de concilier les parties* », le juge est aujourd'hui invité à donner la priorité aux procédures amiables « *externalisées* » afin de se recentrer sur ses missions juridictionnelles. La conciliation par le juge doit devenir subsidiaire. La tentation de désengorger les juridictions par une redéfinition du périmètre juridictionnel n'en est pas la seule raison. Il y a en effet toute une réflexion contemporaine sur la posture du juge conciliateur qui conduit à affecter certains juges à la conciliation pour séparer cette fonction de la fonction de jugement.

1. Séparation des fonctions de conciliation et de jugement

Dans son exposé des motifs devant le corps législatif, Jean-Baptiste Treilhard annonce que « *le but de la conciliation est une transaction* »⁸³. Le juge conciliateur met en œuvre une pratique transactionnelle qui conduit les parties à trouver un accommodement sur la base de leurs prétentions initiales. Ce sont les fameuses

⁷⁹ M.-J. Ody, art. préc., p. 21.

⁸⁰ Intervention C. Taubira, JO Sénat, séance 4 nov. 2015, préc., p. 10334.

⁸¹ Rapport de l'Inspection Générale des Services Judiciaire sur le développement des modes amiables de règlement des différends, avril 2015, p. 28.

⁸² B. Bernabé, art. préc., p. 13

⁸³ Cité par L. Cadiet, Droit judiciaire privé, Litec, 3^e éd., 2000, n° 924 note 286.

concessions réciproques que le projet de la loi relatif à l'action de groupe et à l'organisation judiciaire inscrit dans le texte de l'article 2044 du Code civil qui définit la transaction (Projet de loi, art. 6). Des auteurs doutent que le juge soit bien placé pour concilier puisqu'à défaut d'y parvenir, il jugera l'affaire avec en mémoire l'attitude et les dires des parties en séance de conciliation. Du coup, les parties pourraient craindre de trop en dire au risque de desservir une argumentation future. Sensible à ces mises en garde⁸⁴, le législateur incite le juge à déléguer le pouvoir de concilier au conciliateur de justice dans la loi du 8 février 1995.

Parallèlement, l'intégration des avancées en psychologie dans l'expérience de conciliation aboutit à des pratiques qui s'éloignent résolument de la conciliation traditionnelle et évoluent vers la médiation⁸⁵. La pratique de la conciliation au tribunal de commerce de Paris est sur ce point exemplaire. Dès l'introduction de l'instance, il est opéré une sélection des dossiers et, pour les affaires éligibles à la conciliation, les parties sont invitées à rencontrer un juge conciliateur qui est un autre juge que celui en charge de l'instruction de l'affaire. Dans un souci d'efficacité, la conciliation par le juge doit se dérouler dans un cadre confidentiel. Le juge conciliateur présente toutes les garanties d'un tiers indépendant et impartial dès lors qu'en cas d'échec de la conciliation, il ne peut plus intervenir dans l'affaire. Dans la proposition de code de déontologie des « juges conciliateurs » au tribunal de commerce établie à partir du code national de déontologie du médiateur, le conciliateur est qualifié de « tiers facilitateur »⁸⁶. Cette pratique de la conciliation s'apparente à la « nouvelle conciliation judiciaire », à savoir la conciliation avec les outils de la médiation. Elle conduit à une séparation nette des fonctions de conciliation et de jugement. Ce principe de séparation des fonctions répond aussi à une nécessité pratique. Sous l'influence de la médiation, l'exercice de la fonction de conciliation suppose aujourd'hui des qualités personnelles appropriées et une formation spécifique. Cependant, cette pratique demande de mobiliser des juges pour la conciliation. Cette pratique de la conciliation peut-elle être généralisée à toutes les juridictions dans « un cadre de pénurie de magistrats » et « d'un accroissement des tâches des magistrats »⁸⁷ ?

La spécialisation de conseillers prud'hommes à la conciliation est prévue par l'article R. 1454-7 du code du travail, réécrit par le projet de décret relatif à la justice prud'homale : « *Le bureau de conciliation et d'orientation est composé d'un conseiller prud'homme salarié et d'un conseiller prud'homme employeur. Sauf lorsqu'il affecte certains conseillers prud'hommes à ce bureau, le règlement particulier de chaque section établit un roulement entre tous les conseillers prud'hommes salariés et employeurs.* » Ce texte laisse entendre qu'un règlement intérieur pourra non seulement spécialiser des conseillers prud'hommes à la conciliation mais aussi les cantonner exclusivement à cette fonction. Interrogée par le Conseil supérieur de la prud'homie, la Chancellerie a affirmé que seule la spécialisation était visée et non une quelconque (possible) affectation exclusive de certains conseillers prud'hommes à la conciliation⁸⁸. En tout cas, dans un cadre de pénurie des magistrats, le principe de séparation des fonctions renforce la nécessité de déléguer la fonction de conciliation à un tiers conciliateur qui, ne jugeant

⁸⁴ Rapport AN fait par M. Porcher, JO, rapport, 1994, n° 1427, spéc. tome II, p. 12 et s.

⁸⁵ A. Stimec, art. préc., p. 898, p. 902.

⁸⁶ Clarification/harmonisation de la pratique des MARD (Modes Amiables de Règlement des Différends) au sein des tribunaux de commerce, juin 2014, p. 12 et s.

⁸⁷ Que dénonce M.-J. Ody, art. préc.

⁸⁸ V. Prud'hommes : les décrets d'application de la loi Macron dévoilés par le service juridique – CFDT https://www.cfdt.fr/portail/le-carnet-juridique/fil-d-actualites/prud-hommes-les-decrets-d-application-de-la-loi-macron-devoiles-srv1_317866

pas l'affaire et tenu à la confidentialité, remplit pleinement les critères de tiers indépendant et impartial.

2. Subsidiarité de la conciliation par le juge

Le renforcement de l'« amont » du juge, par l'obligation faite aux parties de recourir au préalable à un mode amiable (décret du 11 mars 2015) ou à la conciliation de justice (projet de loi), vise à rendre subsidiaire la conciliation par le juge. L'article 127 du CPC, issu du décret du 11 mars 2015, est ambigu à deux égards. D'une part, une interprétation littérale du texte pourrait conduire à penser que le juge ne peut proposer une mesure de conciliation que « *s'il n'est pas justifié, lors de l'introduction de l'instance et conformément aux dispositions des articles 56 et 58, des diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable de leur litige* ». Autrement dit, la mise en œuvre d'un mode amiable en amont priverait en aval le juge de sa faculté de tenter une conciliation puisqu'à défaut de résolution amiable, il lui reviendrait de trancher exclusivement le litige. Une telle lecture du texte serait contraire à l'article 128 du CPC, reproduisant le contenu de l'ancien article 127, qui lui reconnaît une telle faculté. Pour autant, c'est bien là le but du législateur au vu des propos de Mme Taubira lors des débats sur le projet de loi J 21 : « *Nous voulons faire en sorte que le juge ne soit saisi que des éléments de conflit réel. Aujourd'hui, le juge reçoit toute la masse du contentieux, alors qu'on ne devrait logiquement lui confier que les affaires relevant véritablement d'une décision de magistrat* »⁸⁹. D'autre part, la formule « *proposer une mesure de conciliation ou de médiateur* » met le juge en position si nécessaire de renvoyer à un tiers, conciliateur de justice ou médiateur. En tout cas, lorsque l'une des exceptions à la tentative obligatoire de règlement amiable prévues par les textes s'applique, c'est le juge qui peut ou doit concilier lui-même, suivant que la conciliation est ou non obligatoire, sauf à déléguer cette mission au conciliateur de justice.

Paradoxalement, ce renversement de perspective se retrouve en matière prud'homale. Le projet de décret relatif à la justice prud'homale modifie les modalités de saisine du conseil de prud'hommes : il est envisagé que la demande en justice soit « *formée soit par une requête, soit par la présentation volontaire des parties devant le bureau de conciliation et d'orientation* » (projet, C. trav., art. R. 1452-1). Le remplacement de la « *demande* » prévue par l'article R. 1452-1 du code du travail actuel par la « *requête* » n'est pas une modification mineure. En effet, le projet d'article R. 1452-2 prévoit que cette requête doit comporter notamment les mentions prescrites par l'article 58 du CPC, c'est-à-dire les mentions propres à la requête ou à la déclaration ; ce qui suppose, depuis le décret du 11 mars 2015, l'obligation que la requête indique les diligences précédemment accomplies pour tenter de résoudre à l'amiable le litige, quel que soit le mode amiable mis en œuvre. Quel sera le contenu du préalable de conciliation devant le conseil de prud'hommes si les parties ont déjà tenté un règlement amiable de leur litige en amont ? Selon l'étude d'impact du projet de loi pour la croissance et l'activité, l'extension de la procédure participative et de la médiation conventionnelle aux différends individuels du travail vise à donner « *toutes ses chances à la conciliation* » par l'ouverture de la « *palette des dispositifs pour permettre une conciliation* » ; il s'agit « *de fournir aux parties un cadre procédural adapté afin qu'elles soient incitées à tenter de résoudre à l'amiable leur litige* », ce qui permettra au conseil de prud'hommes « *de n'avoir à juger que les dossiers les plus contentieux qui n'ont pu être résolus à l'amiable* »⁹⁰.

⁸⁹ Intervention C. Taubira, JO Sénat, séance 4 nov. 2015, préc., p. 10350.

⁹⁰ Projet de loi pour la croissance et l'activité, Etude d'impact, tome 1, NOR : EINX1426821L/Bleue-1, 10 déc. 2014.

L'obligation de tenter un règlement amiable avant la saisine du juge prud'homal peut sembler surprenante alors que la Cour de cassation a jugé, dans un arrêt du 5 décembre 2012, « *qu'en raison de l'existence en matière prud'homale d'une procédure de conciliation préliminaire et obligatoire, une clause du contrat de travail qui institue une procédure de conciliation en cas de litige survenant à l'occasion de ce contrat n'empêche pas les parties de saisir directement le juge prud'homal de leur différend* »⁹¹. Quand bien même cette règle ne serait pas à ce jour sanctionnée, elle tempère le caractère obligatoire de l'étape de conciliation préalable devant le juge prud'homal.

L'incitation à recourir à un mode amiable avant la saisine du juge peut sembler paradoxale par rapport à l'objectif de la loi *Macron* qui vise à renforcer l'efficacité de la mission conciliatrice du BCO. D'abord, le nouvel article L. 1454-1 du code du travail réaffirme dans la loi qu'il entre dans la mission du BCO « *de concilier les parties* ». La loi ajoute que « *le bureau de conciliation et d'orientation peut entendre chacune des parties séparément et dans la confidentialité* », reprenant une proposition du Groupement Européen des Magistrats pour la Médiation (GEMME). Les conseillers prud'hommes qui siègeront devant le BCO pourront désormais s'affranchir de la règle du contradictoire en entendant séparément chacune des parties et devront respecter la confidentialité de ce qui aura été dit devant eux. Si « *l'alternance de réunions séparées et communes permet aux parties de progresser* » et peut faciliter la conciliation, un avocat doute que « *les conseillers prud'hommes, sur qui repose le recours à ces auditions séparées, s'en saisissent avec beaucoup d'appétit vu le surcroît de temps que représenterait cette initiative dans des audiences déjà très chargées* »⁹². Le renvoi des dossiers du BCO vers le conciliateur de justice prévu dans le premier projet de décret aurait permis de donner à cette nouvelle règle toute son utilité pratique. Ensuite, comme le préconise le rapport *Lacabarats*, le projet de décret relatif à la justice prud'homale revalorise l'étape de conciliation en mettant à la disposition du BCO les moyens nécessaires à une véritable action conciliatrice. Il prévoit que la requête introductive d'instance doit contenir un « *exposé sommaire de ses demandes* », être accompagnée des pièces invoquées, à récapituler sur un « *bordereau* » (projet réécrit, art. R. 1452-2 CT), lesquelles pièces doivent être communiquées au défendeur et déposées au greffe avant l'audience (projet, art. R. 1452-3 CT) ; ce qui permet au BCO de préparer l'audience de conciliation, d'apprécier si le litige se prête à une tentative de conciliation et, le cas échéant, désigner un médiateur ou d'enjoindre aux parties de le rencontrer. Le projet de décret supprime l'obligation de comparution personnelle des parties (projet, art. R. 1453-1 CT) pour remédier à l'absence fréquente du défendeur (généralement l'employeur) et permettre au BCO de tenter une conciliation même si l'une des parties, ou les deux, est ou sont représentées par un avocat⁹³. Au contraire, d'aucuns estiment que cette suppression est contraire à l'objectif de favoriser au maximum la conciliation⁹⁴. Cela laisse aussi la possibilité au

⁹¹ Soc. 5 déc. 2012, n° 11-20.004

⁹² J. Martinez, « Le bureau de conciliation et d'orientation : polémiques et réalités », *Cahiers sociaux*, 1^{er} déc. 2015, n° 280, p. 662 ; sur l'utilité de ces auditions séparées, A. Roy, « Réforme de l'organisation des conseils de prud'hommes : l'avis de deux conseillers prud'homaux », *Cahiers sociaux*, 1^{er} déc. 2015, n° 280, p. 656.

⁹³ A. Lacabarats, art. préc. La Cour de cassation a rappelé à plusieurs reprises que l'avocat n'a pas à justifier d'un mandat spécial l'autorisant à concilier en l'absence du mandant (v. Soc. 10 juin 2015, n° 14-11814), règle reprise dans le projet d'article R. 1453-2 C. trav.

⁹⁴ Observations du syndicat de la magistrature sur le projet de décret relatif à la justice prud'homale et au traitement judiciaire du contentieux du travail, 20 oct. 2015, Prud'hommes : les décrets d'application de la loi Macron dévoilés par le service juridique – CFDT, préc., D. Baugard, « Présentation sommaire de quelques dispositions du premier projet de décret relatif à la réforme de la procédure prud'homale », préc.

BCO « de renvoyer à une audience spécifique de conciliation les affaires pour lesquelles il estime qu'une négociation entre les parties est possible ou apparaît opportune »⁹⁵, et ordonner la comparution personnelle des parties. Cette suppression ne permet-elle pas de réserver la présence effective des parties elles-mêmes aux situations dans lesquelles le juge estime qu'un règlement amiable est possible (comparution personnelle, injonction) ? N'est-ce pas rompre avec l'automatisme de la tentative de conciliation pour la réserver aux litiges qui s'y prêtent ?

3. Incitation faite au juge de déléguer sa mission de conciliation à un tiers

Si le taux de conciliation de la juridiction prud'homale est faible, celui des autres juridictions n'est guère plus élevé. En 2014, le taux de conciliation des conciliateurs de justice est en moyenne de 58 % pour 118 294 dossiers traités par 1894 conciliateurs. Ces chiffres sont encourageants pour la conciliation de justice. Dans ces conditions, l'on peut s'étonner que les missions de conciliation déléguées par un juge ne représentent que 7 % de l'activité des conciliateurs de justice dans l'année. En effet, souligne un conciliateur de justice, la conciliation déléguée par le juge « *reste encore tributaire de la motivation des juges pour recourir à la conciliation sur délégation, de la présence des conciliateurs et de leur volonté de s'engager dans une relation de confiance avec le juge* »⁹⁶. Jacques Poumarède, dans son article « *la conciliation, la mal-aimée des juges* », revient sur l'histoire de la conciliation pour rendre compte de la désaffection dont elle a fait l'objet et la méfiance des juges à l'égard des « conciliateurs » depuis leur création début 1977⁹⁷. Néanmoins, les conciliateurs de justice sont de plus en plus nombreux à être saisis de missions de conciliation sur délégation des juges d'instance ou de proximité, soit dans le cadre de la double convocation, soit au cours des audiences. Les tribunaux de commerce commencent à mettre en place la conciliation déléguée. Mais, devant les tribunaux paritaires des baux ruraux, il n'existait pas fin 2014 de projet⁹⁸. Le rapport de l'IGSJ d'avril 2015 propose en tout cas de généraliser la pratique de la double convocation sous réserve de son automatiser par l'outil informatique afin de ne pas alourdir la charge de travail des greffes⁹⁹.

La faveur actuelle aux MARD, portée par les travaux sur la justice du 21^e siècle, laisse-t-elle encore au juge le loisir de boudier la conciliation de justice ? Il paraît difficile pour les juges de pratiquer davantage la conciliation dans le contexte actuel caractérisé par un manque de juges, de personnel et de moyens alloués par l'État ainsi qu'un accroissement des missions confiées au juge judiciaire par les projets actuels de réforme¹⁰⁰. Par ailleurs, devant certaines juridictions, la mise en œuvre de la conciliation judiciaire déléguée, sur la base des pratiques de la double convocation et de la présence du conciliateur à l'audience dit de « premier appel » avec un choix des dossiers à déléguer, fait ressortir une progression sensible dans les résultats obtenus. Il reste que le développement de la conciliation de justice, sur délégation du juge ou en amont de la saisine du juge, implique de revoir le statut des conciliateurs de justice « *pour en faire des partenaires plus proches et plus visibles de la justice* »¹⁰¹.

⁹⁵ A. Lacabarats, art. préc.

⁹⁶ E. Parnaudeau, « Un conciliateur de campagne », *Revue Justice Actualités*, n° 12, 2014, p. 51.

⁹⁷ J. Poumarède, « La conciliation, la mal-aimée des juges », *Les cahiers de la justice*, 2013/1, p. 125.

⁹⁸ Sur ces chiffres, A. Auric, P. Julien, T. Lebiouron, art. préc., pp. 37-39.

⁹⁹ V. Rapport préc., proposition n° 32, p. 43.

¹⁰⁰ V. Union syndicale des magistrats, observations auprès de D. Robillard du 4 févr. 2016 à propos du projet de décret relatif à la justice prud'homale et au traitement judiciaire du contentieux du travail, qui indique que plus de 1100 emplois de magistrats manquent dans les juridictions.

¹⁰¹ J. Rovinski, propos recueillis par M.-P. Bagnéris, art. préc., p. 53.

C. Révision du statut des conciliateurs de justice en marche

Jacques Poumarède, dans son étude sus-évoquée, montre que l'extension progressive du champ d'intervention des conciliateurs de justice s'est traduite par une évolution de leur cadre statutaire, fixé par un décret du 20 mars 1978 modifié à plusieurs reprises. Le statut des conciliateurs de justice est aujourd'hui jugé ancien et inadapté à l'évolution de leur fonction¹⁰². Leur fonction n'est plus limitée à des différends de faible importance relevant normalement des tribunaux d'instance (litiges de voisinage, litiges locatifs, litiges de consommation, exécution des contrats, etc.) puisqu'ils peuvent connaître de litiges importants, comme ceux relevant de la compétence du tribunal de commerce. Par ailleurs, dans l'étude d'impact du projet de loi *J 21*, il est fait état du nombre insuffisant de conciliateurs de justice sur le territoire national. Les conciliateurs de justice n'ont donc pas les moyens d'absorber avec les effectifs actuels un développement de leur activité et, en particulier, la réforme rendant obligatoire la conciliation de justice pour les petits litiges du quotidien avant saisine du juge. Le besoin supplémentaire est estimé dans l'étude d'impact à un tiers, soit 600 conciliateurs de justice¹⁰³. Or il est difficile de recruter davantage de conciliateurs de justice en l'état. Certaines cours d'appel rencontrent déjà des difficultés de recrutement et de renouvellement des conciliateurs de justice, rapporte l'IGSJ¹⁰⁴. Voilà pourquoi une évolution du statut des conciliateurs de justice est à l'étude à la Chancellerie. Jean-Marie Le Guen, secrétaire d'État auprès du Premier ministre, lors de la séance du Sénat du 27 octobre 2015 sur le projet de loi de finances pour 2016, révèle les axes de cette réforme : *« Afin d'affermir leur place au sein de l'institution, il est prévu de leur donner l'opportunité de participer aux Conseils de juridiction, au plan local, et de siéger au Conseil national de l'accès au droit et à la justice au plan national. Le processus de leur recrutement sera confié à des magistrats coordonnateurs des tribunaux d'instance afin de raccourcir les délais d'instruction des candidatures. Le bénévolat des conciliateurs de justice ne doit pas pour autant générer des frais pour les conciliateurs. C'est pourquoi, outre les dépenses de fonctionnement, sont également pris en charge leurs frais de déplacement. Il est envisagé un doublement des dépenses de fonctionnement (frais de téléphone, d'affranchissement postal, etc.) actuellement forfaitarisées à 232 € par an »*¹⁰⁵.

Dans l'immédiat, il s'agit de rendre plus attractif le statut de conciliateur de justice pour susciter des candidatures (meilleure prise en charge des frais de fonctionnement, simplification et accélération de la procédure de nomination en confiant l'instruction des dossiers de candidatures au magistrat coordonnateur du ou des tribunaux d'instance avant transmission au premier président de la cour d'appel) et de renforcer leur place au sein de l'institution judiciaire, notamment en intégrant des représentants des conciliateurs de justice du ressort dans les conseils de juridiction, en cours d'expérimentation depuis février 2015. Ces conseils de juridiction, créés auprès des cours d'appel et des tribunaux de grande instance et composés de magistrats, partenaires de la justice et acteurs de la société civile, sont chargés de réfléchir sur *« des problématiques transversales »* telles que l'aide juridictionnelle, l'accès au droit, l'accès à

¹⁰² C. M. Courtau, « Conciliateur de justice et justice de proximité : une fusion nécessaire ? », art. préc.

¹⁰³ Étude d'impact, Projet de loi portant application des mesures relatives à la justice du XXI^e siècle, NOR :JUSX1815639L, 31 juill. 2015, p. 10.

¹⁰⁴ Rapport préc., p. 27.

¹⁰⁵ JO Sénat, 28 oct. 2015, compte rendu intégral, séance 27 oct. 2015, p. 9937, <http://www.senat.fr/seances/s201510/s20151027/s20151027.pdf>

la justice, la conciliation, la médiation et l'aide aux victimes ; sont exclus de leurs champs de compétence toutes les questions relatives à l'activité juridictionnelle et l'organisation de la juridiction¹⁰⁶. En outre, un projet de décret relatif au Conseil national de l'accès au droit et à la justice prévoit que « *six représentants de fédération, associations nationales ou association œuvrant en matière de conciliation et de médiation choisies par le garde des sceaux, ministre de la justice* » pourront siéger au sein de ce Conseil. Cette opportunité est importante quand on sait que ce même projet de décret charge notamment ce Conseil « *de formuler des recommandations, des avis et de proposer aux pouvoirs publics toutes mesures propres à améliorer les dispositifs de conciliation et de médiation* ».

Si la réforme envisagée du statut des conciliateurs de justice reprend certaines des propositions du rapport de l'IGSJ d'avril 2015, il n'est pas fait état de la proposition n° 2 de rendre obligatoire la formation initiale et continue des conciliateurs de justice. À l'ENM, depuis sa création en 2009, le département des formations professionnelles spécialisées organise des sessions de formation de conciliateurs de justice sur toute la France. Mais ces formations ENM ne sont pas obligatoires¹⁰⁷. D'autres propositions ont été formalisées dans les travaux sur la justice du 21^e siècle : élargir la compétence des conciliateurs de justice aux ressorts du tribunal d'instance, de façon à couvrir tous les cantons et permettre de faire appel le cas échéant au conciliateur le plus qualifié en fonction de la nature et l'objet du litige (proposition n° 14 du rapport *Delmas-Goyon*) ; fusionner les fonctions de « juges de proximité » et « conciliateurs de justice » pour créer un « conciliateur-juge de proximité » chargé des conciliations judiciaires déléguées et disposant d'un pouvoir d'homologation des accords issus des conciliations qu'il a lui-même menées, ce qui permettrait de pallier un recrutement insuffisant des conciliateurs de justice. Cette dernière proposition qui aboutirait à faire exercer par les conciliateurs de justice des fonctions juridictionnelles impliquerait non seulement de revoir la liste des incompatibilités¹⁰⁸ mais surtout de les faire sortir du cadre restrictif du bénévolat. Or si les conciliateurs de justice sont favorables à une évolution de leur statut afin de l'adapter à la réalité de leur activité en plein essor, ils restent dans l'ensemble attachés à leur mission en tant que bénévole. Là réside la « spécificité française » des conciliateurs de justice qu'il convient à mon sens de préserver, sinon ce serait revenir sur l'histoire de la création des conciliateurs de justice...

¹⁰⁶ Proposition n° 5 des 15 actions de la justice du 21^e siècle, <http://www.justice.gouv.fr/publication/j21-15actions.pdf>

¹⁰⁷ E. Parnaudeau, un conciliateur de campagne, art. préc., P. 51.

¹⁰⁸ D. n° 78-381, 20 mars 1978, art. 2, al. 3 : « *Ne peuvent être chargés des fonctions de conciliateur de justice les officiers publics et ministériels et les personnes qui exercent, à quelque titre que ce soit, des activités judiciaires ou qui participent au fonctionnement du service de la justice. Toutefois, les fonctions de conciliateur de justice ne sont pas incompatibles avec celles de suppléant de juge d'instance.* »