



HAL
open science

La conciliation en contentieux judiciaire

Loïc Pelissier

► **To cite this version:**

| Loïc Pelissier. La conciliation en contentieux judiciaire. Droit. 2017. dumas-01654570

HAL Id: dumas-01654570

<https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-01654570v1>

Submitted on 4 Dec 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

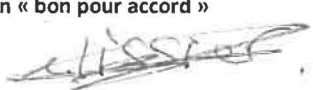
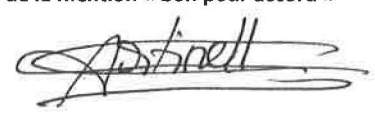
**Master 2 Personnes et Procès spécialité
Contentieux judiciaire**

La conciliation en contentieux judiciaire

**Mémoire de recherche réalisé par Loïc PELISSIER
Sous la direction du Maître de conférence Xavier AGOSTINELLI**

Année universitaire 2016 – 2017

**AUTORISATION DE DIFFUSION ÉLECTRONIQUE
D'UN TRAVAIL UNIVERSITAIRE DE NIVEAU MASTER
(Mémoires/Rapports de stage)**

<p style="text-align: right;">ÉTUDIANT(E)</p> <p>Je soussigné(e) <u>PELISSIER Loïc</u></p> <p>Courriel pérenne : <u>loic_pelissier@yahoo.fr</u></p> <p>Titre du mémoire/rapport de stage : <u>la conciliation en contentieux judiciaire</u></p> <p>AUTORISE la diffusion de mon mémoire/rapport de stage (Choisir une seule option)</p> <p><input checked="" type="checkbox"/> sur internet (base DUMAS) : uniquement pour les Masters 2</p> <p><input checked="" type="checkbox"/> sur intranet</p> <p>JE CERTIFIE QUE :</p> <ul style="list-style-type: none">➤ responsable du contenu de mon mémoire, je ne diffuserai pas d'éléments non libres de droit ou qui pourraient porter atteinte au respect de la vie privée.➤ conformément à la loi "Informatique et libertés" du 6 janvier 1978 modifiée en 2004, je pourrai à tout moment demander la rectification de mes données personnelles ou modifier l'autorisation de diffusion que j'ai donnée par l'envoi d'une simple lettre ou un courriel au service documentaire de mon UFR.➤ je renonce à toute rémunération pour la diffusion effectuée dans les conditions précisées ci-dessus.➤ j'agis en l'absence de toute contrainte. <p style="text-align: right;">Fait à <u>Lavaur</u>, le <u>12-06-17</u></p> <p style="text-align: center;">Signature précédée de la mention « bon pour accord »</p> <p style="text-align: center;"><u>bon pour accord</u> </p>
<p style="text-align: center;">AVIS DU JURY DE SOUTENANCE DU MÉMOIRE/RAPPORT DE STAGE</p> <p>Je soussigné(e) <u>X. AGO FINEU</u>, président du jury du mémoire précité, porte un</p> <p><input checked="" type="checkbox"/> AVIS FAVORABLE à la diffusion dans les conditions établies par l'auteur</p> <p><input type="checkbox"/> AVIS FAVORABLE par dérogation à la diffusion sur internet (note inférieure à 14)</p> <p><input type="checkbox"/> AVIS DEFAVORABLE</p> <p style="text-align: right;">Fait à <u>Toulon</u>, le <u>29/06/17</u></p> <p style="text-align: center;">Signature précédée de la mention « bon pour accord »</p> <p style="text-align: center;"><u>Bon pour accord</u> </p>
<p style="text-align: center;">AVIS DE L'ETABLISSEMENT OU DE L'ENTREPRISE (à remplir uniquement pour les rapports de stage)</p> <p>Je soussigné(e), exerçant les fonctions de, au sein de l'entreprise..... porte un</p> <p><input type="checkbox"/> AVIS FAVORABLE à la diffusion dans les conditions établies par l'auteur.</p> <p><input type="checkbox"/> AVIS DEFAVORABLE</p> <p style="text-align: right;">Fait à, le.....</p> <p style="text-align: center;">Signature précédée de la mention « bon pour accord »</p>

Engagement de non plagiat.

Je soussigné, Loïc PEÜSSIER

N° carte d'étudiant : 216 04 324

Déclare avoir pris connaissance de la charte des examens et notamment du paragraphe spécifique au plagiat.

Je suis pleinement conscient(e) que le plagiat de documents ou d'une partie de document publiés sous quelques formes que ce soit (ouvrages, publications, rapports d'étudiant, internet etc...) constitue une violation des droits d'auteur ainsi qu'une fraude caractérisée.

En conséquence, je m'engage à citer toutes les sources que j'ai utilisées pour produire et écrire ce document.

Fait le LAVANT - le 12 juin 2017

Signature(s)



Ce document doit être inséré en première page de tous les rapports, dossiers et/ou mémoires.

Remerciements,

**Au Maître de conférence Xavier AGOSTINELLI,
pour sa sympathie, sa passion, son accessibilité.**

**Au Professeur Lionel MINIATO,
Pour la principale source de motivation qu'il m'a donnée.**

**Au Professeur Loïc STEFFAN,
pour l'aide qu'il m'a apportée sur les question d'économie.**

**À Nolwenn DUCOS,
pour l'aide qu'elle m'a apportée sur les questions de psychologie.**

**À Céline VANHAECKE, Chantal PELISSIER, Caroline VAYR, Lisa SERRE,
Pour la relecture et le soutien mutuel.**

**À la promotion du M2 contentieux judiciaire Toulon 2016/2017,
Pour chacun de ses membres, la très bonne ambiance lors de cette année et le plaisir que
j'avais à me lever tous les matins.**

Sommaire :

Remerciements	p 3
Introduction	p 6
Partie 1 : Les convergences et divergences des critères objectifs de la conciliation	p 25
Section 1 : La diversité des organes chargés de la conciliation	p 28
A- Typologie des organes de conciliation, de leur statut et leurs formations.....	p 28
B- L'existence de plusieurs schémas de mise en œuvre de la conciliation.....	p 37
Section 2 : Les « principes directeurs » de la conciliation	p 42
A- Les principes directeurs du procès civil face à la conciliation	p 42
B- Les attributions de l'organe conciliateur	p 52
Partie 2 : Les convergences et divergences des critères subjectifs de la conciliation	p 64
Section 1 : la difficile sérénité d'une conciliation dans un état de mise en péril des droits subjectifs	p 66
A – La libre négociation et sérénité du déroulement du dialogue de conciliation	p 66
B- La sanction en cas d'échec de la conciliation : le jugement	p 75
Section 2 : L'évolution et l'avenir de la conciliation dans son dispositif et son idéologie	p 83
A- L'échec de la conciliation face à la réussite d'autres modèles d'accords amiables	p 84
B – Évolutions de l'aboutissement recherché dans une conciliation.....	p 90
C- Quelles évolutions souhaitables pour la conciliation ?.....	p 95
Bibliographie	p 98

Aristote, Éthique à Nicomaque, Livre V chapitre IV : « *Dans la personne du juge, on cherche un tiers impartial et quelques-uns appellent les juges des arbitres ou des médiateurs, voulant signifier par-là que, quand on aura trouvé l'homme du juste milieu, on parviendra à obtenir justice* »

Introduction

« *Le procès est un mode anormal de résolution des conflits* »¹

Dans le langage juridique, le règlement amiable d'un litige rime avec un mode « alternatif » du règlement du litige. Pourtant, les auteurs s'entendent pour dire que le procès civil est un accident. En effet, Henri MOTULSKY décrivait les rapports entre les droits des individus comme en harmonie et le procès civil ferait suite à un bouleversement de cette harmonie, en vue de la rétablir.² De plus, dans les mœurs françaises, élever un litige au rang juridique, c'est-à-dire agir en justice est assez inhabituel et apparaît comme un dernier recours. Contrairement aux mœurs nord-américaines où agir en justice, est bien plus ancré dans les mentalités.

Ainsi, en tant que dernier recours, le déclenchement d'une action, « *l'action, c'est le droit lui-même mis en mouvement, le droit subjectif à l'état de guerre* »³ ne viendrait que postérieurement aux tentatives de dialogue et de résolution extra-judiciaire. Ainsi, le terme « alternatif » serait un contre-pied et une mauvaise rime du caractère « amiable » du règlement d'un litige.

Selon ce postulat, les modes amiables de règlement des litiges interviendraient exclusivement en dehors de toute instance judiciaire. Ce n'est cependant pas le cas en pratique. Si l'on se place dans l'hypothèse où un procès est intenté uniquement lorsque le règlement amiable a été impossible, pourquoi le législateur encourage-t-il tant les « modes alternatifs », pourquoi en dresse-t-il une typologie, voire, pourquoi en donne-t-il une définition ?

En effet, les modes alternatifs de règlement des conflits occupent une part importante et constamment croissante dans le droit positif. (notamment la directive européenne du 21 mai 2008⁴, la directive du parlement et du conseil européen du 21 mai 2013 relative aux règlements extrajudiciaires des litiges de consommation, à l'insertion, dans le Code de procédure civile (CPC), du nouveau livre V sur la résolution amiable des règlements.⁵ Le Décret du 11 mars 2015⁶ relatif à la simplification de la procédure civile à la communication électronique et à la résolution amiable

1 Thomas CLAY : Transaction et autres contrats relatifs aux litiges, sous la direction de B. MALLET-BRICOUT et C. NOURISSAT, Dalloz 200, p 13

2 Jean FOYER, préface au Droit processuel d'Henry MOTULSKY, Les cours de droit, 1973, Textes Réunis par M. CAPEL.

3 DEMOLOMBE, cité par Henry MOTULSKY "le droit subjectif et l'action en justice" p3

4 Dir. 2008/52 CE du parlement et du conseil sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale instituant un statut pour le médiateur de justice (et l'ordonnance de transposition du 16 nov 2011 n°2011 1540)

5 Décret n°2012-66 du 20 janvier 2012, article 2

6 Décret n° 2015-282 du 11 mars 2000

des différends portant modification de l'article 56 CPC, ...)

Parmi la typologie et les différents modes alternatifs, la conciliation apparaît comme le mode par excellence, constituant une des missions, des offices du juge (article 21 CPC). La conciliation pouvant, selon la nature du litige, être une phase préalable obligatoire au jugement. Mais la conciliation semble désigner des pratiques, des missions et des manœuvres si disparates qu'il est délicat de lui donner une définition concise et précise. Dans cette effort de définition, il faut préalablement se demander ce qu'est un « MARD » (Mode Alternatif de Règlement des Différends). Ensuite, dresser une typologie de ces modes alternatifs, ce qui permettra de tracer les frontières de la conciliation par rapport à ces autres pratiques de règlements alternatifs.

Comment peut-on définir les MARD ?

Dans leur manuel, Thomas CLAY et Loïc CADIET⁷ donnent une définition des MARD en détaillant chacune des lettres de cet acronyme. L'analyse des termes « modes » et « règlement » ne présentent que très peu d'intérêt pris individuellement.

Un mode de règlement de conflit peut être défini comme un processus structuré se soldant, en cas de réussite, soit par un accord, soit par une sentence⁸. En cas d'échec de la tentative de règlement amiable, le plus souvent, l'affaire suivra la voie judiciaire et juridictionnelle de résolution des conflits ; c'est là que le terme « alternatif » prend tout son sens.

Tout d'abord, il convient de préciser que ce terme « alternatif » apparaît dans la traduction de l'acronyme anglo-saxon ADR : « Alternatives Dispute Resolution ». Beaucoup d'auteurs s'accordent d'ailleurs à dire que c'est de ce terme dont nous avons traduit et transposé l'acronyme « MARD »⁹.

Toutefois, lorsque la curiosité linguistique nous transporte au-delà de l'océan Atlantique, on s'aperçoit que le Code de procédure civile québécois parle, dans ses articles 1 à 7 des « modes **privés** de **prévention** et de règlement des différends ». Ce choix de formulation appelle trois remarques.

Premièrement, par le terme « prévention », il y a une idée de résolution des litiges en amont

⁷ Les modes alternatifs de règlement des conflits. Dalloz collection « connaissance du droit » 1ère édition 2016

⁸ voir infra : Les frontières et la typologie des MARD

⁹ Modes alternatifs de résolution des différends, ou conflits ou litiges. Jacques POUMAREDE Professeur émérite UT1 Toulouse, conciliateur de justice ; Thèse en droit comparé de RIBAHY Karim « Les modes amiables de résolution des différends » Université Lyon 3 ; Christine BOILLOT « la transaction et le juge » LGDJ collection des thèses de l'École Doctorale de Clermont-Ferrand, ed 2003, p12

de leur survenance. En droit français, c'est effectivement l'idée qui est avancée sous plusieurs angles. Nous pouvons par exemple citer la clause compromissoire. Clause par laquelle les parties contractantes s'engagent à soumettre un litige à une formation arbitrale, alors même que ce litige n'est pas encore né. C'est également le cas des clauses de conciliations préalables contenues dans des contrats. La jurisprudence respecte strictement l'inscription de ces clauses dans des contrats car elle sanctionne très sévèrement la partie qui aurait introduit l'action sans respecter une telle clause. En effet, les juges retiennent que l'action doit être frappée d'une fin de non-recevoir si la partie qui l'a introduite n'a pas préalablement tenté de se concilier avec le défendeur.¹⁰ Nous pouvons enfin citer la récente modification de l'article 56¹¹ du Code de procédure civile. Elle prévoit que l'assignation doit à présent contenir une présentation des diligences entreprises par la partie qui introduit l'action en vue de parvenir au règlement amiable du conflit. Aucune sanction réelle n'est encore aujourd'hui prévue dans le droit positif (si ce n'est l'article 127 du CPC : le juge peut proposer une mesure de conciliation). Cependant, certains auteurs pensent qu'une prochaine réforme pourrait faire de l'irrespect de ces diligences, une fin de non-recevoir¹².

Deuxièmement, l'apparition du terme « privé » se présente comme en opposition aux modes « publics » de règlement des différends. Et, en opposition donc avec le service public de la justice et son mode de résolution des litiges qui lui est propre. À travers cette remarque, peut-on se demander si cette définition conviendrait au droit positif français, c'est-à-dire si les MARD sont tous des modes privés de règlement des litiges ? La réponse est *a priori* négative. Car, même si l'arbitrage et la procédure participative par avocat sont des modes absolument et totalement privés, extra-judiciaires, ce n'est pas systématiquement le cas de la conciliation et de la médiation. En effet, la conciliation entre dans l'office du juge (article 21 CPC). Le juge, pendant une instance, peut enjoindre les parties à rencontrer un médiateur ou un conciliateur. Dans d'autres cas encore, la conciliation est une phase obligatoire dans le processus judiciaire de résolution des conflits. C'est ainsi par exemple le cas devant le conseil des prud'hommes, le tribunal paritaire des baux ruraux (TPBR) ou encore devant un certain nombre de juridictions administratives où l'action en justice est soumise à un recours préalable obligatoire. La réponse est donc effectivement négative car les MARD semblent parfois insérés dans le processus judiciaire. Et après ce constat, peut on encore parler de mode « alternatif » ?

Troisièmement : le terme français « alternatif » disparaît. Ainsi il n'y a pas de hiérarchie entre les modes de règlement des litiges. Il n'y a plus un mode principal, un mode classique opposé et

10 Cass ch mixte 14 février 2003 n°00-19423 et n°00-19424

11 Décret n°2015-282 du 11 mars 2015

12 Hypothèse de Loïc CADIET et Thomas CLAY : Les modes alternatifs de règlement des conflits, page 66

hiérarchisé par rapport à un autre mode qui résulterait d'un accord.

Pour en revenir aux cas des conciliations intégrées dans le processus judiciaire, peut-on qualifier cette pratique d'« alternative » ? Cela dépend de ce à quoi on attache ce terme ; alternative à quoi ? Si c'est une alternative à la voie judiciaire de résolution du conflit et sa procédure qui lui est propre, alors non, ces modes « publics » de conciliation et de médiation ne sont pas des MARD. Toutefois, si l'on considère que l'objectif est de fournir une alternative au procès en tant que tel, une alternative à l'audience et à la solution tranchée, alors oui, elles peuvent être considérées comme des modes alternatifs et publics de règlement des litiges.

Ainsi donc, à la fois publics et privés, un terme « alternatif » aussi imprécis que large, les MARD sont si nombreux, disparates et différents qu'il est impossible de leur donner une seule et même définition qui les engloberait tous.

Nous avons, précédemment parlé de MARD, d'arbitrage, de procédure participative, de médiation, de conciliation, mais également de la nuance entre conciliation et médiation judiciaires et extra-judiciaires. En énumérant, définissant et en traçant les frontières de chaque MARD, nous allons maintenant tenter de définir précisément ce qu'est la conciliation et quelle place elle occupe dans le large panel de modes alternatifs de résolution des différends.

La définition de la conciliation par un traçage de ses frontières au sein des différents modes alternatifs de résolution des différends.

En énumérant tous les modes susceptibles de résoudre un litige qui sortent du mode judiciaire classique, nous retrouvons : L'arbitrage, la sentence, ou le jugement, en amiable composition, les procédures participatives par avocat, la médiation, et, enfin, la conciliation. (*La transaction n'est volontairement pas citée, car elle est d'avantage une modalité de transcription de la solution amiable qu'un mode alternatif à part entière*).

Au regard de cette liste, nous pouvons d'abord faire une première division. En effet, dans un différend entre deux protagonistes, l'objectif est d'y mettre fin. Soit par un accord, soit par une solution tranchée. « *Le juge tranche, le médiateur dénoue* »¹³. Or, comment peut on définir l'arbitrage ? Le Code de procédure civile définit la convention d'arbitrage dans son article 1442, mais pas le processus d'arbitrage en lui-même. Charles JAROSSON définit l'arbitrage comme une « *institution par laquelle un tiers règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties en*

13 Béatrice GORSH RDT civ. 2003 p423

exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été conférée par celles-ci »¹⁴.

L'arbitre est classiquement appelé « juge privé ». En effet **sa mission est de trancher**, et non pas de dénouer. Il ne cherche pas à ce que les parties parviennent à un accord. La solution s'impose aux parties et fera « un gagnant et un perdant ». Dans leur manuel, Thomas CLAY et Loïc CADIET sont réticents à ranger l'arbitrage dans la même catégorie que les autres MARD. Lorsqu'ils les définissent, ils retiennent par le terme « mode » deux logiques qui s'opposent. En effet, la solution de la sentence, rendue par l'arbitre est un acte juridictionnel ayant autorité de chose jugée (article 1484 CPC). Alors que par opposition, les procédures participatives, les médiations et conciliations, en cas de réussite, débouchent sur un accord contractuel sur lequel les parties ont manifesté leur consentement : la transaction, qui n'a pas autorité de chose jugée¹⁵ (ou « autorité de chose transigée »).

Ainsi, par opposition, dans la sentence arbitrale, les parties se voient imposer la solution du litige alors que dans les autres modes, la solution est consentie par les parties.

Qu'en est il de la sentence ou du jugement rendu en amiable composition ?

Un jugement, ou une sentence, rendu en amiable composition se distingue de par le contenu de la solution. En effet, ici, le juge (ou l'arbitre) ne tranche pas le litige en fonction du droit, mais statue en équité, sans observer les règles de procédure. L'équité, du latin *aequitas* (égalité), peut être défini comme un sentiment de justice spontané fondé sur la reconnaissance des droits de chacun, sans qu'il soit nécessairement inspiré des lois en vigueur et de leur rigueur.¹⁶

A priori, cette solution se situerait donc à l'intermédiaire des deux premiers blocs, issus de la division ci-dessus. C'est-à-dire qu'elle arrangerait les intérêts des deux antagonistes équitablement, il y aurait donc deux gagnants. Toutefois, même si l'amiable composition ne cherche pas à désigner un gagnant et un perdant, il serait faux de dire que la solution est consentie par les deux parties. Elle se rangerait plus aisément auprès de la catégorie des solutions tranchées.

Il est d'ailleurs étonnant qu'aucun MARD nommé, étant un mélange d'arbitrage et de conciliation, n'existe. En effet, on pourrait imaginer un tiers qui tente de concilier les parties et qui,

¹⁴ La notion d'arbitrage, Ch. JAROSSON LGDJ 1987 p 372

¹⁵ Etant précisé que ce n'est plus le cas seulement depuis la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice, dite J-XXI

¹⁶ Définition personnelle croisée des définitions de Le petit Larousse 2003, Larousse.fr et Toupie.org

à défaut d'accord amiable, rende une sentence en amiable composition. Où, à l'inverse, un processus d'arbitrage (statuant en amiable composition) qui aurait une phase de conciliation préalable. Il serait faux de déclarer que ce mode n'existe pas. La liberté contractuelle étant si large il serait étonnant qu'aucun praticien n'ait essayé cette formule. Mais pourquoi ce « mélange » entre arbitrage et conciliation n'existe-t-il pas en tant que MARD nommé et réglementé ? Puisqu'il apparaîtrait comme le mode le plus complet et « *restaurateur de lien social* »¹⁷.

A l'opposé de ces premiers MARD où la solution est tranchée, nous avons les MARD où la solution est consentie.

Cette philosophie de l'accord mettant fin au litige par un consentement n'est pas nouvelle et est souvent mise en avant par l'adage « *un mauvais compromis vaut mieux qu'un bon procès* ». Cette formulation est peu attrayante, et, présentée de la sorte, un bon père de famille¹⁸ choisirait le bon procès plutôt que le mauvais compromis.

Toutefois, ajouté à la formule d'Alfred FOUILLEE « *qui dit contractuel dit juste* »¹⁹, l'on vient contrer le terme « mauvais » du premier adage. En effet, dire qu'un contrat est « juste » serait un commentaire de l'ancien article 1134 du Code civil : « *les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* »²⁰. Une formulation très solennelle, très forte qui illustre la transposition légale du devoir moral de l'honneur. Disant que lorsque l'on donne son consentement, on a le devoir civil et moral de se tenir à ses obligations et à sa parole. Une si forte formulation est justifiée par l'idée que l'homme juridiquement capable est raisonnable et intelligent et qu'il ne contracte jamais lorsque cela va à l'inverse de ses intérêts.²¹

Ainsi, si un individu consent à un accord de résolution d'un différend, cet accord ne peut, théoriquement, pas aller à l'encontre de ses intérêts. Ainsi, un compromis ne peut pas, subjectivement, être considéré comme « mauvais ».

17 Expression Nathalie FRICERO Guide des MARD Guides Dalloz référence 2^e ed 2016-2017

18 terme utilisé volontairement car il traduit, au-delà du caractère raisonnable, l'idée de l'affection, la protection, l'honneur, ...

19 J-F Spitz quelques remarques sur une formule d'Alfred FOUILLEE (RDT civ. 2007,281.)

20 Actuels articles 1103 et 1104 du Code civil

21 théorie de l'autonomie de la volonté ; GROTIUS et HOBBS « l'homme est libre par nature »

Parmi les **MARD dont la solution est consentie** par les parties, nous pouvons citer les procédures participatives par avocat, les médiations et les conciliations.

On pourrait rapidement trancher en séparant les modes où les parties trouvent un accord, d'un coté avec l'aide d'un tiers, de l'autre sans l'aide d'un tiers. Mais il convient d'apporter une précision.

Les parties peuvent-elles seules trouver une solution ? Cela dépend du « niveau » ou du degré du « différend » (terme volontairement mis entre guillemets). Tout d'abord qu'est ce qu'un conflit ? Qu'est ce qu'un différend ? Qu'est ce qu'un litige ?

- Un conflit est un terme générique traduisant une opposition entre deux intérêts antagonistes. Le dictionnaire nous dit « *antagonisme, opposition des sentiments, d'opinions entre des personnes ou des groupes* ». Ce terme, contrairement aux deux autres n'est entaché d'aucune connotation juridique. Il est neutre, voire, relève de la matière psychologique.

- Un litige quant à lui est un terme absolument juridique. « *contestation donnant lieu à un procès ou un arbitrage* », nous dit ce même dictionnaire.²²

- Enfin, un différend est un terme, non pas neutre mais générique. Pouvant englober le tout. « *Divergences d'opinions, d'intérêts* ».

Ainsi, est ce que des parties quelconques, seules, sans l'aide de tiers, peuvent trouver amiablement une solution ?

- À un conflit ? Possible.

- À un différend ? Peut-être.

- À un litige ? Certainement pas.

Pour en revenir aux trois modes cités ci dessus, nous retrouvons la procédure participative, faite par avocats. Mais aussi la médiation et la conciliation, faite par l'intermédiaire d'un tiers.

La première question nous venant est la suivante : les avocats sont ils des tiers ? Au sens procédural du terme, non. Cependant au sens psychologique, oui. La seule différence est que dans la

22 Le petit Larousse 2003

conciliation et la médiation, le tiers est indépendant et impartial.

Les avocats aujourd'hui tentent de plus en plus de résoudre le différend amiablement sans passer par l'action en justice. Ils ont en effet deux intérêts directs à passer par un accord transactionnel plutôt qu'une solution juridictionnelle : la rapidité et le contrôle.

Concernant la rapidité, la durée moyenne « espérée » d'un procès depuis l'introduction de l'instance jusqu'à sa solution est de 6,9 mois, sans prendre en compte la possibilité d'appel et autres voies de recours²³. Une transaction est immédiate et elle éteint le litige. De plus, par un accord, les parties gardent le contrôle sur l'issue du litige. Une solution tranchée est incertaine et un risque pour une des parties qui perdra le procès. Quand on passe par une conciliation, par une négociation, on ne se risque pas à cet aléa de l'introduction de l'action.

Dans la procédure participative, les « tiers » sont donc les avocats qui tentent de réinstaurer un dialogue, un lien social entre les deux parties. Leur mission est de négocier afin de trouver un accord transactionnel. C'est-à-dire un contrat par lequel les parties expriment leur satisfaction à l'issue du différend, et de son extinction.

Le premier désavantage que l'on trouve dans cette procédure, c'est que les « tiers » sont forcés de prendre partie puisqu'ils représentent chacun un antagoniste. Cela peut potentiellement amener des difficultés lors du déroulement des dialogues, puisque nous sommes dans une logique d'affrontement.

Pour aller plus loin dans cette logique et pour palier aux difficultés de l'affrontement, du bon déroulement des dialogues et de leur confidentialité, les américains ont eu l'idée de créer le droit collaboratif. Les parties opposées choisissent d'abord un premier avocat chargé de la négociation et qui, en cas d'échec, se désistara pour un autre avocat chargé du contentieux. Ainsi, les parties se sentent plus libres dans leur négociation et leur dialogue, car la confidentialité est garantie. De plus la logique d'affrontement s'efface car la mission du premier avocat est uniquement de négocier et d'éteindre le litige à l'amiable, non pas une fin de « conciliation et, à défaut, de jugement »²⁴.

Enfin, nous retrouvons les derniers modes alternatifs de résolution des différends que sont la **conciliation et la médiation**.

23 Statistiques Justice.gouv rapport annuel "les chiffres clés de la justice 2015". p13. Chiffres de 2013 : **6,9 mois au TGI** ; 4,8 mois au TI et Tprox ; 13,6 mois aux prud'hommes et 5,1 mois au T de commerce

24 Expression de l'article 829 CPC décr. N°2010-1165 du 1^{er} octobre 2010

La conciliation et la médiation sont deux modes de résolution amiable de conflit qui sont définis de la même manière par le droit positif. En effet, le Code de procédure civile, au sein du livre V, à l'article 1530, dispose que conciliation et médiation conventionnelles sont un « *processus structuré par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord, en dehors de toute procédure judiciaire en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers choisi par elles qui accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence* ». ²⁵

Ainsi les négociations se font par l'intermédiaire d'un tiers impartial. En effet, à la différence de la procédure participative, les négociations sont dénouées et menées par l'intermédiaire d'un tiers impartial.

Ce tiers doit accomplir sa mission avec diligence, compétence et impartialité (article 1530 CPC), mais également honnêteté et probité (article 1533. Il doit en effet présenter un casier judiciaire vierge et ne doit souffrir d'aucune déchéance ou incapacité), et, enfin, il est soumis à la confidentialité (article 1531).

L'objectif recherché des parties est de parvenir, par la négociation et le dialogue, à un accord mettant fin au litige.

Dans le manuel Dalloz référence : « contrat de transaction et solutions transactionnelles » de Bernard PONS²⁶, les médiations et conciliations sont présentés comme deux moyens distincts permettant de parvenir à un accord transactionnel.²⁷ Ce point de vue permet de rapprocher ces deux modes alternatifs.

Dans la mesure où ces deux modes répondent à la même définition, peut-on se demander s'ils désignent deux MARD distincts ou si, au contraire, conciliation et médiations désignent un seul et même mode alternatif de résolution des différends ?

Ainsi dans le droit positif, médiation et conciliation répondent à la même définition. Ces deux modes ont le même but. Un tiers indépendant et impartial mène les négociations (CPC : article 1531 pour la médiation, article 21 pour la conciliation par le juge, article 131-1 pour la conciliation déléguée).

²⁵ Loi n°95-125 du 8 février 1995, articles 21 et 21-2

²⁶ Contrat de transaction et solutions transactionnelles Bernard PONS Dalloz référence édition 2014/2015

²⁷ Référence (livre 3 : incitations aux solutions transactionnelles présentées en titre 1 : les incitations extrajudiciaires et livre 2 : incitations judiciaires)

Lorsque l'on se pose la question de la différence entre conciliation et médiation, aucun auteur ne semble apporter une réponse autre que le caractère bénévole du conciliateur délégué.

Selon les auteurs, on peut trouver des différences à deux niveaux :

- Une différence en la personne du tiers. En effet, Nathalie FRICERO²⁸ note la particularité de la médiation qui est toujours externalisée. Alors que la conciliation est plus libérale, et peut s'opérer aussi bien devant le juge que devant un tiers délégué. De plus, même si la fonction de médiateur n'est pas parfaitement et complètement reconnue, le statut de celui-ci a fait l'objet d'une directive européenne en 2008²⁹. Le médiateur judiciaire est rémunéré, même si aucun diplôme particulier n'est exigé. Ce qui est, d'ailleurs, également le cas pour le conciliateur. En effet, la fonction nécessite seulement de « *justifier d'une expérience juridique d'au moins 3 ans ainsi qu'une compétence et l'exercice d'une activité qui le qualifie particulièrement pour l'exercice de sa mission* »³⁰. Cela étant, on remarque que concernant la fonction de médiateur, les exigences, étant sensiblement les mêmes, sont codifiées à l'article 1533. 2° du Code de procédure civile.

Le site du ministère de la justice³¹ résume la différence en ce que la conciliation est « *plus simple, plus rapide et entièrement gratuite* » ; et qu'elle peut s'exercer soit « *devant le juge, soit devant un tiers délégué* ». Tandis que « *le juge ne peut pas procéder à la médiation lui même* »

- la seconde différence est plus délicate et ne fait pas l'unanimité selon les auteurs.

Maxime LEI et Loïc YBOUD³² expliquent que « *le tiers intervenant en la qualité de conciliateur aurait seulement la mission d'inviter les parties au dialogue alors que le médiateur peut proposer des solutions* ». Cela relève plus d'une question pratique que d'une question institutionnelle et déontologique. En effet, cela va d'avantage relever de la méthode et du caractère de chacun que de la fonction en elle même. Il y a des conciliateurs qui proposeront clairement, selon eux, la solution qui serait la plus équitable et équilibrée pour éteindre le litige. Alors qu'à l'inverse, on peut très bien imaginer des médiateurs qui se cantonnent à essayer de dénouer le dialogue entre les parties.

Dans son mémoire « *Médiation et conciliation : quelle distinction en matière juridique ?* »,

28 Guide des MARD Guides Dalloz référence 2° ed 2016-2017, page 130 et suivant, statut émergent du médiateur judiciaire

29 Directive du parlement et du conseil du 21 mai 2008, n°2008/52/CE sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale

30 Conciliateur de justice, guide pratique 2012 www.ca-Lyon.justice.fr

31 justice.fr/médiation-conciliation

32 De la mobilisation du fait à la réalisation du droit. L'Harmattan, droit privé et sciences criminelles ed 2016

soutenu par Lise CASEAUX-LABRUNEE, Adeline AUDREDIE note les différences entre conciliation et médiation. Concernant d'abord le tiers : ses qualités, ses qualifications, ses diligences. Elle explique que la médiation serait un mode plus sérieux et plus abouti que la conciliation. Elle note également des différences sur sa « méthodologie » qui, dans la médiation relève d'avantage de la psychologie. Le médiateur aurait une mission double : de « résoudre le litige et de réinstaurer un lien entre les parties »³³.

Ainsi, la conciliation désignerait un mode plus neutre et plus juridique, alors que la médiation serait un procédé d'avantage accentué sur le côté psychologique.

En conclusion, les médiations et les conciliations (extra-judiciaires tout du moins) sont peut être régies par des formalités d'exécution différentes, des protocoles divergents. Cependant, la mission, les moyens d'exercice qui l'accompagnent et l'objectif de parvenir à un accord transactionnel sont les mêmes. Mais au regard de la définition vague et libre de la conciliation et, au contraire, des caractères ciblés et stricts de la médiation, est ce que la conciliation ne serait pas d'avantage qu'un simple mode alternatif de résolution des différends ?

La conciliation, au-delà du simple mode alternatif de résolution des différends.

Loïc CADIET indique que la mission de conciliation aujourd'hui devrait être un principe directeur du procès. En effet, plusieurs marqueurs dans la doctrine et dans le droit positif vont dans ce sens. Tout d'abord l'article 21 du Code de procédure civile qui prévoit qu'il entre dans les missions du juge de concilier les parties. Une préférence marquée pour les résolutions amiables par rapport à une solutions tranchée : comme l'exprime par exemple l'adage « *un mauvais compromis vaut mieux qu'un bon procès* » ou encore « *qui dit contractuel dit juste* »³⁴. Dans ce sens, l'article 830 CPC relatif à l'assignation devant le TI à fin de « conciliation **ET, À DEFAULT**, de jugement », la récente modification des formalités de l'article 56, l'irrecevabilité d'une action lorsqu'il y a irrespect d'une clause de conciliation préalable, la multiplication des phases de conciliation, qu'elles soient obligatoires ou facultatives. Ces indices, non exhaustifs, démontrent qu'un accord amiable est quasiment toujours préféré à une solution tranchée. Ainsi il serait effectivement opportun d'ériger ce principe de « préférence » pour la conciliation au rang de principe directeur du procès.

33 page 94. La finalité double de la médiation

34 voir *supra*

Ainsi, si l'on considère que la conciliation désigne seulement l'action par laquelle les parties s'entendent sur une solution convenue plutôt que tranchée, alors on pourrait penser la typologie des MARD autrement.

La conciliation désignerait, au-delà de la conciliation par le juge, un socle commun des modes alternatifs consensuels ; la conciliation serait un socle commun de trois modes amiables de règlement des différends :

- La conciliation effectuée sans l'aide d'un tiers indépendant et impartial, qui serait la procédure participative (ou le droit collaboratif).

- La conciliation effectuée par le juge, qui désignerait la conciliation judiciaire au sens large puisque l'action a été introduite.

- La conciliation par l'intermédiaire d'un tiers délégué indépendant et impartial, qui renverrait à la médiation ou à la conciliation déléguée.

Ainsi donc, entre la conciliation faite par le juge et la conciliation déléguée vers un médiateur, il ne serait question que d'un degré de modalité. C'est en effet ce qu'en conclut la Cour de cassation en déclarant que « *la médiation est une modalité de la conciliation* »³⁵. Nous avons également des indices appuyant ces théories dans le droit positif. En effet, les organes judiciaires conciliateurs eux-mêmes peuvent enjoindre les parties à rencontrer un médiateur. C'est désormais le cas devant le conseil des prud'hommes, ou durant la phase de conciliation pendant la procédure contentieuse de divorce (article 255 et article 373-2-10 du Code civil³⁶), ou encore dans la procédure de droit commun (article 131-1 CPC).

Ainsi, le juge, dans sa mission de conciliateur, s'il entrevoit une possibilité d'accord amiable des parties peut les enjoindre à une procédure plus poussée, de résolution amiable des différends. Par cette possibilité, on reconnaît une hiérarchie entre ces deux modalités de conciliation, dont la médiation serait la déclinaison la plus aboutie.

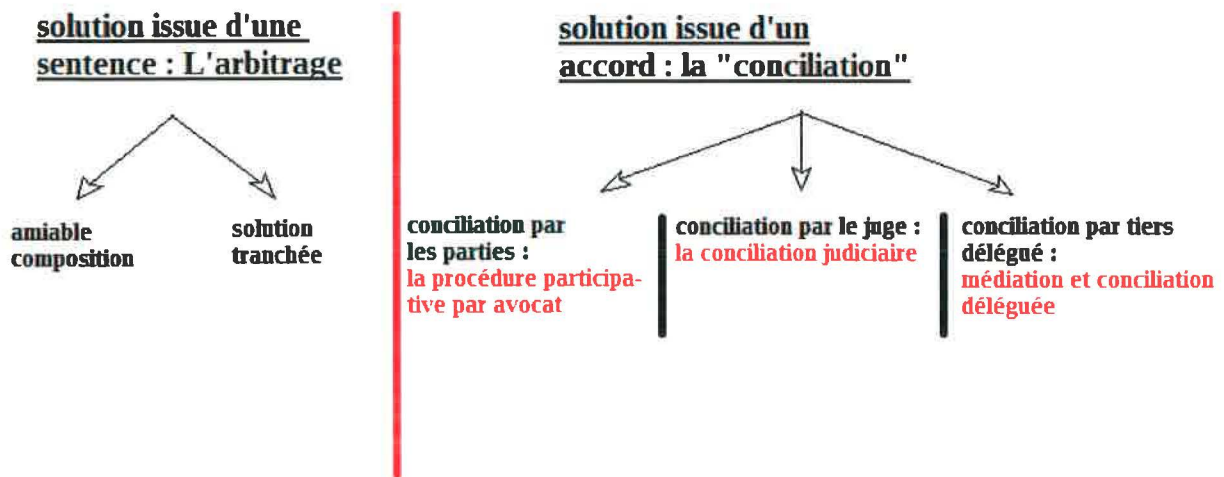
Par extension, la conciliation par le juge : la conciliation judiciaire, serait une branche d'un tronc commun de conciliation.

35 Cass 2^e civ 16 juin 1993 n°91-15,332

36 Modifié par la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016. Et plus spécifiquement n°2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale qui a consacré la médiation familiale

Schéma récapitulatif sur la typologie des MARD

classification des MARD



Souvent, les auteurs opposent les MARD judiciaires et extra-judiciaires. Avec d'un côté, l'arbitrage, la conciliation et la médiation extra-judiciaire, la procédure participative. Et du côté opposé, la conciliation devant le juge ou la médiation enjointe par lui. Cette classification est critiquable car elle s'appuie uniquement sur le moment où le mode amiable est mis en œuvre (en dehors ou lors d'une instance). Et elle conduit notamment à opposer médiation judiciaire et extra-judiciaire qui n'ont absolument aucune différence dans leur mode de déroulement.

En revanche, ce modèle de classification permet de mieux rentrer dans la substance des différents MARD. En effet, séparer les modes alternatifs avec une solution tranchée des modes alternatifs avec une solution consentie, est plus intéressant dans l'essence même de la manière dont on éteint le litige. De plus, admettre qu'appartiennent à la même catégorie, les modes où la solution est consentie, c'est-à-dire où les parties se sont « conciliées » (au sens large), permet un rapprochement de la médiation, de la conciliation et de la procédure participative.

« Vers un fabuleux destin des MARD »³⁷. Quels enjeux et quel avenir pour les MARD ?

L'argument premier et incontestable en vue de l'encouragement des MARD est l'engorgement des tribunaux. Régulièrement sanctionnée par la CEDH pour irrespect du délai raisonnable³⁸, la lenteur des procédures n'est pas tenable. Pour citer un exemple à titre anecdotique, un chef d'entreprise, à la tête d'une SARL, après avoir mis fin aux contrats de travail de tous ses employés (par rupture conventionnelle), payé tous les créanciers, fiscaux et commerciaux, a décidé de mettre fin à l'activité de son entreprise par une cessation d'activité volontaire. Par une voie gracieuse donc, contrairement au dépôt de bilan. Or un litige était en cours avec un client (une crèche. Il était question d'un litige relatif à une aire de jeux endommagée). Or, la loi prévoit que l'entreprise ne peut pas être liquidée tant qu'un litige est en cours d'instance. Le fin mot de l'histoire est que le litige a été éteint par une solution transactionnelle car l'entreprise, sans salarié, ne pouvait pas financièrement se permettre de subsister une année supplémentaire en attendant le jugement définitif du tribunal de commerce.

Dans certains cas, les MARD apparaissent donc comme des réponses vitales à des problèmes posés. Notamment du fait de la lenteur des juridictions.

Le récent engouement pour les MARD peut être vu comme un retour aux sources³⁹.

Lors de la Constituante tenue sur la réforme de l'organisation judiciaire et qui a abouti aux lois des 16-24 août 1790, la question de la pratique de la conciliation est apparue très clairement lors des débats. En réaction aux les modes de fonctionnement des institutions judiciaires de l'Ancien Régime, la conciliation allait permettre de « dé-judiciariser » de nombreux conflits et l'Assemblée a adopté en matière civile un ensemble de principes destinés à restituer la justice d'État aux citoyens et à résoudre les conflits par les seules vertus de la raison. Cette pensée contribue à l'instauration de « bureaux de paix » et du tribunal de la famille.

Dans son ouvrage, Nathalie FRICERO⁴⁰, présente les différents enjeux et avantages de la voie amiable de règlements des différends. Au delà de la question pécuniaire et de la bonne gestion des

37 Expression de Nathalie Fricero Guide des MARD Guides Dalloz référence 2^e ed 2016-2017

38 Selon les critères de CEDH 25 mars 1999, Pélissier et Sassi c/ France requête n°25444/94. Sur la condamnation CEDH 22 sept. 2011 TETU c/ France Cinquième Section n° 60983/09

39 La conciliation, la mal-aimée des juges de Jacques POUMAREDE

40 Guide des MARD, Guides Dalloz référence 2^e ed 2016-2017

deniers publics⁴¹, il est mis en avant que la solution trouvée est a-juridique, c'est-à-dire indépendante du fait que la demande soit bien ou mal-fondée. « *C'est une solution a-juridique, innovante et adaptée* ». En effet, l'issue du litige à travers une convention assure, par hypothèse, un équilibre et une équité. PIROVANO interprète cela par le passage d'un ordre juridique imposé à un ordre juridique négocié⁴². Ceci dans la mesure où les deux parties doivent faire des concessions réciproques (formule de l'article 2044 du Code civil). Cette voie de la convention va dans le sens d'une « justice restaurative » plutôt que « punitive ». Ce modèle de justice restaurative est en effet préférable sur un aspect psychologique. Elle rétablit un lien social, ce qui est, par ailleurs, un des objectifs de la médiation, et qui empêche les différends de renaître, réapparaître.

Les MARD aujourd'hui sont fortement encouragés, et même, préférés à la voie judiciaire et à la solution tranchée. Sur ce point, Loïc CADIET et Thomas CLAY démontrent que l'État n'est plus ce qu'il était. On assiste à un « *déclin du légicentrisme* ». ⁴³ D'autres auteurs commentent encore en opposant une nouvelle justice contractuelle avec la traditionnelle justice juridictionnelle.⁴⁴

Ils sont encouragés par une inflation législative allant en ce sens. (notamment la loi du 8 février 1995, l'ordonnance du 16 nov 2011⁴⁵, le décret du 11 mars 2015⁴⁶, loi du 6 août 2015⁴⁷ dite « Macron », ...)

La préférence pour la solution consentie est avouée dans l'arrêt de principe de la chambre mixte de la Cour de cassation du 14 février 2003⁴⁸. C'est également le cas de l'importance de la clause compromissoire. On remarque également qu'une procédure comportant une phase de conciliation préalable obligatoire qui n'aurait pas respecté celle-ci serait nulle⁴⁹. De plus, la part grandissante des modes alternatifs a fait, qu'en décembre 2013, ils sont devenus une nouvelle spécialisation pour les avocats.

41 B LEMENNICIER « l'économie de la justice, du monopole d'État à la concurrence privée » Justices n°1, 1995 p 135

42 Antoine PIROVANO changement social et droit négocié. Broché economica 1989

43 Les modes alternatifs de règlement des conflits. Dalloz collection « connaissance du droit » 1ère ed 2016, p17

44 « justice contractualisée en opposition à la justice juridictionnelle » Loïc CADIET, J normand et S. AMRANI-MEKKI. Théorie générale du procès p 208-246

45 n°2011-1540

46 n°2015-282

47 n°2015-990

48 cass ch mixte 14 février 2003 n°00-19423 et n°00-19424

49 ch sociale 20 octobre 1976. reste à savoir si cette jurisprudence est seulement valable pour les prud'hommes

La place grandissante de la conciliation judiciaire dans l'ordre juridique

Les modes de règlement amiables, et surtout, la conciliation, apparaît de plus en plus comme une office primordiale du juge. Peut-être que, demain, elle constituera un principe directeur du procès. En illustration à cet accroissement, on remarque qu'il y a de plus en plus de matières dont la procédure comporte une phase de conciliation préalable.

Lorsque cette phase de conciliation préalable est présente, on considère que ce n'est que lorsque les parties ont échoué à résoudre amiablement leur conflit, que le litige sera porté devant le juge afin de le faire trancher. Ce serait une sorte de filtre pour que la solution tranchée soit un dernier recours. L'office du juge devient alors de concilier et, à défaut, de juger.

Il y a des contentieux où cette phase de conciliation préalable est « ancestrale ». C'est notamment le cas devant le conseil des prud'hommes. En effet, dès la création du premier conseil en 1806 à Lyon, une phase de conciliation est instituée. À leur généralisation en 1979 (loi BOURDIN du 8 janvier 1979), cette phase obligatoire par principe connaît un bien meilleur succès qu'aujourd'hui (60 % environ en 1960⁵⁰ contre 5,75% en 2015⁵¹). Cette décroissance du taux de conciliation est notamment du au fait qu'en ce temps, l'employeur était cru sur sa seule affirmation. Cette présomption rendait le procès moins équitable et l'accord amiable quasi-forcé⁵².

La conciliation se retrouve également en contentieux de la famille. En effet une phase de conciliation préalable est présente dans les procédures de divorce contentieux, ou dans l'unique procédure de divorce avant la réforme de 1975.⁵³ Cette phase est d'ailleurs passée d'un objectif de « réconciliation » à un objectif de « conciliation » des époux qui souhaitent rompre le lien matrimonial.

C'est également le cas du tribunal paritaire des baux ruraux, qui comporte une phase de conciliation préalable obligatoire semblable à celle du contentieux prud'homal.

Plus récemment, on assiste à une véritable inflation des phases de conciliations préalables obligatoires. Nous pouvons citer l'exemple de l'article 14 de la loi du 13 juillet 1992⁵⁴, qui institue l'obligation de conciliation préalable devant le comité national olympique et sportif français dans le

50 Cours Magistrat de contentieux du travail de Lise CASEAUX-LABRUNEE, université Toulouse I Capitole année 2015-2016

51 Justice.gouv rapport annuel des chiffres clés de la justice 2016

52 Voir *infra* Le conseil des prud'hommes et la problématique du procès équitable

53 loi 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce

54 n°92-646

domaine du contentieux Olympique.

En droit administratif, on remarque la multiplicité des Recours Administratifs Préalables Obligatoires. Notamment en matière de litiges contractuels concernant les personnes de droit public, et en matière de responsabilité extra-contractuelle de l'administration. En effet, la loi 13 décembre 1987 institue l'obligation, pour le requérant qui souhaite introduire une action devant le juge administratif, d'avoir précédemment intenté un recours hiérarchique ou gracieux.

En contentieux de la sécurité sociale, l'article R142.1 du Code de la sécurité sociale prévoit que les réclamations relevant de la compétence du tribunal de la sécurité sociale sont soumises à une commission de recours amiable.⁵⁵ Ou encore, l'article L331 du Code de la consommation en cas de surendettement, prévoit que le litige est préalablement porté devant la commission de surendettement. Ou toujours dans le Code de la consommation, l'article L155-2 institue une médiation obligatoire en cas de différend relatif aux honoraires d'avocat.

Dans une logique différente, mais d'objectif équivalent, il y a des contentieux dans lesquels le juge est encouragé à concilier les parties ou à les orienter devant un médiateur judiciaire. C'est ce que prévoit en effet l'article 127 du Code de procédure civile en ce qui concerne les procédures de droit commun.⁵⁶ En contentieux de la famille, le juge peut enjoindre les parties à rencontrer un médiateur (article 255 du Code civil et article 373-2-10⁵⁷).

Dans la loi de modernisation de la justice⁵⁸, le titre II est consacré aux règlements amiables des litiges et semble être une avancée majeure vers « le fabuleux destin des MARD », notamment l'article 4 de la loi qui prévoit l'office du juge dans sa mission de conciliation. Elle encadre aussi le statut du médiateur, ses missions, ses qualités. Ou encore, elle apporte une nouvelle définition inédite de la procédure participative⁵⁹. La loi de modernisation de la justice du 21^e siècle (JXXI) apporte aussi des modifications sur les recours administratifs préalables obligatoires.⁶⁰

Ainsi, en dressant une rapide liste non-exhaustive des différentes procédures comportant une phase de conciliation préalable, on s'aperçoit de leur nombre et de leur disparité. Malgré l'objectif commun et la préférence pour un accord amiable à la solution tranchée, on voit que ces phase de

55 Note : Le recours gracieux préalable en matière de sécurité sociale par Bernard THAVAUD et Serge PETIT, conseillers à la Cour de cassation

56 Articles 21 et suivant de la loi du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions de la procédure civile pénale et administrative n°95-125

57 Modifié par la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016. Et plus spécifiquement n°2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale a consacré la médiation familiale

58 Loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016. Sur la modernisation de la justice du XXI^e siècle

59 Article 9 de la loi portant modification de l'article 2062 cciv

60 Titre 3, chapitre 2, section 2

conciliation préalables s'exercent selon des modalités différentes. Certaines sont externalisées devant une commission, un médiateur ou un conciliateur délégué. D'autres procédures font le choix d'adopter une phase de conciliation comme partie intégrante du processus juridictionnel.

Au regard des multiples procédures de conciliation de l'ordre judiciaire, quatre sont exorbitantes de par la masse de contentieux qu'elles représentent, mais également en raison de leurs particularités propres qui les distinguent des autres procédures de conciliation.

- La conciliation en contentieux prud'homal : l'article L1454-1 al 1 du Code du travail⁶¹ prévoit que c'est le Bureau de Conciliation et d'Orientation (BCO) qui est chargé de concilier les parties. Pouvant être qualifiée d'« ancestrale », la phase de conciliation est confiée à un organe spécifique : le BCO. Cette phase est obligatoire. Et pourtant, récemment réformée, on remarque qu'elle se rapproche de plus en plus du modèle de droit commun.⁶²

- La conciliation en contentieux de la famille, et plus précisément en divorce contentieux. (Article 252 cciv⁶³). Ici la particularité est que le litige se prête d'avantage à être résolu par le dialogue. De plus, le mariage et l'état des personnes est normalement un droit indisponible, il est donc *a priori* étonnant de voir qu'une conciliation est possible en la matière.

- La conciliation de droit commun. Elle est optionnelle. Il entre dans l'office du juge de concilier les parties (article 21 CPC). La conciliation peut donc se faire devant lui, mais également être externalisée devant un conciliateur délégué (article 129-2 et suivant CPC). La conciliation de droit commun a donc deux facettes diamétralement opposées qui en font sa particularité.

- La conciliation en contentieux des entreprises en difficulté (article L 611-4 du Code de commerce), qui a pour apparence d'être hybride entre la conciliation judiciaire et extra-judiciaire, puisque le juge y a un rôle, certes, mais plutôt passif. De plus, elle comporte des particularités absolument inédites en cas d'échec, ou de réussite, ce qui fait son identité.

Au regard de ces quatre procédures de conciliation, on voit que les modalités de mise en œuvre du dialogue sont bien différentes. Parmi ces procédures, aucune n'est en tout point semblable à une autre. Pourtant, malgré ces différences, toutes ont pour objectif la résolution amiable d'un

61 Loi n°2015-990 du 6 août 2015 article 258-1, 22° b)

62 Vincent ORIF, Le rapprochement entre la procédure prud'homale et le droit commun procédural, La gazette du Palais du 30/08/16, n°29 p47

63 Introduit par la loi du 11 juillet 1975 n°75-617 et modifié par la loi n°2004-439 du 26 mai 2004 article 6 et 11-II.

différend.

En analysant les convergences et divergences des procédures judiciaires de conciliation, peut-on en déduire l'existence d'une théorie générale de la conciliation judiciaire ?

Nous pouvons regrouper les différents points reliant ces modes de conciliation en deux volets. Un volet d'ordre juridique, organique et un volet d'ordre d'avantage subjectif, psychologique. En effet, pour que la conciliation soit efficace, il faut qu'elle puisse respecter des règles d'ordre objectif. (Partie 1.)

Mais, pour être menée à bien, il ne suffit pas de regarder la conciliation comme un mode purement juridique. En effet, concilier deux antagonistes relève de la psychologie. C'est pourquoi il faut prêter attention aux critères subjectifs de la conciliation, c'est-à-dire regarder ce processus du point de vue des antagonistes (Partie 2.)

Partie 1 : Les convergences et divergences des critères objectifs de la conciliation

L'objectif rhétorique d'une conciliation est évidemment son succès. Bien que la mission consistant à dénouer le dialogue entre deux antagonistes à litige soit essentiellement psychologique, il faut néanmoins appliquer certains principes organiques.

Jean-Baptiste RACINE⁶⁴, en matière de la conciliation, commente « *les juristes se retrouvent dépossédés de leur capacité* ». En effet, même si la condition *sine qua non* de parvenir à un accord amiable est la ré-instauraton du dialogue, le juriste ne saurait délaissier entièrement une institution telle que la conciliation à l'appréciation souveraine du psychologue. Le juriste, accompagné par le législateur a donc de plus en plus encadré et inscrit dans le droit positif cette pratique. Nous pouvons surtout citer la loi du 8 février 1995⁶⁵ ainsi que l'ordonnance du 20 août 2015 et le décret du 30 octobre 2015 portant transposition de la directive 2013/11/UE qui crée un réel statut pour le médiateur.

Cependant, l'institution des conciliateurs de justice n'est pas nouvelle. En effet, ceux-ci ont été intégrés par le décret du 20 mars 1978⁶⁶. La définition initiale de leur mission était de « *faciliter, en dehors de toute procédure judiciaire, le règlement des différends portant sur les droits dont les intéressés ont la libre disposition* ». Cette fonction peut apparaître comme le « copier-coller » des juges de paix de la période post-révolutionnaire. Ces conciliations ancestrales connaissent d'ailleurs un franc succès. En effet, sur l'année 1856, les greffiers des justices de paix ont émis 3 360 000 convocations à des conciliations. Sur ces convocations, 1 450 000 donnent lieu à un accord (soit 43%), et 38 % des parties abandonnent le litige. Ainsi, seulement 423 000 affaires sont transmises aux bureaux de jugements, soit 12 %.⁶⁷

Pourtant aujourd'hui, la part des litiges qui sont éteints par conciliation des parties est très faible. Par exemple il est de 5,75 % au conseil des prud'hommes⁶⁸ pour l'année 2015 (on compte 9 256 conciliations sur 160 954 affaires terminées). En ce qui concerne les conciliations devant le

64 Jean-Baptiste RACINE, Professeur à l'université de Nice Sophia Antipolis, colloque "La résolution des conflits par le Dialogue" du Vendredi 17 mars 2017, université de Toulon

65 Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative

66 Décret n°78-381 du 20 mars 1978 relatif aux conciliateurs de justice

67 H. VIEILLEVILLE, Le rôle judiciaire et social du juge de paix, thèse droit, Paris 1944 p82-83.

68 Justice.gouv rapport annuel des chiffres clés de la justice 2016

juge aux affaires familiales, ce chiffre est inconnu. Toutefois, certains chiffres peuvent être relevés lorsque le juge aux affaires familiales, lors de la phase de conciliation, choisit d'orienter les époux vers un médiateur. Ainsi, en 2012, sur un total de 349 657 affaires familiales terminées, 2 789 ont été envoyées devant un médiateur, ce qui correspond à environ 0,8 % du contentieux. Encore considérée comme en expérimentation, ces chiffres sont flous et silencieux. Toutefois, une expérience a été menée au TGI d'Arras qui instituait une médiation obligatoire sur les demandes en divorce contentieux avec double convocation. Sur un échantillon de 126 dossiers, 96 médiations sont considérées comme non-réalisables (76,2%) dont 77 refus. Parmi les 30 médiations réalisables, 13 ont abouti, 7 sont encore en cours et 10 se sont soldées par un échec. Ce qui nous donne grossièrement, un taux de conciliation d'au minimum 10,3 % (pouvant aller jusqu'à 15,8 % si les 7 médiations encore en cours aboutissent)⁶⁹. Ce résultat reste toutefois à relativiser car très peu significatif. En effet, en 2015, 159 797 demandes en divorce sont portées devant le JAF, dont 87 439 divorces contentieux.⁷⁰

En ce qui concerne le contentieux des entreprises en difficulté, établir un taux de conciliation est impossible dans la mesure où cette procédure n'est ni automatique, ni obligatoire. En effet, elle est soumise à l'entière diligence et disposition des parties. Cependant, entre 2007 et 2011, le nombre de conciliation dans les procédures de prévention a augmenté de 7 %. Et entre 2012 et 2013, il a augmenté de 27 %. Ce chiffre recense les conciliations qui sont tentées. On estime qu'entre 1 000 et 3 000 accords par an aboutissent. Dans le ressort du TGI de Nanterre, en 2011, 60 % des conciliations ont donné lieu à la conclusion d'un accord. Seulement 30 % mènent, à terme, à une procédure collective⁷¹.

Concernant enfin le droit commun, devant le tribunal d'instance, 6 406 affaires se résolvent par conciliation des parties, sur 569 798 affaires « terminées » en 2015. Soit un taux de conciliation de 1,12 %⁷².

À la lecture de ces chiffres, on s'aperçoit que le taux de conciliation, dans les cas où elle est obligatoire (ou du moins une étape essentielle), est extrêmement bas. Pourtant, ces chiffres nous montrent également que lorsque les parties sont prêtes à dénouer le dialogue, la tentative de conciliation aboutit souvent à un succès. Or, au regard des critères organiques et objectifs de la mise

69 sénat.fr rapport sur la justice aux affaires familiales : pour un règlement pacifié des litiges. N°404 du 26 février 2014

70 Justice.gouv, annuaire des statistiques de la justice 2015, chapitre 1

71 Manuel Manuel des entreprises en difficulté de Françoise PEROCHON p.63 à 117. Sources Altares [l'entreprise en difficulté en France](#) rapport 2013 et mars 2014

72 Justice.gouv, activité civile des tribunaux d'instance 2015.

en œuvre de la conciliation, comment expliquer ces deux tendances divergentes ?

Pour répondre il faut d'abord prêter un regard sur l'identité de l'organe chargé de la conciliation (*Section 1*) ; et sur ce que le juriste a institué pour encadrer cette pratique de la conciliation, ce que l'on peut appeler les « principes directeurs » de la conciliation (*Section 2*).

Section 1 : La diversité des organes chargés de la conciliation

Pourtant unis vers l'objectif de concilier les parties au litige, les organes chargés de la conciliation ne sont pas pour autant homogènes. Bien que chaque contentieux ait son organe propre, il faut reconnaître que le statut et le caractère professionnel de l'organe conciliateur sont parfois divergents. Finalement, la conciliation peut obéir à plusieurs schémas de mise en œuvre.

A- Typologie des organes de conciliation, leur statut et leurs formations

§1) Typologie des organes de conciliation

En partant du droit commun, c'est-à-dire devant le juge civil du tribunal d'instance et de la juridiction de proximité, on observe que la conciliation peut s'effectuer selon deux formalités. D'abord le juge a pour mission de concilier lui-même les parties sans qu'il n'ait besoin de justifier d'un mandat de leur part⁷³. C'est ce que prévoit en effet l'article 21 du Code de procédure civile « *il entre dans la mission du juge de concilier les parties* ». Étant donné que cette mission se poursuit tout au long de l'instance et que, même durant le délibéré du juge, les parties ont la possibilité de se concilier, il convient de se demander si cette office du juge ne devient pas aujourd'hui, un nouveau principe directeur du procès.

Ensuite, comme le prévoit l'article 129-2, le juge peut déléguer à un conciliateur de justice, l'exercice de la mission de conciliation. Même si cette mission est déléguée et que le juge garde alors une certaine distance, un contrôle est néanmoins effectué sur cette mission. En effet, la durée de celle-ci est fixée par le juge, ne pouvant excéder trois mois, renouvelable une fois. Et le conciliateur délégué rend compte du déroulement de sa mission, à savoir, si elle a abouti, ou si elle s'est soldée par un échec. Il peut demander au juge l'interruption du processus au motif de l'impossibilité de concilier les parties (article 129-5). Les décisions du juge sur ces questions sont des mesures d'administration judiciaires insusceptibles de recours (article 129-6). Le décret du 20 janvier 2012⁷⁴ relatif à la résolution amiable des différends modifie l'ancienne définition de la mission du conciliateur de justice (précédemment instituée par le décret du 20 mars 1978). En ce sens, il est prévu que leur mission est « *de rechercher le règlement amiable d'un différend dans les conditions et modalités prévues au Code de procédure civile. Les fonctions de conciliateur de justice sont exercées à titre bénévole* ».

73 Cass 1^{er} civ 8 mars 2005 n°01-12 734

74 N°2012-66

Calqué sur le même modèle, l'office de conciliation du juge aux affaires familiales est très similaire. L'article 252 du Code civil prévoit qu'en cas de divorce contentieux, « *une tentative de conciliation est obligatoire avant l'instance. [...]. Le juge cherche à concilier les époux tant sur le principe du divorce que sur ses conséquences* ». C'est le juge aux affaires familiales qui est chargé de cette mission (en ce sens, article 1071 du CPC). En effet, la demande en divorce est susceptible de se découper en deux contentieux : d'abord la question du principe du divorce et la question de savoir s'il y a lieu de faire peser la faute sur l'un des époux. Et ensuite, la question des conséquences du divorce (exercice de l'autorité parentale, liquidation du régime matrimonial, attributions du logement de famille, établissement d'une prestation compensatoire, ...). On remarque une similarité avec le juge civil de droit commun. Il revient, effectivement, d'abord au juge d'effectuer une première tentative de conciliation des parties, mais s'il entrevoit une possibilité de conciliation dans le cas où le dialogue serait d'avantage poussé, il peut procéder à une tentative de conciliation supplémentaire (article 252-2 alinéa 2 du Code civil « *le juge peut décider de suspendre la procédure et de recourir à une nouvelle tentative de conciliation dans les 6 mois au plus tard* »). Dans la même logique, il peut proposer aux époux une mesure plus étendue pour parvenir à la pacification du rapport : une médiation (article 255 du Code civil, 1° « *le juge peut notamment proposer aux époux une mesure de médiation* »).

Concernant ensuite la conciliation au conseil des prud'hommes, l'organe phare ici est le Bureau de Conciliation et d'Orientation (BCO), anciennement « bureau de conciliation », rebaptisé ainsi depuis la loi Macron du 6 août 2015 (article 258). L'article L1454-1 du Code du travail prévoit dans son alinéa 1 que le BCO est « *chargé de concilier les parties* ». Toutefois, cette formule généraliste est atténuée par l'article R516-13 qui dispose « *Le bureau de conciliation et d'orientation entend les parties en leurs explications et s'efforce de les concilier* ». Cette formulation plus légère et moins optimiste de l'article réglementaire traduit peut être une forme fatalité que l'on ne retrouve pas dans les autres contentieux.

Dans le contentieux prud'homal, on observe que la mission de conciliation n'est pas simplement confiée à un magistrat qui pourrait tout aussi bien juger l'affaire au fond. Ici, la phase de conciliation est confiée à un réel organe distinct. Ce BCO a en effet pour mission principale de concilier les parties et ce n'est qu'en cas d'échec que l'affaire sera renvoyée devant un autre organe qui est le bureau de jugement. Toutefois, dire que la fonction du BCO est « exclusivement » de concilier les parties est inexact⁷⁵ et affirmer qu'il est un organe totalement distinct du bureau de

75 Voir *infra* : La porosité de la mission de conciliation avec la mission de mise en état

jugement est également inexact. Relativement à la composition du BCO, nous rappelons que la juridiction prud'homale est une juridiction paritaire. Cela signifie d'une part que les organes chargés de trancher le litige ne sont pas des magistrats professionnels, mais des « pairs », élus ou nommés. D'autre part, la juridiction sera composée d'un nombre égal de pairs de chaque partie : grossièrement elle sera composée d'autant de conseillers employeurs que de conseillers salariés. Ainsi, le BCO est paritairement composé d'un conseiller salarié et un conseiller employeur (article L1423-13 du Code du travail).

Il convient d'apporter un regard critique sur la composition du BCO. En effet, il est légitime que le schéma de juridiction paritaire du conseil des prud'hommes soit respecté tout au long de la procédure, même au stade de la conciliation. Toutefois, depuis la loi Macron, les conseillers salariés ne seront plus élus par leurs pairs mais désignés par les syndicats représentatifs. Ainsi donc, le BCO sera composé d'un conseiller employeur et d'un conseiller syndicaliste. Or, est-il possible de concilier deux antagonistes dans un litige relevant d'un conflit individuel de travail lorsque les conciliateurs sont employeurs et syndicaliste ? La situation décrite en tant que telle est à la limite du comique. Toutefois lorsque l'on prend un peu de recul, ce schéma avec deux conseillers prud'homaux chargés de dénouer le dialogue, s'approche beaucoup de la procédure participative par avocat. Car il est évident que sur un tel litige, les conseillers, qu'ils soient employeur ou salarié, ne seront pas réellement impartiaux. Ainsi, à première vue, il n'est peut être pas très opportun que ce soit le BCO, composé d'une telle manière qui soit chargé de concilier les parties. Et on pourrait considérer qu'il serait d'avantage efficace de confier la phase de conciliation à un organe indépendant et impartial, tel qu'un magistrat professionnel, ou un conciliateur de justice. Toutefois le taux de conciliation devant le BCO est supérieur à celui devant les tribunaux d'instance et juridictions de proximité, donc cette affirmation est à relativiser.

Concernant la conciliation des entreprises en difficulté, il est faux de dire que l'acteur principal est le juge, qui est ici plutôt apparenté à un arbitre extérieur à la négociation. La réforme de la loi du 26 juillet 2005⁷⁶ institue une procédure qui a pour but la conclusion d'accords amiables et confidentiels entre l'entreprise et ses créanciers avec l'aide d'un conciliateur nommé par le juge afin de mettre fin aux difficultés de l'entreprise (le plus souvent, elle conduit à un réaménagement des dettes du débiteur). En résumé, anticiper les difficultés afin de les « tuer dans l'œuf »⁷⁷. L'article L611-4 du Code de commerce met en place une telle procédure de conciliation, devant le tribunal

76 Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises

77 Expression du manuel des entreprises en difficulté de Françoise PEROCHON, LGDJ, 10^e ed 2014/2015, p.63

de commerce, « pour les débiteurs exerçant une activité commerciale ou artisanale qui éprouvent une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible, et ne se trouvant en cessation de paiements depuis plus de 45 jours ». Deux conditions cumulatives sont donc exigées : une condition de fond relative à une difficulté avérée ou prévisible. Et une condition de forme : que le débiteur ne se trouve pas dans une situation de cessation de paiements depuis plus de 45 jours. Le juge apprécie lui-même l'opportunité de l'ouverture d'une telle procédure (article L611-6).

Ainsi, le juge nomme un conciliateur (étant précisé que le débiteur peut proposer un nom) pour une durée fixée ne pouvant excéder 4 mois. (durée prorogeable dans la mesure où la durée totale de la conciliation n'excède pas 5 mois : article L611-6 al 2). L'ouverture d'une telle procédure est communiquée au ministère public. Le rôle du juge est ensuite totalement extérieur, puisqu'il intervient seulement s'il lui est demandé d'homologuer l'accord. (Sauf à considérer que depuis l'ordonnance du 12 mai 2014⁷⁸, il peut demander à divers organes, un renseignement sur la situation économique, financière et sociale du débiteur).

Le conciliateur doit néanmoins rendre compte au Président du tribunal de commerce de l'avancement de sa mission. Il formule les observations utiles sur les diligences de l'entreprise (article L611-7 al 4). En cas d'impossibilité de conciliation, le conciliateur délégué en rend compte au même juge, ainsi qu'au ministère public (article L611-7 al 6).

Pour résumer, nous avons un magistrat qui délègue entièrement la mission de conciliation. Les négociations se déroulent librement « hors des murs » du tribunal. Aussi, le juge qui a autorisé la mission est seulement un arbitre, auquel on rend compte de l'avancement ou du résultat de la mission.

Contrairement aux autres contentieux judiciaires, la demande de conciliation est ici unilatérale et des incitations à négocier pour les créanciers sont légalement prévues⁷⁹.

La critique que l'on peut faire à cette procédure de conciliation est qu'elle n'est pas cumulable avec l'autre procédure « amiable de sauvegarde des entreprises » à savoir, la nomination d'un mandataire ad hoc. En effet, l'idée du mandataire ad hoc est de laisser la gestion de l'entreprise à un tiers, avec moins d'implication émotionnelle, afin de redresser les difficultés financières de l'entreprise. Or, que le mandataire ad hoc mène les négociations à la place du chef d'entreprise dans une procédure de conciliation pourrait amener à plus d'efficacité pour les mêmes raisons.

78 Ord. N°2014-326 du 12 mars 2014, article 4-3°

79 Voir *infra* Les particularisme de la conciliation en contentieux des entreprises en difficulté

§2) Le PV de conciliation : dénominateur commun organique ?

En cas de réussite de la procédure de conciliation, qu'elle soit totale ou partielle, elle est constatée dans un procès verbal de conciliation. Étant précisé que l'étendue de l'accord peut porter sur la totalité du litige ou simplement sur une fraction de celui-ci.

En procédure civile, un procès verbal est un « *acte de procédure établi par un officier public et relatant des constatations, des déclarations ou des dépositions. Cet acte a un caractère authentique* »⁸⁰. Le PV de conciliation n'est pas une décision juridictionnelle. Ce qui revient à dire qu'aucune voie de recours n'est ouverte pour le remettre en cause. L'appel contre lui n'est donc pas recevable, pas plus que ne l'est le pourvoi en cassation.⁸¹ Même si, concernant le contentieux prud'homal, la chambre sociale semble atténuer cette jurisprudence en affirmant que quand bien même un accord transactionnel serait constaté dans un PV de conciliation, les parties peuvent le remettre en cause devant le conseil des prud'hommes.⁸²

Relativement à la conciliation faite en contentieux civil, l'article 130 du Code de procédure civile dispose qu'un accord est effectivement consigné dans un PV de conciliation. Ce même article prévoit d'ailleurs quelques conditions de formes, notamment la signature des parties et de l'organe conciliateur, à savoir, le juge ou le conciliateur de justice. En contentieux prud'homal, l'accord est également constaté par procès verbal. L'article R1454-10 du Code du travail prévoit que celui-ci doit en préciser la portée, qu'il soit total ou partiel.

À la différence de la conciliation conventionnelle, donnant lieu à un accord de conciliation (pouvant prendre la forme d'une transaction), la conciliation judiciaire constatée dans un PV de conciliation sera directement exécutoire. En effet, le PV de conciliation est un acte assimilé au jugement, ainsi il vaut titre exécutoire en vertu de l'article 131 du Code de procédure civile. L'article L111-3;3° du Code des procédures civiles d'exécution inscrit en effet, dans la liste exhaustive des titres exécutoires, « *Les extraits de procès verbaux de conciliation signés par le juge et les parties* ». Ainsi, contrairement à l'accord transactionnel entre les parties, le PV de conciliation n'a pas besoin de faire l'objet d'une procédure d'homologation devant le juge car celui-ci est directement un titre exécutoire. À ce propos, il convient de préciser que jusqu' à JXXI⁸³, la transaction était un acte revêtu de l'autorité de chose jugée (ou plutôt, autorité de chose « transigée »). Ainsi, le juge n'avait pas nécessairement à homologuer les accords transactionnels pour qu'ils soient exécutoires. Ce recul est d'ailleurs étonnant compte tenu de l'enthousiasme et l'intérêt que porte le législateur pour les

80 Lexique des termes juridiques, Dalloz, 21^e ed. 2014

81 Cass ch sociale, 23 octobre 1991, n°90-60452

82 Cass ch sociale, 29 septembre 2010, n°09-42084

83 La loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice, dite J-XXI

MARD que de rétrograder d'un cran la valeur de la transaction. En réponse à cette réforme, nous avons d'ailleurs l'apparition d'une nouvelle pratique à savoir, « l'acte authentique de résolution du litige », qui n'est rien d'autre qu'un accord passé devant notaire. Ainsi, en effet, l'accord des parties vaut titre exécutoire sans qu'il n'y ait besoin de recourir à une procédure d'homologation devant le juge.

Au sein de la procédure de divorce, il n'y a pas, à proprement parler de procès verbal de conciliation. Pour la simple et bonne raison que le litige, même dénoué devant l'organe conciliateur, n'est pas éteint. Il est seulement réorienté vers une procédure gracieuse. Toutefois, ce n'est pas pour autant que les engagements pris devant le juge lors de la phase de conciliation sont dénuées de toute valeur. En effet, l'acceptation au principe de la rupture du mariage qu'un époux formule devant le juge aux affaires familiales est strictement irrévocable. Sauf à démontrer que le consentement lui a été extorqué (article 233 alinéa 2 du Code civil).

En dérogation, la conciliation en contentieux des entreprises en difficulté, si elle aboutit, ne donne pas lieu à un PV de conciliation. En effet, celle-ci, est externalisée, et bien qu'autorisée par le juge, est imprégnée d'un modèle de conciliation d'avantage conventionnel. Une autre particularité marque cette procédure de conciliation : en cas d'accord, le contenu peut être soit seulement constaté, soit faire l'objet d'une homologation par le juge. Deux possibilités s'ouvrent donc à ses acteurs (article L611-8 du Code de commerce). L'enjeu est celui de la confidentialité par opposition à la sécurité. En effet, la constatation fait l'objet d'une requête conjointe des parties et l'accord reste strictement confidentiel. Elle suit le modèle d'une convention de droit privé suivant les règles de droit commun. Elle pourra donc à ce titre prévoir des conditions d'exécution des obligations, des clauses résolutoires, etc ... À l'inverse, les parties peuvent choisir la voie de l'homologation qui est lourde en terme de publicité (notamment inscrite au BODACC et communiquée au commissaire aux comptes), mais elle met les créanciers à l'abri des potentielles nullités de l'accord et elle vaut directement titre exécutoire. Sauf à considérer d'une éventuelle procédure collective.

Et surtout, la conciliation homologuée offre aux créanciers le « privilège de la conciliation » en cas de pluralité de créanciers dans une procédure collective.

Enfin, l'idée que dans le droit commun, le PV de conciliation constate un accord, en précisant que cet accord peut être total ou partiel, réinscrit l'idée de hiérarchie en rappelant une préférence

pour la commune volonté des parties face à la solution tranchée du juge.

§3) Statut et formation du conciliateur

Pour introduire la question, on peut revenir à la formulation de la Cour de cassation⁸⁴ « *la médiation est une modalité de la conciliation* ». Peut-on considérer, *a contrario* que la conciliation est une médiation sans formalité, donc non « formalisée » ?

D'après la typologie dressée précédemment, on compte deux possibilités d'organes conciliateur : le juge et le conciliateur judiciaire, délégué, (ajouté à eux, le BCO aux prud'hommes). Donc plusieurs questions sont à soulever : quelles sont les formations du juge en matière de conciliation ? Et concernant le conciliateur de justice, quels diplômes sont-ils demandés et quel statut lui est-il offert ?

Concernant la question de savoir si les magistrats sont formés à la conciliation, le site internet de l'école nationale de la magistrature est silencieux.⁸⁵ Quelque part, cette solution est logique dans la mesure où la mission initiale du juge est de trancher le litige. Mission à l'opposée même de la conciliation des parties. Rappelons nous, « *le juriste se retrouve dépossédé de ses capacités* ». Toutefois, étant donné que concilier les parties est une office du juge, que les MARD sont de plus en plus encouragés dans l'inflation législative actuelle. Dans certains domaines, la mission du juge est exclusivement d'amener les parties à la négociation, notamment dans les phases de conciliations obligatoires. Et même parfois, des magistrats seront amenés à participer à des « négociations », notamment en droit pénal avec l'avènement de la composition pénale, de la CRPC où la réponse pénale est dite « négociée »⁸⁶. Ce vide de formation est étonnant quand on s'aperçoit que parallèlement, les MARD sont devenus une nouvelle spécialisation de l'avocature, que certaines écoles forment aujourd'hui à la conciliation⁸⁷, voire que des Master2 se créent dans le domaine exclusif des MARD⁸⁸.

En ce qui concerne la formation des conseillers prud'hommes, le Professeur CASEAUX-

84 Cass 2^e civ 16 juin 1993 n°91-15,332

85 Enm.justice.fr/Pédagogie : sur les 8 pôles de la formation initiale, notamment humanité judiciaire, processus de la décision et de la formalisation de la justice civile, ... rien n'est dit sur la conciliation ou les règlements amiables.

86 Pour des raisons "d'épée de Damoclès", elle n'est pas négociée librement, c'est un sujet débattu en doctrine aujourd'hui

87 www.epmn.fr/pratique-de-la-conciliation

88 Faculté de droit et sc. Pol. De l'université de Bordeaux, Master 2 de modes alternatifs de règlement des litiges, dirigé par Aurélie BERGEAUD-WETTERWALD

LABRUNEE⁸⁹ pointe du doigt le cruel manque de formation de l'organe conciliateur. Pour exercer leur fonction, l'article L1442-2 du Code du travail prévoit une formation initiale de 6 semaines pour leur mandat de 5 ans. Ensuite, tous les ans, une semaine de formation est prévue pendant la durée de leur mandat (excepté la première année où deux semaines sont prévues). Cette formation continue, d'une part, est courte, d'autre part, est vide de substance juridique et se cantonne à des règles disciplinaires, à des principes directeurs essentiels de la justice (contradictoire, secret du délibéré, ...). La formation est là encore silencieuse sur la conciliation.

À propos maintenant des conciliateurs de justice, les deux textes à retenir, sont les décrets du 20 mars 1978, modifiés par le décret du 20 janvier 2012. La caractéristique première des conciliateurs de justice, rappelée par l'article premier du décret, est le bénévolat. Grossièrement, on pourrait affirmer « qui dit bénévolat dit institution fragile, vacillante, incertaine, ... ». Et effectivement, la fonction de conciliateur en tant que telle ne bénéficie pas de réel statut. Aucune condition de diplôme n'est exigée par les textes, il est seulement indiqué que la personne, pour pouvoir prétendre à devenir un conciliateur, doit justifier d'une expérience juridique d'au moins trois ans ainsi que d'une compétence et d'une activité qui les qualifient particulièrement pour l'exercice de leurs fonctions. On insiste⁹⁰ sur les qualités qui sont demandées au conciliateur telles que des qualités morales, humaines, intellectuelles, le sens du service public. Autrement dit, ces conditions de recrutement sont marquées par une très grande confusion et obscurité.

À côté de cette opacité sur les qualifications, des règles déontologiques sont relativement strictes concernant ce qui est attendu de la part du conciliateur. Notamment, nous le rappelons, le bénévolat, la confidentialité. Étant précisé que, concernant la confidentialité, certaines exceptions d'intérêts primordiaux existent, notamment des raisons impérieuses d'ordre public, l'intérêt supérieur de l'enfant, l'intégrité physique d'une des personnes concernées ou encore, lorsque la révélation de l'accord de conciliation (en tout ou partie) est nécessaire pour sa mise en œuvre ou son exécution. (Article 129-4 CPC). D'autres obligations, ou « idéaux » issus du serment sont à noter : la loyauté, l'exactitude, la diligence, la probité, l'honneur, la délicatesse, le respect de la dignité dans la sphère professionnelle et privée, la formation (sur le guide précité).

Parallèlement aux conciliateurs de justice, il convient de préciser que les médiateurs, quant à eux, ont fait l'objet de l'instauration d'un statut officiel à partir du décret du 22 juillet 1996⁹¹,

89 Cours Magistral de contentieux du travail de Lise CASEAUX-LABRUNEE, université Toulouse 1 Capitole année 2015-2016

90 Conciliateurs de justice, guide pratique 2012. www.ca-lyon.justice.fr

91 Décr. N°96-652 du 22 juillet 1996 relatif à la conciliation et à la médiation judiciaire

réglementant la médiation aux articles 131-1 et suivant du Code de procédure civile. Et plus récemment, la directive du 21 mai 2008, transposée par l'ordonnance du 16 novembre 2011.

Ainsi donc on peut conclure que le statut des conciliateurs de justice est coloré d'une grande imprécision. Au même titre que la formation de ces organes à la conciliation qui est inexistante. Concernant d'ailleurs les conciliateurs de justice, bien que l'on ne leur demande pas de diplôme précis, on réclame une formation et une expérience juridique (sans préciser laquelle, sans préciser ce qui est entendu par expérience juridique). Alors que dans certains contentieux, une formation en psychologie serait plus opportune.

En effet, les seules règles que connaît le juriste concernant le dialogue est le contradictoire. Règles qui ne sont d'ailleurs pas toujours opportunes en matière de conciliation puisque le conciliateur peut, et parfois doit, entendre les parties séparément dans la confidentialité. Or une formation en psychologie serait sans doute plus adaptée à certains contentieux, dans l'objectif de dénouer le conflit et de réinstaurer un dialogue entre les deux antagonistes.

Au contraire, dans le contentieux des entreprises en difficulté, la délicatesse du litige et des connaissances minimums sont nécessaires. Force est de constater que les compétences du conciliateur ne seront pas singulièrement les mêmes selon le contentieux. Des connaissances juridiques certaines seront ici nécessaire, alors qu'en contentieux familial par exemple, une proximité et une approche humaine du litige serait plus efficace pour dénouer le conflit.

B- L'existence de plusieurs schémas de mise en œuvre de la conciliation

§1) Les différents schémas types de mise en œuvre de la conciliation

À la lecture des modèles selon lesquels la phase de conciliation est mise en œuvre, nous pouvons en tirer des sous catégories. Ainsi, trois schémas peuvent être dessinés.

- La forme classique, faite par le juge qui accueille la demande et qui tente de concilier les parties. Il effectue cette instauration du dialogue par lui-même. Et s'il échoue, sa mission se décline en une mise en état de l'affaire⁹² afin qu'elle soit transmise à l'organe de jugement. C'est le cas de la procédure de conciliation devant le tribunal d'instance et la juridiction de proximité. Devant lesquels l'assignation est faite aux fins de conciliation, et, à défaut, de jugement. C'est également, automatiquement le cas en contentieux de la famille où un premier juge aux affaires familiales tente de concilier les parties. Aussi bien sur le principe du divorce que sur les conséquences qui en découlent. Et en cas d'échec, ce même juge aux affaires familiales statue sur des mesures provisoires (article 254 et suivant du Code civil), instruit, s'il y a lieu, le litige, et endosse le rôle de juge de la mise en état de l'affaire afin de la transmettre au jugement (article 1073 du Code de procédure civile). Ou encore, le cas du contentieux prud'homal depuis la loi du 6 août 2015.

- la forme déléguée, forme selon laquelle le juge, face à une possibilité qu'il entrevoit de concilier les parties, délègue la mission à un conciliateur de justice en fixant les modalités et la durée. Le conciliateur est désigné par le juge, même s'il n'a pas l'accord des parties. Et le délégué doit rendre des comptes au délégataire sur l'avancement de sa mission, tout en respectant le principe de la confidentialité.

- la forme libérale, externalisée. *A priori* « externalisation » et « délégation » seraient synonymes. Alors qu'en réalité, la délégation sous entend une idée de hiérarchie, de lien de subordination entre le juge délégataire et le conciliateur délégué. Or, dans l'externalisation, nous n'avons pas cette idée de subordination. Le dictionnaire⁹³ nous dit d'ailleurs « *sous-traitance, impartition, ou transfert de toute ou partie d'une tâche, d'une fonction vers un partenaire externe* ». Dans cette définition, le terme « sous-traitance » est ici très intéressant puisque justement, en droit du travail, ce qui différencie la sous-traitance d'un contrat de travail, c'est l'existence de ce lien de subordination.

Cette forme libérale, externalisée serait le modèle de la conciliation en contentieux des entreprises en difficulté. En effet, contrairement à la conciliation déléguée en droit civil, la mission

92 Voir infra : Porosité avec mission de mise en état

93 Larousse.fr/dictionnaire/français

du conciliateur en contentieux des entreprises en difficulté est plus longue, plus périlleuse et le contrôle du magistrat sur le déroulement des négociations est bien moindre. Il est des cas selon lesquels l'accord ne sera même pas porté à sa connaissance aux fins d'homologation (cas d'un accord constaté). De plus, contrairement au contentieux civil où le juge peut déléguer sa mission de conciliation à un tiers, sans même qu'il n'ait l'accord des parties, en contentieux des entreprises en difficulté, le requérant a la possibilité de proposer le nom d'un conciliateur. Ceci est une marque de la libéralité de ce schéma.

Après avoir cité ces formes, comment peut-on classer la conciliation devant le BCO ? Car nous pourrions aussi bien considérer que, étant un organe nommé distinct, cette mission de conciliation serait externalisée ; ou du moins, déléguée. Cette solution s'appuie sur le critère organique. Mais d'un autre côté, en portant un regard pragmatique, on peut considérer qu'il se rangerait dans le schéma classique. En effet, la composition du BCO est exactement la même que le bureau de jugement en formation restreinte. Les conseillers exercent aussi bien la mission de conciliation que de jugement, en respectant les règles de confidentialité, sauf à considérer des atteintes qui sont portées à ce principe.⁹⁴

La question vient alors à se poser : quel schéma est le plus efficace ?

§2) Regard autour de l'efficacité de ces différents schémas

Tous les chiffres et statistiques précités démontrent qu'une conciliation externalisée, déléguée, voire, une médiation est plus efficace lorsque les parties se montrent prêtes au dialogue. Or la difficulté reste que les juges n'ont que trop peu le réflexe d'orienter les parties vers un conciliateur judiciaire ou un médiateur. Mais ce n'est pas pour autant que la conciliation obligatoire est la plus efficace. D'ailleurs, récemment, un rapport transmis au sénat⁹⁵ a émis la proposition de déléguer la conciliation en matière familiale à un conciliateur de justice (pour des litiges « mineurs »). On aurait alors une phase de conciliation obligatoire et externalisée pour le contentieux dont la matière se prête le plus au dénouement par le dialogue.

Mais il n'y a pas qu'en droit de la famille que la conciliation suit un mouvement de délégation. En effet, la loi Macron, suivie du décret du 20 mai 2016⁹⁶, poursuivent une voie d'externalisation de la possibilité d'un règlement amiable du litige. Ces réformes ont modifié substantiellement l'organe

94 Voir *infra* Les principes directeurs de la conciliation

95 Rapport d'information sur la justice familiale par Catherine TASCIA et Michel MERCIER (rapport n°404 du sénat du 26 février 2014)

96 Décret n°2016-660 du 20 mai 2016 relatif à la justice prud'homale et au traitement judiciaire du contentieux du travail

conciliateur qui est désormais chargé de la mise en état de l'affaire. Ainsi, le BCO, pratiquant à la fois de la mission de conciliation et de mise en état de l'affaire, a désormais la possibilité d'externaliser la conciliation. C'est-à-dire qu'il peut enjoindre les parties à rencontrer un médiateur ou un conciliateur de justice. En ce sens, la loi Macron porte abrogation de l'article 24 de la loi de 1995 qui limitait aux seuls contentieux civil et commercial la possibilité d'enjoindre les parties à rencontrer un médiateur. En effet, initialement, il est difficilement concevable qu'un organe puisse orienter les parties vers un médiateur alors que sa mission exclusive est de concilier les parties. Cependant, force est de constater que l'engorgement des tribunaux ne permet pas de pousser le dialogue suffisamment loin pour dénouer le litige. On remarque d'ailleurs encore une fois que la médiation est considérée comme une modalité, un modèle plus abouti de conciliation. Cette remarque est un constat d'aveu de la part du législateur, selon lequel une conciliation déléguée est potentiellement plus efficace.

Étant également précisé que, par cette même loi, la possibilité d'une procédure participative a été étendue devant le BCO. En effet, l'article 2064 du Code civil, dans son second alinéa, prévoyait qu'aucune convention contenant une clause de résolution préalable par procédure participative n'était opposable devant le conseil des prud'hommes. Or ce second alinéa a été abrogé et la procédure prud'homale peut désormais répondre à la possibilité prévue par le premier alinéa du même article prévoyant que « *toute personne, assistée de son avocat, peut conclure une convention de procédure participative sur les droits dont elle a la libre disposition* ». Il convient de rappeler en ce sens, que les clauses de conciliations préalables n'étaient pas applicables devant le conseil des prud'hommes. En effet, la Cour de cassation, dans un arrêt de décembre 2012⁹⁷, a pu juger que, contrairement à l'arrêt de principe de la chambre mixte du 14 février 2003, un contrat de travail qui contiendrait une clause de conciliation préalable ne pouvait pas être sanctionné par une fin de non-recevoir en cas d'irrespect de cette clause. Or étant donné que la législation est évolutive en ce sens, il convient de se demander s'il y aurait aujourd'hui lieu d'appliquer cette même jurisprudence. En effet, si désormais, devant le BCO, la compétence de conciliation n'est plus exclusive, pourquoi des parties cherchant à se concilier préalablement seraient-elles sanctionnées ?

Cette réforme fait donc preuve de pragmatisme et donne la liberté pour l'organe conciliateur de poursuivre dans la voie du dialogue lorsqu'il entrevoit la possibilité d'un règlement amiable.

Cette évolution du schéma de la conciliation devant le conseil des prud'hommes est commenté par Vincent ORIF comme un rapprochement vers le droit commun procédural⁹⁸. Ainsi, le modèle

97 Cass, chambre sociale 5 décembre 2012 n°11-20 004

98 Vincent ORIF, Le rapprochement entre la procédure prud'homale et le droit commun procédural, La gazette du Palais du 30/08/16, n°29 p47

vers lequel les réformes tendent est le schéma délégué.

Ce schéma d'une conciliation externalisée permet, en outre, de « filtrer » les affaires pouvant, selon le juge, se solder sur un règlement amiable. En effet, la conciliation ne serait-elle pas bien plus efficace si elle avait lieu après la mise en état de l'affaire ? Ou alors si un premier filtre divisait le contentieux en deux blocs : les affaires pouvant potentiellement se dénouer amiablement, et celles qui ne le peuvent apparemment pas, selon l'estimation du juge. Car aujourd'hui, lorsque les conciliations sont obligatoires, le taux de réussite amène les juges à « bâcler » cette phase. (Il est en effet estimé que la phase de conciliation et d'orientation au conseil des prud'hommes dure en moyenne moins de 10 minutes⁹⁹). Ainsi, ne serait-il pas d'avantage productif d'ajouter une phase de filtre pour orienter une certaine partie des affaires vers l'organe conciliateur (le BCO par exemple), et une autre partie vers l'organe de jugement ?

Des statistiques permettent d'illustrer et démontrer que ce circuit à emprunter serait le meilleur. En l'an 2008, sur 112 828 affaires soumises à un conciliateur, 67 245 ont abouti à une conciliation, soit environ 59,6 %. Ces affaires sont des contentieux que le juge a pris le temps d'analyser et dont il a pris la décision de confier à un conciliateur judiciaire, le soin de dénouer le litige. Ainsi, lorsque le juge, après un filtre préalable, choisit de confier le différend à un conciliateur délégué, le taux de réussite est extrêmement haut. Pourtant, d'un côté, Roger PIERROT affirme que le législateur « fonde beaucoup d'espoir sur ce mode de règlement des litiges »¹⁰⁰, mais *a contrario*, Jacques POUMAREDE qualifie la conciliation de « mal-aimée des juges ». Car ceux-ci ne jouent pas le jeu de la délégation et ne confient qu'une quantité infime de différends aux délégués. Et malgré le taux de réussite très important de ces conciliateurs de justice, devant les juridictions d'instance et de proximité, le taux de conciliation est d'environ 1 %. Le paradoxe ici est conséquent.

Jean-Baptiste RACINE, à ce propos, préconise d'encourager les juges à déléguer le contentieux vers les conciliateurs de justice. Pour cela, il faudrait intégrer dans les rapports annuels d'activité des tribunaux, les affaires résolues par médiation ou conciliation. Mais également en calculer les coûts économisés en prenant en compte le temps du magistrat et la lourdeur du dossier résolu par voie alternative.

99 ooreka.fr/comprendre/conciliation-prudhommes

100 Statistiques énoncées dans le manuel de Roger PIERROT institutions judiciaires MONTCHRESTIEN 15^e ed page 381

Lorsque l'on constate qu'il existe deux (ou trois) schémas de mise en œuvre de la conciliation, on peut se poser la question de savoir les avantages et inconvénients d'une forme par rapport à l'autre. Le schéma délégué ou externalisé semble bien plus efficace, toutefois, Roger PIERROT soulève une problématique. Concernant la médiation et la conciliation déléguée, il dénonce que certaines pratiques consistaient en réalité, pour le juge, à déléguer une tentative de conciliation à un médiateur et, en cas d'échec, de charger celui-ci d'effectuer une mise en état de l'affaire¹⁰¹. Or d'une part, cela consistait à privatiser la phase de mise en état, et d'autre part et surtout, cela pouvait causer une atteinte grave au principe de confidentialité. Voire même de mener à un pré-jugement et donc de porter atteinte à l'impartialité du juge.

Il est évident que le tiers qui a tenté de concilier les parties ne devra pas, lui même procéder au jugement de l'affaire. Mais un autre désagrément réside dans la communication de l'organe conciliateur avec l'organe de jugement à propos de l'affaire.

En effet, par extension, la problématique derrière la forme classique par rapport à la forme déléguée est de savoir si elle ne porte pas atteinte, au moins dans la substance ou dans son schéma, au principe de confidentialité. En rappelant que la confidentialité est un des principes directeurs de la conciliation.

101 Roger PIERROT institutions judiciaires MONTCHRESTIEN 15^e ed page 381 : médiation judiciaire (point 497)

Section 2 : Les « principes directeurs » de la conciliation

Le terme de principes directeurs est à inscrire entre guillemets car la phase de conciliation, en particulier devant un conciliateur délégué n'est pas juridictionnelle. Ainsi, il est inexact de dire que des principes directeurs sont applicables devant le conciliateur, d'autant plus qu'il s'agit d'un mode « alternatif » au processus judiciaire et juridictionnel classique. Ajouté à cela, le législateur serait hostile au fait d'intégrer trop de réglementation stricte à la conciliation qui doit rester un processus a-juridique pour être efficace.

Étant donné qu'il s'agit donc moins de principes que de voies ou directions que doivent suivre les conciliations, il conviendrait donc d'avantage de parler de « règles directionnelles » garantissant le déroulement efficace de la conciliation.

Quoi qu'il en soit, les auteurs s'accordent pour affirmer que la conciliation doit répondre à certaines exigences pour être efficace, notamment et surtout, aux impératifs de confidentialité et d'impartialité (A.). Mais pour mener à bien sa mission, l'organe conciliateur dispose de certains pouvoirs, et certaines prérogatives (B.). Étant toutefois précisé que ceux-ci divergent d'un contentieux à un autre.

A- Les principes directeurs du procès civil face à la conciliation

Lorsque l'on regroupe les compétences qui sont attendues du conciliateur et les critères indispensables à la réussite de la conciliation, nous pouvons mettre en exergue la confidentialité et l'impartialité (2.). Mais avant, il convient de se poser la question de la place du contradictoire, grand principe directeur de la procédure civile, dans la procédure de conciliation (1).

§1) Le principe du contradictoire dans la conciliation

a) La valeur juridique du principe du contradictoire

Il est pertinent de rappeler ce qu'est le principe du contradictoire et quelle valeur a-t-il dans la hiérarchie des normes. Le principe du contradictoire, ou la contradiction, découle du principe d'égalité des armes. C'est un principe général donnant la possibilité pour une partie de répondre aux

accusations, preuves et éléments à son encontre sur un plan juridictionnel. Dans le Code de procédure civile, les articles 14 à 17 prévoient les différentes déclinaisons du principe du contradictoire sans définir celui-ci. D'abord il proscriit les jugements rendus à l'encontre d'une partie qui n'aurait pas été entendue ou appelée. Dans son contenu, la contradiction prévoit la possibilité pour une partie d'avoir accès aux pièces, moyens et prétentions de l'adversaire afin d'organiser une défense réelle. Ensuite, il inscrit le juge comme l'arbitre, le garant de la contradiction dans les débats et dans sa décision.

Concernant la valeur du contradictoire, il serait *a priori* de nature réglementaire puisque inscrit dans le Code de procédure civile. Toutefois, la jurisprudence a très tôt admis qu'il était un droit naturel du justiciable¹⁰². De plus, celui-ci est inscrit dans l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. La jurisprudence de la Cour de Strasbourg a pu élever le principe de la contradiction comme entière composante du procès équitable, notamment dans les arrêts du 24 février 1995 Michael contre Royaume-Unis¹⁰³ et du 22 juin 1993 Mélin contre France.¹⁰⁴

Ainsi élevé au rang de droit naturel et principe conventionnel, le contradictoire devrait s'appliquer dans bon nombre de phases juridictionnelles. Toutefois, le droit positif admet des domaines d'exception au contradictoire, notamment en matière gracieuse ou dans les procédures d'expertise¹⁰⁵.

Il convient donc de se demander si le principe du contradictoire a vocation à s'appliquer dans une procédure de conciliation.

b) Le contradictoire comme modèle de dialogue conflictuel

Concrètement l'incidence du contradictoire dans un procès sera d'instaurer un dialogue cohérent. En effet, il prévoit la possibilité pour chaque partie, dans un premier temps, de parler librement sans être interrompue, de développer ses prétentions, ses arguments et ses preuves. Puis dans un second temps, de répondre aux dires de l'adversaire sans être interrompu à son tour. Ce modèle du dialogue contradictoire est donc *a priori* parfaitement sain. Il constitue même un idéal du dialogue. Toutefois, des problématiques peuvent être soulevées dans la mesure où le contradictoire est le mode de dialogue qui figure dans un procès, or, comme vu précédemment, la conciliation est

102 Cass civ 7 mai 1828

103 Requête n°16424/90 du 24 février 1995

104 Requête n°12914/87

105 Cass chambre commerciale 19 avril 2005 n°05-10 094

un processus a-juridique. Par ailleurs, il est probable que le dialogue contradictoire ne soit pas le meilleur schéma de discussion pour parvenir à une conciliation des antagonistes.

Le modèle du dialogue contradictoire permet aux parties de communiquer avec le juge, d'exposer ses arguments afin de trancher le litige. La communication, lors du procès ne se fait donc pas entre les parties directement mais entre le juge et les parties une à une. Or, étant donné que l'objectif d'une partie lors d'une audience est d'emporter la conviction du juge, il semblerait que le but du contradictoire soit uniquement axé sur l'idée de trancher le litige. Ainsi, il ne conviendrait pas à la conciliation.

Lorsque l'on regarde les méthodes thérapeutiques qu'utilisent les psychologues pour dénouer le dialogue, on se rend compte qu'elles sont à l'opposé du dialogue juridique contradictoire. Quatre étapes sont essentielles pour y parvenir. Premièrement, déterminer l'origine du conflit. Cette étape est sans doute la plus essentielle de toutes et on remarque immédiatement que le juriste fait l'impasse sur celle-ci. En effet, le juriste ne va chercher qu'un résumé succinct et objectif des faits. Deuxièmement, les parties doivent exprimer les reproches mutuels qu'elles ont l'une envers l'autre. Troisièmement, comprendre l'autre, accepter son point de vue et entendre les arguments de chacun. Sur ces deux étapes successives, nous pouvons citer Marshall ROSENBERG, universitaire à Harvard, auteur de la méthode du dialogue non violent destiné à transcrire le conflit en dialogue. Il explique que pour y parvenir, il faut d'abord observer sans juger, puis exprimer clairement ses sentiments, ensuite identifier ses besoins et enfin formuler sa demande¹⁰⁶. Quatrièmement, trouver la solution. Étant précisé que la solution doit naître des parties. Pour la simple et bonne raison que le fait que la solution provienne des parties permet d'éteindre définitivement le conflit. Il est vrai que de son point de vue, le juriste est indifférent à l'extinction définitive du conflit, il suffit que celui-ci fasse l'objet d'un accord à un instant T pour que celui-ci acquière force obligatoire (que l'accord soit constaté dans une convention ou un PV de conciliation). Cependant, il est vrai qu'il est dans le rôle du médiateur, au contraire, d'éteindre, non seulement, tout conflit actuel, mais également, tout conflit à naître. Cette solution paraît d'autant plus profitable dans certains litiges comme ceux issus d'un problème de voisinage.

Le rôle du conciliateur dans la mission de dénouement du conflit est en réalité une mission d'arbitre. Il ne doit pas pour autant être passif mais veiller au bon déroulement du dialogue, veiller à ce que chacun soit à l'écoute de l'autre et orienter le dialogue vers la résolution amiable du conflit.

106 Les mots sont des fenêtres ou bien ils sont des murs? Marshall Rosenberg, Syros, 1999. Article traduit par Psychologies.com

Concernant la solution, si les parties ne parviennent pas à en dégager une par elles-mêmes, le conciliateur peut en suggérer une, mais en aucun cas il ne doit leur présenter comme étant la seule et unique issue du conflit. Le but étant de parvenir à un résultat que les antagonistes auront construit ensemble.

c) Le contradictoire dans l'état du droit positif de la conciliation

Concernant la contradiction et la conciliation dans le droit positif, on remarque immédiatement que rien n'y est prévu. En allant plus loin, on pourrait même déclarer qu'elle n'y a pas sa place. En effet, le principe de la contradiction prévoit que les parties ont le droit à être présentes et entendues sur les prétentions faites à leur encontre. Or, le droit positif prévoit la possibilité, voire, l'obligation, pour le conciliateur, d'entendre les parties séparément.

Concernant en effet le contentieux prud'homal, l'article L1454-1 prévoit dans son alinéa second que le BCO « *peut* » entendre les parties séparément dans la confidentialité. Il est clair qu'une telle pratique n'est pas conforme au débat contradictoire. Puisque dans une telle situation, le juge entendra les dires et les reproches qu'une partie formule à l'encontre de son adversaire sans que celui-ci ne puisse en connaître le contenu. Cette pratique est-elle dangereuse ? Si cette possibilité est proscrite dans une phase juridictionnelle, c'est pour garantir l'équilibre et la vérité. En effet, une partie ne peut pas diffamer son adversaire si celui-ci est présent car la possibilité de se défendre lui est donnée. Or dans la conciliation, ceci serait possible. Mais dans la mesure où, dans la conciliation, l'objectif n'est pas d'emporter la conviction du juge, mais d'obtenir un accord des deux antagonistes, cette possibilité n'a aucune incidence grave et ne peut pas faire grief à la partie absente. Cette possibilité qu'a le conciliateur d'entendre les parties séparément est destinée à instaurer un climat de confiance, et permettre à un des deux antagonistes d'extérioriser sa haine et les reproches qu'il a envers l'autre sans pour autant violer le droit naturel de l'égalité des armes.

D'ailleurs, cette hypothèse est appuyée par la formulation de l'article 252-1 du Code civil relatif à la conciliation en procédure de divorce : le juge « *doit* » entendre les parties séparément. Ainsi, dans cette procédure, c'est une obligation pour le conciliateur (le juge) que de mettre entre parenthèse le modèle du dialogue contradictoire pour entendre les époux confidentiellement et séparément l'un de l'autre. Cela conforte l'hypothèse précédente, car ici les antagonistes ne sont pas de simple cocontractants, ils sont époux. Or, le mariage est une institution, une union entre deux personnes qui forment une famille. Donc dans ce contentieux, les parties sont bien plus que deux sujets liés par une convention, ils constituent le cœur d'une famille qu'ils ont eux-même créée. La priorité dans ce contentieux est donc encore plus psychologique que juridique. Cela justifie donc

l'obligation pour le juge d'entendre les parties séparément pour dénouer le litige. Et, par extension, cela démontre que le contradictoire n'est pas une solution adéquate pour mener à bien une conciliation.

d) Le déphasage entre le dialogue contradictoire et la conciliation

Jean-Baptiste RACINE¹⁰⁷, dans son approche processuelle explique, à propos de la conciliation extra-judiciaire que les antagonistes ne sont pas des « parties » au litige, il n'y a donc pas lieu d'appliquer le contradictoire au dialogue. Et il semblerait que cette logique s'applique également dans la conciliation judiciaire puisque c'est une phase non-juridictionnelle et même quasiment a-juridique. De plus, étant donné que, comme dit précédemment, la conciliation pour être efficace doit s'inscrire à contre-pied de la logique et du formalisme juridique. il n'y a pas lieu d'appliquer le contradictoire à cette phase et encore moins de prévoir des sanctions contre une pratique qu'une partie jugerait irrespectueuse du principe du contradictoire.

Ainsi donc, il y a unanimité pour dire que le contradictoire est inadapté à la phase de conciliation puisqu'il ne répond pas à l'objectif de dénouement du dialogue. Il ne paraît pas comme indispensable et inviolable, contrairement à une phase juridictionnelle où son irrespect serait sanctionné. Enfin, il semble inadéquat car trop « juridique » dans un procédure de conciliation qui montre la volonté de s'inscrire comme une procédure « a-juridique ».

§2) L'impartialité et la confidentialité dans la conciliation

a) Définition, inscription et valeur des principes d'impartialité et de confidentialité dans le droit positif

L'impartialité est un des principes les plus fondamentaux de la justice. Elle est la règle selon laquelle les juges doivent être indépendants à l'égard de l'autorité de l'État, et neutres à l'égard des parties. Ce principe d'impartialité est prévu à l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH.). Et également transposée en droit interne. Les articles L111-5 et L111-6 du Code de l'organisation judiciaire en prévoient les garanties et les sanctions.

¹⁰⁷ Jean-Baptiste RACINE, Professeur à l'université de Nice Sophia Antipolis, colloque "La résolution des conflits par le Dialogue" du Vendredi 17 mars 2017, université de Toulon

La confidentialité, quant à elle n'est pas un principe fondamental du procès, bien au contraire. Elle se définit comme le caractère confidentiel d'une information, c'est-à-dire secrète qui concerne un nombre limité de personnes. Le secret vient du latin *secretum*, et définit une chose qui doit être tenue cachée¹⁰⁸. Or une première remarque est à soulever, en effet, la confidentialité est apparemment incompatible avec le procès, le jugement. Car d'une part, rendre les débats publics est un moyen efficace de garantir une application en bonne et du forme des règles de droit en vigueur et d'autre part, le fait de rendre le jugement public est primordial pour qu'il emporte ses effets à l'égard des tiers. Le principe fondamental en vigueur concernant le procès et le jugement n'est d'ailleurs pas celui de la confidentialité, mais au contraire celui de la publicité¹⁰⁹.

Ainsi, par la définition de ces deux termes, on s'aperçoit qu'ils sont liés. En effet, la confidentialité d'un dialogue de conciliation est faite pour garantir l'impartialité de l'organe de jugement par rapport à ce qui a pu être déclaré dans la conciliation. Rappelons qu'il existe deux déclinaisons de l'impartialité : l'impartialité objective qui répond à une problématique organique et qui garantit la protection du justiciable contre un pré-jugement de la part du juge. Et l'impartialité subjective, qui tourne d'avantage autour de la personne humaine qu'est le juge et des rapports qu'il peut avoir avec une des parties qui viendrait fausser la neutralité de son jugement. Dans une procédure de conciliation, la confidentialité serait donc un moyen de garantir l'impartialité objective du magistrat.

Cette garantie de l'impartialité objective doit en théorie, encourager les parties à dialoguer librement, sans craindre de devoir surveiller leurs mots. Car elles n'ont pas à craindre que soient versées au débat, des déclarations faites lors de la conciliation. Cette vision souligne l'idée qu'il faille un débat le plus dénoué possible pour parvenir à un accord amiable. Ainsi par exemple, on pourrait imaginer un des époux qui, lors de la phase de conciliation, mentionne son infidélité sans que pour autant cet « aveu » ne puisse être versé au débat ultérieurement.

b) L'état du principe de confidentialité dans le droit positif de la conciliation

Le principe de confidentialité est inscrit dans le droit positif en ce qui concerne les conciliateurs et médiateurs de justice. Notamment dans la loi du 8 février 1995, qui, en son article 24 qui prévoit que « *le conciliateur et le médiateur sont tenus à l'obligation du secret à l'égard des tiers. Les constatations [...] et les déclarations qu'ils recueillent ne peuvent être invoquées devant*

108 Le petit Larousse 2003

109 Article 6§1 CEDH. "Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue [...] Publiquement"

le juge saisi du litige qu'avec l'accord des parties ». Cette obligation est inscrite à l'article 129-3 du CPC. Étant d'autant plus précisé que le conciliateur engagerait sa responsabilité civile, mais également pénale sur le fondement de l'article 226-13 du Code pénal relatif à la violation du secret professionnel.

Il convient de préciser que ce principe de confidentialité souffre de quelques exceptions. Il s'agit des raisons impérieuses d'ordre public, l'intérêt supérieur de l'enfant, l'intégrité physique ou psychologique de la personne. Ou encore, lorsque la révélation d'une partie de l'accord est nécessaire pour la mise en œuvre de son exécution. Les exceptions relatives à l'intérêt supérieur de l'enfant sont en effet primordiales en contentieux relatif au divorce et l'on imagine que cela justifie l'atteinte au caractère confidentiel de la conciliation ou de la médiation dans de telles affaires. De plus, les raisons impérieuses d'ordre public permettent une atteinte au caractère confidentiel d'une médiation pénale (article 41-1 du Code de procédure pénale).

Quoi qu'il en soit, les textes prévoient que l'irrespect de la confidentialité peut naître de l'une de ces raisons ou de l'accord des parties. C'est ce que prévoit en effet l'article 835 du Code de procédure civile en ce qui concerne le contentieux civil, « *à défaut de conciliation, l'affaire peut être immédiatement jugée si les parties y consentent* ». Concernant le contentieux prud'homal un jugement rendu sur le champ à la suite d'une conciliation n'est apparemment pas envisageable. Toutefois, un jugement sur le champ peut être prononcé en cas de sanction si une des parties n'a pas comparu à la séance de conciliation. De plus, les parties peuvent donner leur accord au bureau de conciliation et d'orientation pour orienter l'affaire vers la formation restreinte du bureau de jugement (article L1454-1-1 du Code du travail, à condition également que le litige porte sur un licenciement ou une résiliation judiciaire du contrat de travail). Celui-ci devra alors statuer dans un délai de trois mois. Cette possibilité est substantiellement impossible en droit commercial dans la mesure où il n'y a pas obligatoirement de jugement à la suite de la conciliation, et pas sur le même dispositif. Enfin, elle est inenvisageable en matière de divorce. Ce choix procédural est logique, étant donné que la matière se prête à une meilleure garantie de la confidentialité. En effet, pour résoudre le différend, le conciliateur devra s'immiscer dans l'intimité des époux.

Ainsi, en droit commun et potentiellement, exceptionnellement en droit du travail, est-il acceptable que le juge ayant tenté de concilier les parties puisse juger l'affaire ensuite ? Cette possibilité est difficilement concevable car elle va complètement à l'encontre de l'essence de la conciliation et son caractère confidentiel, l'idée même que l'on se fait du dialogue décomplexé. En effet, le juge est censé être le garant du droit, or comment se fait-il qu'une telle possibilité d'atteinte à l'impartialité objective soit prévue dans le droit positif ? Si l'on considère que la confidentialité est

un principe fondamental pour mener efficacement cette conciliation, il serait opportun d'abroger la possibilité qu'à le juge de trancher le litige sur le champ après avoir tenté de concilier les parties, mais également de garantir plus de confidentialité du dialogue en matière de conciliation. Par exemple, en inscrivant dans le droit positif que le magistrat qui a participé à la tentative de conciliation d'une affaire ne peut pas lui même trancher le litige.

Pour en revenir à la définition initiale de la confidentialité, on s'aperçoit que celle-ci joue non seulement à l'égard du juge, mais également à l'égard des tiers et de l'autre partie. En effet, nous le rappelons, le conciliateur a la possibilité d'entendre les parties séparément. C'est le cas en contentieux prud'homal. Et il en a parfois le devoir : c'est le cas en matière de divorce. Ainsi, ce qui a été déclaré confidentiellement par une partie à l'égard de l'autre ne peut pas être divulgué. Cette possibilité, nous explique-t-on notamment en psycho-thérapie familiale¹¹⁰, permet de mieux cerner les personnalités de chacun et de ne pas confronter les deux versions contradictoirement va garantir une plus grande liberté de parole de chacun des antagonistes. Le conciliateur aura donc une appréciation beaucoup plus complète du conflit et pourra orienter les dialogues de la conciliation de manière plus ciblée et efficace.

Étant toutefois précisé que malgré cette possibilité d'entendre les époux séparément, le conciliateur doit faire preuve d'une certaine impartialité dans la conciliation.

c) Le principe d'impartialité du conciliateur

L'impartialité comme standard de qualité du conciliateur

Parmi les qualités attendues du conciliateur et des caractères que doit revêtir une conciliation pour être efficace, il est étonnant de voir que « l'impartialité » n'y figure pas. Lorsque l'organe conciliateur est le juge, il est évident que l'essence même de sa fonction nécessite d'être exercée avec impartialité. Cependant pour le conciliateur délégué, les textes sont silencieux. Ils prévoient grand nombre de critères comme le bénévolat, la probité, la confidentialité, l'honneur, ... mais pas l'impartialité.

Le conciliateur doit pourtant effectivement être impartial pour mener à bien sa mission. Martine GARCAULT¹¹¹ explique, en ce qui concerne la matière familiale que le médiateur « *est un tiers au service du couple en tant qu'identité qui a ses règles et ses codes ; il ne prend en aucun cas*

110 psychothérapie.org sur l'impartialité et la confidentialité du thérapeute

111 Martine GERCAULT, La thérapie de couple, article résumé par psychothérapie.org

parti pour l'un ou l'autre. Médiateur, il crée une relation de confiance avec les deux partenaires. Le travail [...] consiste à établir une communication devenue forclosée afin de déterminer un objectif au-delà des accusations mutuelles dans une collaboration authentique ». Ainsi il est évident que dans certains conflits, notamment en droit civil, familial, le conciliateur doit impérativement faire preuve d'impartialité.

Toutefois, en ce qui concerne le contentieux des entreprises en difficulté, l'impartialité du conciliateur n'est peut-être pas une condition *sine qua non* à l'efficacité de celle-ci. Voire même, le fait de se poser la question peut paraître illogique. En effet, en contentieux des entreprises en difficulté, la demande visant à instaurer une conciliation est unilatérale. Elle émane du débiteur en difficulté qui souhaite concilier avec ses créancier de certaines faveurs visant à sauvegarder son entreprise. Or cette procédure, plurilatérale, ne nécessite pas l'impartialité du conciliateur puisque d'une part, il est là pour trouver un accord dans l'intérêt principal de la partie requérante. Il mène, d'autre part, des négociations beaucoup plus objectives et moins imprégnées d'émotions que dans les autres contentieux. L'impartialité n'est donc plus une qualité attendue du conciliateur que de se détacher émotionnellement des ressentis d'une partie par rapport à une autre. En effet, nous sommes, dans le domaine du droit des affaires, beaucoup plus mathématique que dans la matière familiale par exemple. Il n'y a donc peut être pas lieu de parler ici d'impartialité.

La question de l'impartialité du BCO dans la conciliation aux prud'hommes

Concernant l'impartialité dans le contentieux prud'homal, une problématique peut ici être soulevée relativement à la composition du BCO. En effet, nous le rappelons, le BCO est composé paritairement d'un conseiller employeur et d'un conseiller employé. Ainsi, est-ce que ce découpage clanique des parties n'entrave-t-il pas considérablement l'impartialité de l'organe conciliateur ? Nous pourrions naïvement considérer que le modèle paritaire des prud'hommes ne porte pas atteinte au principe d'impartialité. Toutefois, la jurisprudence avoue à demi mot la faiblesse de l'impartialité dans les juridictions paritaires. En effet, la chambre sociale de la Cour de cassation¹¹² a été confrontée à une question relative à une sanction disciplinaire d'un justiciable appartenant au même syndicat que le conseiller prud'homal qui le jugeait. La Cour de cassation a jugé qu'il n'y avait pas de violation de l'impartialité, mais dans son raisonnement elle indique « *l'exigence d'impartialité [...] en matière prud'homale, est assurée par la composition même des conseils de prud'hommes, qui comprennent un nombre égal de salariés et d'employeurs élus* ». Donc dans cet arrêt, à la question de savoir s'il y a atteinte à l'impartialité du fait qu'un conseiller est manifestement dans le

¹¹² Cass ch. Sociale vendredi 19 décembre 2003 n°01 – 16 956, (arrêt non publié au bulletin)

même « camp » qu'un justiciable, la Cour répond que cela n'a aucune importance compte tenu du caractère paritaire de la juridiction. En caricaturant, peu importe que 25 % du bureau de jugement soit impartial étant donné qu'il en reste 75 % de correct. La jurisprudence, dans cet arrêt non-publié au bulletin, admet la faiblesse de l'impartialité des conseils de prud'hommes.

Ainsi, peut-on considérer que le BCO soit un tiers totalement impartial ? Ou est ce qu'au contraire chacun des conseillers pourra potentiellement prendre partie pour un des deux antagonistes ? La réponse dépend évidemment de la personnalité et du professionnalisme des conseillers en question. Toutefois, l'impartialité n'est pas indispensable dans la mesure où la procédure participative par avocat est un mode alternatif relativement efficace qui s'établit dans ce schéma là.

La médiation pénale, une procédure ni impartiale, ni confidentielle

Une dernière problématique concernant la confidentialité est à soulever en matière de médiation pénale. Certes la médiation pénale de l'article 41-1 du Code de procédure pénale n'est pas comparable aux conciliations en contentieux judiciaire, notamment parce qu'elle porte sur un droit indisponible et que la négociation n'est pas totalement libre compte tenu du risque de la sanction encourue. Toutefois, des remarques peuvent être faites sur un arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation¹¹³ en 2004. En l'espèce, il s'agissait du rapport du médiateur qui avait été versé au dossier pénal et notamment le refus et les raisons du refus du poursuivi de prendre partie à cette médiation. Dans son commentaire, Frédéric BICHERON rappelle d'abord que l'obligation de confidentialité, comme le prévoit l'article 26 de la loi de février 1995 ne s'applique pas à la matière pénale. Toutefois, il explique aussi que peu importe le fait qu'elle ne s'applique pas en droit pénal, car si les déclarations faites par les parties peuvent être versées au dossier sans l'accord de celles-ci, « *la médiation viendrait s'obscurcir* » et la médiation n'aurait plus aucune raison d'être. C'est en effet une méthode stalinienne que d'encourager les parties à parler librement pour ensuite verser au dossier le contenu du déroulement de la médiation.

En définitive, même si l'impartialité n'est pas la pierre angulaire de la conciliation, il en va différemment de la confidentialité. Sans confidentialité, il n'y a pas de dialogue dénoué et donc la conciliation n'a même plus de raison d'être.

Au delà des lignes directrices que doivent suivre l'exercice de sa mission, il est opportun

113 cass crim 12 mai 2004 n° 03-82 098 note de Frédéric BICHERON, AJ Famille 2004 p285

d'observer les attributions dont le conciliateur fait l'objet pour mener à bien la procédure de conciliation.

B- Les attributions de l'organe conciliateur

Lorsque l'on observe les pouvoirs dont dispose l'organe chargé de la conciliation, on peut remarquer qu'ils sont très hétérogènes selon le contentieux et selon l'organe compétent pour la phase de conciliation. (§1). De plus, notamment lors des récentes réformes, on peut remarquer que lorsque la tentative de conciliation est une phase préalable obligatoire au procès, la mission de l'organe conciliateur est confondue avec la mise en état de l'affaire. (§2).

§1) Les pouvoirs du conciliateur

Les pouvoirs dont dispose l'organe conciliateur dépend moins du contentieux dans lequel on se place que du statut de l'organe. En effet, ses pouvoirs seront soit extrêmement réduits lorsque l'organe en question est un conciliateur délégué. Au contraire, lorsque l'organe est un magistrat chargé de la conciliation, ses pouvoirs seront très accrus.

a) Des pouvoirs pouvant être très réduits

Réduits, voire inexistants, le conciliateur ne trouve parfois que pour seule arme, la parole. Ces capacités amenuisées résident chez le conciliateur délégué de droit commun et le conciliateur en contentieux des entreprises en difficulté.

Effectivement, le conciliateur délégué de droit commun, conformément à l'article 129-4 du Code de procédure civile, peut entendre toute personne dont l'audition lui paraît utile. Il peut également se rendre sur des lieux dans l'optique de mener à bien sa mission. La première remarque concernant ces deux pouvoirs dont dispose le conciliateur est qu'ils sont très réduits. Il n'est pas indiqué qu'il dispose d'un droit d'accès aux pièces du dossier, ou aux expertises s'il en existe. La mission du conciliateur ici se limite donc au dialogue avec les parties et ces pouvoirs réduits lui empêchent d'obtenir des informations comme des preuves. Ceci est logique dans la mesure où le but

n'est pas d'emporter l'intime conviction du conciliateur mais seulement de communiquer afin de résoudre amiablement le conflit. La seconde remarque consiste à noter que l'article 129-4 précise que le conciliateur ne peut exercer ces pouvoirs qu'avec l'accord des parties. Ainsi rien ne peut faire l'objet d'une « exécution forcée ». Ceci est cohérent dans la mesure où une partie qui serait forcée à l'exécution d'une de ces mesures d'instruction ne serait pas ensuite apte à un dialogue serein. Cette nécessité de l'accord accentue le caractère volontaire et optionnel de la conciliation dans ce contentieux.

Étant toutefois précisé que, comme le prévoit l'article 129-6 du Code de procédure civile, la désignation du conciliateur délégué est une mesure d'administration judiciaire insusceptible de recours. Ceci souligne un grand paradoxe, puisque dans la structure même du déroulement de la conciliation de droit commun, tout est forgé sur la base du volontarisme. Mais la délégation, dans son commencement, s'impose aux parties et est insusceptible de recours. Ce qui signifie que si les parties décident de ne pas tenter de se concilier devant le conciliateur de justice, cela sera considéré comme un échec et aucune phase de conciliation ultérieure devant le juge n'est prévue.

Quant aux pouvoirs du conciliateur en contentieux des entreprises en difficulté, leur étendue n'est guère supérieure. Cependant, celui-ci exerce des missions de conciliation avec une coloration de négociation d'affaires. Ainsi, compte tenu de cette nuance, des répercussions sont observables. Le conciliateur dispose ici d'informations concernant le débiteur que le président du tribunal de commerce lui a fait parvenir. Étant précisé que si des expertises (comptables ou économiques) ont été réalisées sur l'état des difficultés de l'entreprise débitrice, celles-ci sont jointes aux informations communiquées. Le conciliateur, en complément, peut obtenir « *tout renseignement utile* » sans que le débiteur ne puisse opposer en réponse un quelconque secret des affaires. En cas de refus, le conciliateur peut en faire part au juge qui tentera de raisonner le requérant sur l'importance de la confiance et la coopération dans une telle procédure.

A priori, concernant ces premières prérogatives, l'absence de contrainte est le qualificatif premier. Toutefois, la remarque faite précédemment concernant le caractère volontaire de la procédure de conciliation peut être réitérée dans le domaine des entreprises en difficulté. De plus, il est difficilement concevable que cette hypothèse se rencontre en pratique. Pour la simple et bonne raison que le demandeur à cette procédure est ici unique. La demande se fait en effet par requête unilatérale. Ainsi, derrière la demande il y a une volonté de mener à bien cette procédure de conciliation et il serait difficilement concevable qu'un demandeur à une telle procédure fasse preuve de réticence ou de mauvaise-foi à l'égard de l'arbitre de cette même procédure. Le risque étant *in*

fine que le juge, face au refus de coopération, mette fin à la même procédure de conciliation qui lui a été demandée.

Toujours dans la coloration dominante de la négociation, le conciliateur peut appuyer la demande du débiteur pour obtenir un délai de grâce de la part du président du tribunal. En effet, en tant que délégué de ce même président du tribunal, le conciliateur aura une meilleure connaissance des capacités économiques du débiteur à remplir ses obligations. Ainsi, si ce conciliateur délégué juge bon d'appuyer et encourager la demande du débiteur visant à obtenir un délai de grâce, il y a fort à penser que dans cette relation de confiance délégué-délégataire, le président accèderait plus facilement à cette demande. Encore une fois, le conciliateur ne formule pas lui-même la demande, il ne fait que l'appuyer, et le président n'est en rien tenu d'accepter. Cette possibilité poursuit dans la logique de négociation de cette procédure de conciliation.

Il convient de préciser que le conciliateur s'est vu, par la réforme du 6 juillet 2005¹¹⁴, dessaisir d'une de ses plus importantes prérogatives. En effet, antérieurement à la réforme, il pouvait saisir le président du tribunal afin de suspendre les poursuites des créanciers à l'égard du débiteur. Cette mesure était très importante en conséquence, bien qu'apportant de la respiration pour le bon déroulement des négociations. Toutefois, cette possibilité a été jugée comme trop lourde et trop lente pour une telle procédure.

Il y a donc une adéquation entre la forme déléguée (ou externalisée) de la conciliation et les prérogatives dont dispose l'organe conciliateur. Ceci peut s'expliquer par le socle dominant du volontarisme dans la procédure, mais également par le statut du conciliateur qui, n'étant pas magistrat mais seulement délégué, ne se voit attribuer que des pouvoirs réduits. Ainsi donc, lorsque l'organe chargé de la procédure de conciliation est le juge, les pouvoirs de celui-ci sont susceptibles d'être bien plus importants.

Pourtant, Roger PIERROT¹¹⁵ explique que le conciliateur pour obtenir le résultat d'un règlement amiable doit être doté d'une « *autorité certaine* ». En effet, même si son arme principale, voire sa seule arme, est le dialogue, le conciliateur ne doit pas pour autant être dépourvu d'autorité. Cette question est essentiellement psychologique et la réponse doit être institutionnelle. En effet, le moyen de concilier « *autorité certaine* » et « volontarisme » de la procédure de conciliation est de la rendre plus solennelle. En ce sens, il est possible que la réputation actuelle de l'efficacité médiocre des conciliations judiciaires y précède. Et il serait peut-être d'avantage opportun d'accentuer

114 Loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 relative à la sauvegarde des entreprises

115 Roger PIERROT institutions judiciaires MONTCHRESTIEN 15^e ed page 380

l'institutionnalisation de la conciliation pour rendre celle-ci plus efficace. À titre d'exemple, il est probable que l'intitulé ancien de « juge de paix » amène à une meilleure confiance par une plus grande autorité que l'appellation de « conciliateur délégué (et bénévole) ». Il est certain que cette autorité est d'avantage incarnée dans les conciliations menées par les juges.

b) Des pouvoirs pouvant être conséquents

Après avoir observé la dimension très faibles des pouvoirs dont peuvent être parfois dotés les conciliateurs de justice, il est à noter qu'à l'extrême inverse, ils peuvent parfois être très conséquents. C'est principalement le cas concernant la conciliation dans le contentieux prud'homal et le contentieux du divorce.

Concernant le BCO, il est caractérisé par l'étendue importante de ses pouvoirs dépassant largement la simple conciliation. Cette étendue pourrait d'ailleurs être regardée comme incompatible avec la mission de conciliation car ici, elle prend une coloration quasi-contraignante. Dire que le volontariat est la base de la conciliation aux prud'hommes serait une allégation fausse.

Tout d'abord, il convient de rappeler que depuis les récentes réformes¹¹⁶, le BCO peut choisir d'externaliser la phase de conciliation s'il entrevoit une possibilité pour les parties de se concilier, si une procédure de dialogue plus poussée est mise en œuvre¹¹⁷. Ensuite, le BCO dispose d'un panel de mesures d'instructions et de conservations des preuves. En effet, en cas de doute sur la bonne foi d'une partie notamment, il peut ordonner la conservation d'une preuve ou d'un objet litigieux en attendant le jugement de l'affaire (article R1454-2 du Code du travail). Dans la même idée d'organisation d'une instruction claire, le BCO peut désigner un ou deux conseillers rapporteurs (étant précisé que s'il en désigne deux, la règle de la parité doit être observée), afin d'établir un rapport clair sur l'affaire et fluidifier le traitement ultérieur du litige. Le BCO peut également ordonner sous astreinte la communication d'un document. Enfin, selon les demandes et l'examen de celle-ci par le BCO, peut être ordonnée, le versement d'une provision.

Ces pouvoirs concernant la communication transparente entre les parties sur les pièces du dossier sont à contre-pied de ce qui a été observé plus haut. En effet, au stade de la conciliation, la communication de pièces relatives au dossier n'est pas primordiale. Le but de la conciliation n'est pas de conquérir l'intime conviction du juge en rapportant des preuves à l'appui de ses prétentions. Or la première remarque est le caractère contraignant des pouvoirs du BCO en la matière. Par

116 Loi Macron n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et légalité des chances économiques et le Décret n°2016-660 du 20 mai 2016 relatif à la justice prud'homale et au traitement judiciaire du contentieux du travail

117 Voir *supra* Regard sur l'efficacité des différents schémas de conciliation

ailleurs ces pouvoirs donnés à cet organe rappellent la mission de mise en état de l'affaire¹¹⁸.

De plus, cette contrainte se retrouve lorsque le BCO fait face à une partie non-comparante à la phase préalable de conciliation. Dans un premier temps, le BCO apprécie de la légitimité du motif de non-comparution d'une partie. Si le motif est jugé légitime, l'affaire est renvoyée à une audience de conciliation ultérieure. Étant toutefois précisé que la partie absente peut se faire représenter lors de l'audience de conciliation. Cette possibilité est tout à fait étonnante puisque en opposition avec une des conditions primordiales à la conciliation : le dialogue entre les parties. De plus, la conciliation est qualifiée de processus a-juridique, pourtant on voit là, la faculté de représentation d'une partie. Bien que cette possibilité ait sa place dans une phase juridictionnelle, elle est ici certainement contre-productive.

Si le BCO, au contraire, juge le motif de non-comparution illégitime. Alors, en vertu de l'article 1454-1-3 du Code du travail, un jugement peut être prononcé sur le champ sur seules pièces présentées par la seule partie comparante. Le jugement aura, de plus, valeur contradictoire et l'opposition ne sera donc pas une voie de recours ouverte à la partie qui n'a pas comparu. Étant précisé que dans la quasi-totalité des cas, c'est la partie salariée qui est demanderesse et c'est en général le défendeur qui ne comparait pas à l'audience de conciliation. Toutefois, dans l'hypothèse où c'est le demandeur qui ne comparait pas, toujours dans l'optique d'une sanction, le BCO peut déclarer la demande caduque.

On remarque ainsi qu'en contentieux prud'homal, les pouvoirs de l'organe conciliateur sont marqués par une force obligatoire avec des revers de sanctions. Et que la conciliation est une phase obligatoire *stricto sensu* pouvant être gravement sanctionnée.

Concernant les pouvoirs du juge conciliateur en contentieux familial, ils sont approximativement les mêmes. Pour rappel c'est l'article 1071 du Code civil qui prévoit que c'est le juge aux affaires familiales qui a pour mission de tenter de concilier les parties. Dans la même mesure que le BCO, le JAF, saisi d'un litige, peut proposer une mesure de médiation aux parties. Pour se faire, après avoir recueilli l'accord des parties, il pourra désigner un médiateur familial. Cette décision d'enjoindre les parties à rencontrer un médiateur familial, prévue aux articles 255 et 373-2-10 du Code civil, est insusceptible de recours.

Les époux sont en principe tenus de comparaître personnellement devant le juge aux affaires familiales lors de l'audience de conciliation. La comparution peut se faire avec ou sans l'assistance

118 Voir *Infra* Porosité avec la mission de mise en état de l'affaire

d'un avocat. Toutefois, il est conseillé pour l'époux défendeur, lorsque l'époux demandeur est assisté d'un avocat, de se faire assister également¹¹⁹. La sanction en cas de non-comparution est indirecte mais dissuasive ; l'époux non-comparant se risque à ce que soit prononcé à son encontre, des mesures provisoires sans qu'il ait la possibilité de s'en défendre.

Une particularité marque toutefois la procédure en matière de divorce contentieux quant à l'importance donnée au dialogue et à l'objectif premier de conciliation. En effet, si le juge aux affaires familiales entrevoit une possibilité pour les époux de se concilier, il peut, d'une part, enjoindre les époux à rencontrer un médiateur. Et d'autre part, il peut reporter la conciliation et convoquer les époux à une nouvelle audience ou laisser un délai de réflexion. En effet, le juge peut laisser un délai de réflexion pour les époux qui sera de 8 jours avant de poursuivre sur la phase contentieuse. Mais il peut également procéder à une nouvelle tentative de conciliation dans un délai maximum de 6 mois. Ce délai paraît bien trop important car, bien qu'étant un maximum, il ne sera pas opportun de laisser s'allonger une « procédure » de divorce de 6 mois, surtout si l'optique première est de pacifier des rapports entre les parties.

Le particularisme des pouvoirs du JAF au stade de la conciliation est d'ordonner des mesures provisoires et des mesures de crise (articles 254 et 255 du Code civil concernant les mesures provisoires et articles 257 et 515-9 du même Code concernant les mesures urgentes, dites « de crise »). À la lecture de ces articles, les mesures peuvent, par exemple, consister en la protection des intérêts des enfants (nous pouvons imaginer le versement d'une pension alimentaire) en attendant « *que le jugement passe en force de chose jugée* » (article 254). Ou encore, comme le prévoit l'article 257 dans son alinéa second, d'ordonner à un époux de résider hors du logement familial.

L'article 255 quant à lui dresse une liste de 10 prérogatives « provisoires » que le juge peut mettre en œuvre en l'attente du jugement définitif. Tout ce panel considérablement large de prérogatives est parfaitement résumé à l'article 1073 du Code de procédure civile qui précise que le juge aux affaires familiales est à la fois juge de la mise en état et juge des référés.

Concernant la conciliation au tribunal d'instance et devant la juridiction de proximité faite par le juge, les prérogatives sont très réduites. Les textes sont silencieux sur les pouvoirs dont est doté le juge conciliateur lors de cette phase. Le Code de procédure civile se limite à dire, en son article

119 Conseil pratique Divorce.Ooreka.fr mise à jour avril 2017

836, que le demandeur peut saisir la juridiction à fin de jugement. Ce qui laisse entendre que le choix de l'action est encore laissé à la disposition du demandeur qui peut, même en cas d'échec de la conciliation, choisir d'y renoncer. Ainsi, en l'absence de précision des textes, on peut estimer que les pouvoirs du juge dans ce contentieux sont simplement limités au dialogue.

La frontière entre les prérogatives, d'un coté, extrêmement larges, et de l'autre, extrêmement réduites, semble se creuser de par le statut de « magistrat » (ou BCO, dont le rôle central de la procédure est le même) ou celui de conciliateur délégué. Le point que le contentieux prud'homal et du divorce ont en commun est que les juges ont des prérogatives qui seraient similaires à celles d'un organe de jugement classique.

Toutefois, l'allégation selon laquelle les pouvoirs de l'organe conciliateur se définissent uniquement en fonction de son statut est tempéré par le juge de droit commun (du tribunal d'instance et de la juridiction de proximité). Ainsi dire cela semble incomplet. La solution de la raison d'être de cette frontière entre les deux extrêmes peut être celle de la mission double de l'organe chargé de la conciliation. En effet, à la lecture de l'article 1073 du Code de procédure civile et de la réforme issue de la loi du 6 août 2015, on comprend que la mission de l'organe n'est plus uniquement et exclusivement la conciliation mais également celle d'une mise en état de l'affaire.

§2) Une porosité avec la mission de mise en état de l'affaire

L'article 1073 du Code de procédure civile comporte deux alinéa concernant le juge aux affaires familiales. Le premier prévoit qu'il est juge de la mise en état, le second prévoit qu'il est également juge des référés. Parallèlement à cet article, nous avons la loi du 6 août 2015 qui transforme le bureau de conciliation en bureau de conciliation et d'orientation, doté de prérogatives bien plus larges et d'une nouvelle mission étant, là encore, la mise en état de l'affaire.

Ainsi, l'organe chargé de la conciliation disposera de multiples prérogatives qui sont classiquement accordées au juge de la mise en état mais également au juge des référés concernant les mesures provisoires en attendant le jugement au fond. Immédiatement se pose la question de la compatibilité de ces deux mission, non seulement par la récurrente question philosophique et sociologique « peut-on faire deux choses en même temps ? ». Mais également de la compatibilité au regard du principe de volontariat de la conciliation.

a) Les fonctions de mise en état et de référé confiées à l'organe conciliateur

La mise en état est une des missions du juge aux affaires familiales, c'est inscrit noir sur blanc dans le droit positif. Et c'est désormais également le cas en contentieux prud'homal, à l'article 1454-1-2 du Code du travail dont, dans son alinéa premier indique que le BCO « *est chargé de la mise en état de l'affaire* ». En effet, d'une part, le BCO dispose désormais de prérogatives « classiques » de mise en état, mais il a également pour mission de choisir « l'orientation » de l'affaire.

Concernant les prérogatives classiques de mise en état, le BCO peut désigner un conseiller rapporteur. Un conseiller rapporteur est un membre du BCO, ayant participé à la phase de conciliation et d'orientation et qui sera chargé d'établir un rapport sur l'état de l'affaire destiné à la rendre d'avantage lisible pour le bureau de jugement, afin de fluidifier le traitement du flux de contentieux. La première remarque étant alors : est-ce que cette désignation est acceptable au regard du principe de confidentialité et d'impartialité ? En effet dans la mesure où cette phase de conciliation est censée être confidentielle, encourager le libre dialogue des parties afin de dénouer le litige, comment peut-on admettre qu'un conseiller établira un rapport de l'affaire découlant du déroulement de la conciliation sans que cela n'aille à l'encontre du principe de confidentialité et d'impartialité.

Sur une question similaire, la Cour européenne des droits de l'Homme a eu à se prononcer, dans l'arrêt Kress contre France¹²⁰, sur le rôle du commissaire du gouvernement en contentieux administratif. La Cour a déclaré que l'existence même du commissaire au gouvernement était contraire au droit à un procès équitable dans la mesure où celui-ci participait au délibéré. Bien que la situation ne soit pas comparable ici, la Cour admet l'influence certaine d'un conseiller rapporteur sur l'issue du litige. Or, dans la mesure où ce lien est admis, il est étonnant que cette possibilité soit encore en vigueur, compte tenu des risques d'impartialité objective. Ce risque est d'autant plus souligné que nous sommes dans une procédure de conciliation et que le libre dialogue doit par tout moyen être encouragé. Et il est clair que si la partie prend le risque que l'intime conviction du conseiller rapporteur influence le jugement en cas d'échec de la conciliation, le dialogue ne sera pas dénoué comme il devrait l'être.

Cette remarque est également valable en ce qui concerne le contentieux du divorce étant donné que c'est le magistrat qui a tenté de concilier les parties qui est chargé de la mise en état de l'affaire à l'issue de la conciliation. Or, dans l'hypothèse où celui-ci aurait accordé une pension

120 CEDH, grande chambre, 7 juin 2001 n°39594/98

alimentaire, qu'il aurait prononcé une mesure d'urgence ordonnant à un des époux de quitter le domicile familial, ... il est évident que l'impartialité de l'organe de jugement sera emportée, s'il a, par exemple, à statuer sur la faute de l'époux. Toutefois, ce contentieux est à regarder différemment des autres dans la mesure où une notion surplombe les exigences d'impartialité, de confidentialité, voire, de présomption d'innocence en cas de coloration pénale du contentieux, c'est l'intérêt supérieur de l'enfant¹²¹.

Pour en revenir à la phase de mise en état en contentieux prud'homal, le BCO est désormais également chargé de l'orientation du dossier. Cette mission nouvelle est issue de la réforme Macron. Elle consiste, pour le BCO, au regard de la complexité de l'affaire, à l'orienter vers une des trois formations suivantes¹²² :

- La formation restreinte, composée paritairement de deux conseillers prud'hommes. Étant précisé que cette formation ne peut siéger qu'aux conditions cumulatives selon lesquelles les parties doivent y consentir et la nature du litige s'y prêter (licenciement ou résiliation judiciaire du contrat de travail).

- La formation classique, composée paritairement de quatre conseillers prud'hommes.

- La formation de départage, composée paritairement de quatre conseillers prud'hommes et présidée par un magistrat professionnel désigné par le tribunal de grande instance.

Cette mission n'est pas à proprement parler une mise en état du dossier, mais d'avantage une première lecture, une première appréciation du dossier afin de lui faire suivre le circuit adéquat.

Ajouté à cela, ces deux organes ont également le pouvoir de juge des référés. En effet, le juge aux affaires familiales peut ordonner des mesures provisoires lors de l'audience de conciliation en attendant le jugement au fond. Ces mesures sont prononcées dans le but de légalement réorganiser ou réadapter les obligations issues du mariage selon la situation de pré-divorce. Étant précisé que les mesures peuvent avoir un caractère provisoire, mais également selon certains cas, la coloration de mesure d'urgence, de crise. Parallèlement à cela, le BCO peut accorder le versement d'une provision et également enjoindre une partie à communiquer un document et cela potentiellement sous astreinte.

Ainsi, le BCO et le juge aux affaires familiales sont cumulativement chargés à la fois de la

121 Voir *infra*

122 Article L1454-1-1 du Code du travail

conciliation, de la mise en état de l'affaire et de répondre aux questions provisoires ou d'urgence comme elles seraient respectivement demandées à un juge des référés.

b) La question de la compatibilité des missions de mise en état et de conciliation

La question de la compatibilité va revêtir deux facettes. D'une part, une problématique d'avantage subjective et pratique. Car dans la mesure où l'on confie à un organe plusieurs missions dont une qui est aléatoire, ayant un taux de réussite d'environ 5 à 10 %, à savoir, la conciliation, peut-on considérer que cet organe remplira cette mission pleinement et sérieusement ? Et d'autre part, une question objective, organique est également soulevée. Car confier la mise en état à l'organe de conciliation peut, sous certains angles, paraître incompatible au regard de la confidentialité.

Concernant le regard pratique et subjectif d'abord. Lorsque l'on regarde les taux de conciliation datant d'avant la réforme Macron, ils étaient très faibles (environ 5,75 % en 2015¹²³). Ainsi, face à ce constat d'échec, une volonté de renouveau dans l'efficacité de cette phase a motivé des réformes successives. Aujourd'hui, durant cette phase, l'organe conciliateur a la possibilité d'externaliser, de déléguer la conciliation vers un conciliateur judiciaire ou un médiateur. Et cet organe est désormais chargé de la mise en état en même temps que la conciliation, selon l'idéal des textes. Mais selon les témoignages des praticiens et selon ce que n'importe qui peut observer en regardant des audiences aux prud'hommes, la phase de conciliation ne dure jamais plus de 5 à 10 minutes¹²⁴. Et les conseillers composant le BCO ne se consacrent, de manière quasi-exclusive, à leur mission nouvelle d'orientation de l'affaire.

Pour expliquer cette désuétude, il est clair que la mission de conciliation, pour l'organe conciliateur est peut gratifiante. En effet, ce n'est pas avec un taux de réussite de 5 à 10 % que les conseillers prud'hommes exerceront avec enthousiasme leur mission de conciliation. D'autre part, l'engorgement des tribunaux présente un nombre trop important de dossiers pour que chacun puisse faire l'objet d'une réelle et complète tentative de conciliation. L'idéal en la matière serait d'ajouter un filtre avant la phase de mise en état pour orienter certaines affaires vers un bureau de conciliation et d'autres directement vers le bureau de jugement.

123 Justice.gouv rapport annuel des chiffres clés de la justice 2016

124 Elsa PESKINE et Cyril WOLMARK, droit du travail 2015 Dalloz hypercours 9^e ed, p676 "trop souvent un peu rapidement évacuée"

À propos de la conciliation en contentieux du divorce, les statistiques inexistantes et le déroulement à huis clos ne nous permettent pas de répondre à cette question. Cependant, il est important de noter que le juge aux affaires familiales a plutôt tendance à orienter le différend vers un conciliateur délégué ou un médiateur. De plus, le fait que d'entendre les parties séparément soit pour lui une obligation rend la procédure de conciliation d'avantage formelle en comparaison au contentieux prud'homal.

Concernant ensuite les problématiques organiques. Il convient d'abord de rappeler la définition, la fonction première d'une mise en état. C'est une phase préparatoire de l'instance. Sous le contrôle du juge de la mise en état, cette phase a pour fonction de permettre l'échange de pièces, de preuves, de moyens et de prétentions et cela dans le but de mettre l'affaire en l'état d'être jugée, c'est-à-dire que le litige sera fin prêt à être tranché.

Donc, le fait même de considérer que le même magistrat qui a tenté de concilier les parties soit ensuite chargé de la mise en état du dossier est absolument incompatible avec le principe de confidentialité de la conciliation. En effet, les parties ne peuvent pas être mises dans une situation de pleine confiance et se livrer librement au dialogue dans une confidentialité qui n'est absolument pas garantie, voire mise à mal par cette double fonction du juge. Ceci étant accentué par la possibilité qu'ont les juges de la mise en état de désigner un conseiller rapporteur à l'issue de la conciliation.

Pourtant, dans le Code, cette configuration semble bien incrustée au sein de la procédure civile. En effet, l'article 768 du Code de procédure civile prévoit la compétence du juge de la mise en état pour constater et homologuer l'accord de conciliation des parties. Cette possibilité est transposée à la procédure d'appel devant le conseiller de la mise en état. Ainsi, même si, ici l'organe de la mise en état n'est pas un acteur actif de la conciliation, on sous entend que l'accord amiable peut parfaitement subvenir durant cette même phase de mise en état.

Pour être menée efficacement, la conciliation doit en effet garantir le respect de certaines conditions organiques. D'une part, les principes directeurs et leurs observations sont très importants, notamment concernant la mise en œuvre de l'impartialité de l'organe conciliateur, la garantie de la confidentialité du déroulement des débats de conciliation. Pour garantir le respect de ces principes primordiaux, la mise en œuvre de la phase de conciliation peut également avoir une efficacité relative au schéma qu'elle suit. Peut-être qu'un conciliateur délégué garantirait d'avantage la

confidentialité, l'impartialité et le côté a-juridique des débats ce qui la rendrait plus efficace que lorsqu'elle est menée par un magistrat qui est concurremment compétent pour mettre l'affaire en état d'être jugée.

Ces principes organiques ne suffisent pas pour que soit menée efficacement une conciliation. En effet, les antagonistes qui prennent part à une telle procédure doivent accepter de ne pas passer par le juge pour satisfaire leurs intérêts. De compromettre sur leurs prétentions, au sens de l'article 2044 du Code civil, qu'elles fassent preuve de « *concessions réciproques* ». Mais pour cela, encore faut-il que le contexte et le contentieux soient propice à la conciliation. À ces principes organiques, s'ajoutent donc des critères psychologiques, subjectifs tendant à la réussite de la conciliation.

Partie 2 : Les convergences et divergences des critères subjectifs de la conciliation

Cyril MARTELLO explique à propos de la conciliation « *il y a un temps pour la guerre et un temps pour la paix* »¹²⁵. En ce sens que, c'est souvent, en pratique, après que les parties se sont affrontées en élevant leur litige devant une juridiction pendant un certain temps, qu'elles sont capables de transiger. La phase psychologique de la négociation et du dialogue vient souvent après la phase de l'affrontement. Aucune statistique concernant le nombre de conciliations en appel n'est disponible sur le site du ministère de la justice, toutefois, Cyril MARTELLO explique qu'il n'est pas rare en pratique de voir des parties renoncer à l'appel ou convenir de transactions en cause d'appel, après plusieurs années de litige.

Cette remarque permet de rebondir sur les explications de Jean-baptiste RACINE selon lesquelles, pour se concilier il faut d'abord s'en sentir personnellement prêt. « *On ne peut forcer personne à dialoguer ou à rencontrer un médiateur* ». Ceci étant encore et toujours dans la logique du volontariat comme moteur de la conciliation.

Ainsi, une première problématique est soulevée, à savoir, y a-t-il un temps pour la conciliation ? En effet, après avoir fait le constat qu'il y a un temps pour le conflit et un temps pour le dialogue, est-ce judicieux d'intégrer la conciliation en tant que phase préalable au procès ? Une réponse négative apparaîtrait totalement contre-productive. Car d'une part, l'instauration d'une conciliation préalable au procès permet le des-engorgement des tribunaux. Et d'autre part, l'objectif, dans la conciliation est de fournir une solution « alternative » à la résolution du conflit par le procès. De plus, il y a beaucoup de justiciables qui se pourvoient en justice car c'est la seule solution qui s'ouvrent *a priori* à eux pour obtenir réparation de l'atteinte à leurs droits subjectifs. Et cette première mise en mouvement de l'action « *à l'état de guerre* » peut permettre le déclenchement d'une possibilité d'instauration d'un dialogue.

Une autre problématique est à soulever concernant la liberté et la sérénité du déroulement des débats, ou plutôt des « négociations » lors de la conciliation. Car en effet, comme nous l'avons vu,

125 Cyril MARTELLO, maître de conférence à l'université de Toulon, séminaire de contentieux de la famille, 2016/2017.

les auteurs classifient généralement d'un côté les modes judiciaires de résolutions alternatives des conflits, et d'un autre côté, les modes extra-judiciaires. Cette binarité appelle une remarque : la sérénité du déroulement de la conciliation est-elle la même selon si l'action a, ou non, été engagée ? Car le déclenchement de la machine judiciaire ferait peser une réelle épée de Damoclès sur les parties (et notamment sur le défendeur). Car derrière l'éventuel échec à la négociation, il y a la Justice, c'est-à-dire le juge, la solution tranchée, le jugement s'imposant aux parties, l'exécution forcée, etc ... Ce qui amène effectivement à réfléchir sur le fait de dire que l'issue d'une conciliation est consensuelle. Car qui dit « consentement » dit « libre et éclairé ».

Deux questions concernant l'efficacité subjective de la conciliation seront donc à développer. D'abord la question de savoir si le schéma de l'épée de Damoclès, notamment issu de l'enclenchement de la machine judiciaire, permet le déroulement serein d'une conciliation. Et donc mener à un consentement à la solution du litige « libre et éclairé » (*section 1*). Ensuite, la question de la conciliation *ratione temporis*, à savoir s'il y a un temps pour la conciliation et comment a évolué la conciliation dans le temps (*section 2*).

Section 1 : La difficile sérénité d'une conciliation dans un état de mise en péril des droits subjectifs

La mise en difficulté de la négociation et du déroulement de la conciliation provient probablement du fait que l'action soit engagée. La conciliation se déroule donc dans un cadre relativement solennel. Les parties font face à la mise en œuvre d'un service public régalién de l'État : la Justice. Dans la vie quotidienne il est rare, voire même exceptionnel, de faire l'objet ou d'être le sujet d'une action en justice. Ce qui souligne le caractère indéniablement impressionnant du procédé.

Ainsi, pour citer DEMOLOMBE « *l'action, c'est le droit à l'état de guerre* », peut-on faire rimer « libre négociation » de la conciliation avec le contexte d'un « état de guerre » ? Cela notamment au regard des enjeux qui sont mis en cause par l'action (A.).

De plus, au-delà des enjeux, c'est à dire des droits subjectifs en eux-mêmes, menacés par une action, il y a la possibilité, en cas d'échec de la procédure de conciliation, du procès. (B.)

A – La libre négociation et sérénité du déroulement du dialogue de conciliation

La sérénité dans la conciliation va découler d'une première question purement psychologique de la possibilité de librement négocier lorsqu'il y a mise en péril. Surtout si la mise en péril tourne autour d'enjeux importants. Notamment des droits patrimoniaux et extra-patrimoniaux des parties à la conciliation.

§1) La possibilité théorique d'une libre négociation en état de mise en péril de droits subjectifs

Lorsque l'on regarde le Droit de manière générale, on s'aperçoit qu'il y a toujours une distinction faite dans les situations où le sujet est placé en situation de « péril ». Que le sujet soit une personne physique, morale, de droit privé ou de droit public. Ainsi, lorsqu'il y a une menace dans ses droit subjectifs, menace provenant de l'action en justice d'un autre sujet de droit, il va se

retrouver dans cette même situation de « péril ». En effet, lorsqu'une action est engagée par un salarié contre son employeur aux prud'hommes, il y a une menace pour l'employeur, pour l'entreprise et sa situation pécuniaire. Lorsqu'un époux se voit assigner en divorce contentieux, sa situation familiale et personnelle sont menacées de changement. Il sera potentiellement forcé à verser une prestation compensatoire, une pension alimentaire, à quitter le logement familial, etc ... Une action en justice est donc forcément synonyme de menace pour les intérêts subjectifs de la partie, qu'ils soient patrimoniaux ou extra-patrimoniaux.

Or, l'accord de conciliation doit naître du commun consentement des parties. En droit civil, il est prévu que la convention n'est pas valablement formée si le consentement a été donné par erreur, violence ou dol. Certes, le PV de conciliation n'est pas une « convention » au sens de 1108 ancien du Code civil¹²⁶, mais l'exigence d'un consentement libre et éclairé n'en est pas moins primordiale. Cette question peut être illustrée par une anecdote ancestrale : celle du consentement donné à un contrat selon lequel une partie laissait monter l'autre sur son bateau moyennant une somme importante. Le consentement a été donné alors que le sujet était en train de se noyer. En somme, le consentement est évidemment vicié en cas de péril imminent de l'intégrité du sujet. La question n'est certes pas là, mais la remarque que l'on peut faire ici est que le droit lui-même, reconnaît que l'on ne peut pas appliquer les mêmes règles selon que la situation est éminemment dangereuse ou non.

Pour appuyer ce propos nous pouvons également citer les textes supra-législatifs qui distinguent l'état de droit « serein » et l'état de guerre ou de péril imminent.

En effet, l'article 16 de la Constitution de la Vème République prévoit qu'en cas de menace grave et immédiate dans « *les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements nationaux* », les quasi-pleins pouvoirs peuvent être conférés au président de la République. Même si des limites sont logiquement posées à l'exercice plein des pouvoirs, il n'empêche que le droit constitutionnel reconnaît explicitement la différence entre une situation de droit commun, une situation de paix et une situation de « *menace de manière grave et immédiate* »¹²⁷.

Cette distinction est également présente en droit international, où les textes internationaux relatifs aux droits de l'Homme prévoient ce cas de périls. Il peut être cité, le Pacte civil international sur les droits civils et politiques (dans son article 4, alinéa 1), la Convention européenne des droits de l'Homme (dans son article 15 al 1^{er}), et la Convention américaine des droits de l'Homme (article

126 Nouvel article 1128 du Code civil depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016

127 Formulation de l'article 16 de la constitution de la Ve République du 4 octobre 1958

27 al 1^{er}) contiennent des dispositions similaires. Ces dispositions autorisent l'État, en cas de guerre ou de danger public exceptionnel mettant en jeu la vie de la nation, à suspendre la jouissance des droits contenus dans les conventions. Ainsi par exemple, originairement, les textes distinguaient la peine de mort infligée en cas de guerre, de la peine de mort en contexte de « paix », prononcée et infligée à titre de réponse pénale. En effet, l'abolition progressive de la peine de mort au sein des États contractants à la Convention EDH s'est d'abord faite par le protocole n°6¹²⁸ en ce qui concerne la peine de mort en temps de paix. Puis à travers le protocole n° 13¹²⁹ pour l'abolition en toutes circonstances. Néanmoins, la CEDH distingue encore la peine de mort infligée en temps de guerre de celle infligée en temps de paix. Ainsi, elle a formulé que la peine de mort était une forme de sanction inacceptable « *en temps de paix* ». ¹³⁰.

En neuro-psychologie, nous retrouvons de nombreuses théories explicatives qui distinguent le fonctionnement d'un individu, en situation de sérénité, d'une part, et en situation de danger, d'autre part. Nous avons en effet la théorie, relativement ancienne du « cerveau triunique », soutenu par Paul D. MACLEAN¹³¹. Cette théorie explique qu'en cas de danger imminent, c'est une partie du système nerveux central, « l'archipallium », chargé des réactions primitives et immédiates, qui envoie les signaux au cortex pré-frontal¹³². Ainsi, à l'échelle neurologique, l'homme n'est pas dans le même état de raison s'il subit une menace à son encontre.

§2) Enjeux pouvant entacher la sérénité dans la négociation

L'enjeu relatif à la raison d'être de la conciliation est non seulement psychologique mais juridique également. En effet d'une part, dans la mesure où les parties sont liées, que ce soit par un contrat de travail ou une convention matrimoniale, ou que le litige soit d'ordre du voisinage, ... Il est probable que l'objectif de la conciliation soit également une pacification des relations entre les deux antagonistes afin d'empêcher la réapparition de différends de même nature.

Ces objectifs peuvent être, et sont principalement juridiques dans la mesure où l'issue du différend, qu'il soit un jugement ou un PV de conciliation, va entraîner des bouleversements patrimoniaux et extra-patrimoniaux chez les individus.

128 Protocole n°6 ouvert à la signature le 28 avril 1983 et entrée en vigueur le 1^{er} mars 1985

129 Protocole n°13 ouvert à la signature le 3 mai 2002 et entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2003

130 CEDH Grande chambre 12 mai 2005 Öcalan contre Turquie n°46221/99 §196.

131 "The triune Brain", Paul D. MACLEAN, 1990, professeur en neuro-biologie à l'université de Yale, Washington et Edimbourg

132 Théorie apparemment qualifiable "d'obsolète" par la Doctrine, même si certains auteurs souscrivent encore à cette théorie.

a) Les enjeux patrimoniaux

Lorsque l'on parle d'enjeu pécuniaire à la conciliation, on cite automatiquement le large panel de dommages et intérêts existants dans le droit positif. Ceux-ci peuvent être prononcés à titre de sanctions par un juge, dans l'hypothèse où la conciliation échouerait. Une partie à un litige sait pertinemment que le prononcé d'une telle condamnation par le juge en cas de perte du procès est probable. Relativement aux différents contentieux pré-cités, ils peuvent être de toutes sortes, notamment :

- Les dommages et intérêts de droit commun¹³³. De nature contractuelle : articles 1134 et 1147¹³⁴ du Code civil. Ou de nature délictuelle ou quasi-délictuelle : articles 1382 et 1383¹³⁵ du Code civil. En cas de litige de voisinage, nous pouvons parfaitement imaginer des dommages qui seraient causés par des animaux ou par un immeuble en ruine (article 1385 et 1386 du Code civil¹³⁶). Ou encore, plus généralement de la responsabilité générale du fait des choses (1384 alinéa 1^{er} ¹³⁷). La condamnation à des dommages et intérêts sur le fondement des articles pré-cités est une probabilité indéniable si les antagonistes se bornent à agir en justice. Cette potentialité pourrait dissuader ceux-ci de s'en remettre à l'office du juge plutôt qu'à leur commune volonté.

- Des dommages et intérêts particuliers dans le divorce contentieux. En effet, les condamnations sur le fondement des articles pré-cités sont cumulables avec la condamnation aux dommages et intérêts prononcés sur le fondement de l'article 266 du Code civil. L'enjeu est d'ailleurs très clair ici. Car ce type de dommages et intérêts naît du caractère contentieux du divorce. Or la réussite d'une conciliation étouffe la possibilité du prononcé de dommages et intérêts au visa de l'article 266. En effet cet article prévoit que, dans un divorce contentieux (soit pour faute prononcée aux torts exclusifs d'un époux, soit pour altération définitive du lien conjugal), un époux peut demander des dommages et intérêts issus du principe de la rupture du mariage et des conséquences directes d'une particulière gravité qu'emporteraient de divorce à son encontre. Ainsi, en effet, l'objectif, lorsqu'une telle demande est formulée dans un divorce contentieux, est, lors de la conciliation, de faire renoncer à une telle demande.

- Lors d'un licenciement, la loi prévoit le versement de la part de l'employeur, d'indemnités légales. En effet, l'article 1234-4 du Code du travail prévoit que le salarié de plus d'un an

133 Récemment entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2016, l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, a totalement bouleversé la numérotation ancestrale du Code civil, en vigueur depuis sa création.

134 Numérotation ancienne. Nouvel article 1231-1 du Code civil

135 Numérotation ancienne. Nouveaux articles 1240 et 1241 du Code civil

136 Numérotation ancienne. Nouveaux articles 1243 et 1244 du Code civil

137 Numérotation ancienne. Nouvel article 1242 du Code civil

d'ancienneté a droit à ces indemnités lorsque l'employeur prend l'initiative de rompre le contrat de travail. Le barème est fixé dans la partie réglementaire du Code du travail étant précisé que de nombreuses conventions collectives augmentent son niveau. Ainsi ce versement élevé proportionnellement à l'ancienneté du salarié est un enjeu absolument considérable pour l'employeur. Seule la faute grave (et, *a fortiori* la faute lourde) exonère l'employeur de l'obligation de verser ces sommes.

Mais l'enjeu patrimonial ne se borne pas à l'unique question des dommages et intérêts. Notamment en droit des entreprises en difficulté, l'enjeu est à la renégociation des liens contractuels établis précédemment entre le débiteur demandeur et ses créanciers. En effet, le dispositif de la conciliation porte généralement sur les modalités d'exécution des obligations auxquelles le créancier est tenu. « *Cela se traduit généralement par un réaménagement des dettes* »¹³⁸. Le but de la conciliation étant ici d'adoucir la situation économique et financière de l'entreprise en atténuant les modalités d'exécution de ses obligations. En pratique, de multiples manières peuvent être imaginées, notamment un échelonnement de la dette, accorder un délai de paiement, avec ou non, le versement d'un acompte. Ou encore satisfaire des règlements par des cessions de créances, si les créanciers y consentent.

L'enjeu ici est double. Car dans les théories micro-économiques, le dépôt de bilan, ou plus largement, la cessation de paiement d'un acteur dans la chaîne économique peut entraîner un effet domino et donc engendrer des répercussions sur les autres maillons de la chaînes. En effet, si l'on considère un débiteur qui ne peut plus satisfaire ses créanciers parce que sa situation économique ou financière ne le lui permet pas. Ses créanciers, notamment ses fournisseurs, suite au défaut de paiement, risquent de subir un impact non-négligeable sur leur situation comptable. Si cet impact est trop important, un autre dépôt de bilan est encouru, et ainsi de suite. La formule de Françoise PORECHON prend alors tout son sens « *tuer dans l'œuf* »¹³⁹.

C'est en effet la théorie de l'équilibre général avancée notamment en 1971 par ARROW et HAHN¹⁴⁰ ou « *effet domino des défaillances* »¹⁴¹.

Ainsi d'une part le débiteur, ré-oxygéné, peut rester un maillon dans la chaîne économique et

138 Manuel des entreprises en difficulté de Françoise PEROCHON. LGDJ 10^e ed 2014, p.63

139 Manuel des entreprises en difficulté de Françoise PEROCHON. LGDJ 10^e ed 2014, p.62

140 General Competitive Analysis de Kenneth Josoph ARROW et Frank HAHN, holden day 1971, commentaire Olivier Favereau, « Objets de gestion et objet de la théorie économique », Revue française de gestion 2006/1 n° 160, p. 67-79.

141 Commentaire de Maxime LERMLE et Irène HERLEA, 2 mai 2016, EulerHermesEconomicResearch, Economic Insigh

se précautionner de sa disparition. D'autre part, les créanciers se prémunissent également d'un défaut de paiement dont l'éventualité serait plus probable en l'absence d'une conciliation. De plus, la loi prévoit que le créancier a accès à une procédure de conciliation en droit des entreprises en difficulté, ainsi il s'inscrit comme créancier privilégié en cas d'échec du débiteur et de l'ouverture d'une procédure collective. Il quitte donc le statut « d'éternel laissé pour compte » pour devenir un créancier privilégié. L'enjeu plurilatéral est donc ici la survie de l'entreprise en difficulté.

En procédure de divorce, outre les dommages et intérêts spécifiques pré-cités, l'enjeu est ici également d'ordre patrimonial et sentimental. Le patrimoine de manière générale peut, selon le régime matrimonial, contenir des biens communs aux deux époux. Ainsi, la dissolution du mariage emportera des conséquences sur le futur propriétaire du bien en cause. Le règlement des effets du divorce peut se faire préférentiellement par voie conventionnelle ou, à défaut par voie judiciaire. Étant toutefois précisé que si le patrimoine contient des biens immeubles devant faire l'objet d'une publicité foncière, l'acte devra être passé sous forme authentique devant notaire.

L'enjeu est clairement mentionné à l'article 268 du Code civil qui prévoit que même dans une procédure de divorce contentieux, les parties peuvent soumettre à homologation, un règlement conventionnel sur les issues patrimoniales et civiles du divorce. Dans cette procédure la préférence est donc clairement exprimée pour le règlement conventionnel, dans l'objectif de pacification des rapports entre époux. En effet, surtout si les époux sont parents, il est important qu'ils gardent des rapports aussi pacifiés que possibles. Là est tout l'enjeu de la conciliation.

Dans le cas d'un règlement judiciaire, c'est le juge qui est chargé, après avoir pris connaissance de l'inventaire des biens et de leur état liquidatif, de répartir équitablement les biens entre les époux.

- Même si la loi de 2004 a eu pour objectif de pacifier la procédure de divorce, le juge aux affaires familiales demeure le garant de l'ordre public. C'est là que la procédure de divorce pour faute reste nécessairement en vigueur¹⁴². L'action en divorce pour faute, au même titre que l'action en divorce d'une autre nature, n'apporte que peu de différences sur l'enjeu qui en découle. La faute n'a, par exemple, aucun impact sur la répartition des biens après la dissolution. Toutefois elle emporte généralement quelques conséquences. Notamment une prestation compensatoire attribuée de manière quasi-indiscutable. À ce sujet, Gérard PITTI parle de « *prestation compensatoire quasi-objectivée* ». Des dommages et intérêts sur le fondement de 266 du Code civil, cumulable avec les

142 Explication de Gérard PITTI, Le divorce pour faute, AJ Famille 2011,84.

dommages et intérêts de droit commun, mais surtout des impacts variables sur les mesures relatives aux enfants.

L'autre grande question patrimoniale sur les issues du divorce est le devenir du logement familial. En effet, le lieu de résidence de la famille, à valeur à la fois sentimentale et patrimoniale, fait l'objet d'une réglementation importante dans le droit civil. Des règles sont prévues pour encadrer son devenir en cas de désaccord des époux. Le logement familial est un lieu important particulièrement protégé. Ainsi par exemple, si les époux louent le logement familial, chacun a un droit de suite sur le contrat de bail¹⁴³. Dans la philosophie de protection de l'article 215 alinéa 3 du Code civil, la loi prévoit qu'en cas de désaccord, l'époux qui a la charge des enfants peut conserver le logement. À l'issue de l'ordonnance de non-conciliation, le juge conciliateur peut attribuer la jouissance du bien à l'un des époux.

Le contentieux peut potentiellement naître lorsque les époux sont soit ensemble propriétaire du logement familial, soit lorsqu'il relève de la propriété exclusive d'un époux.

Si le logement est la propriété commune des époux, le juge peut imposer, un partage judiciaire suite à la vente de l'immeuble. Pour échapper à ces désagréments, les époux peuvent demander l'attribution préférentielle selon le fondement de l'article 831-2 et suivant du Code civil. Il peut également y avoir maintien judiciaire de l'indivision selon l'article 267.

Si un des deux époux en est seul propriétaire, le logement peut être accordé à titre de prestation compensatoire, si les époux en conviennent conjointement. Afin de « rétablir un équilibre matériel rompu par le divorce »¹⁴⁴. L'époux se voit ici attribuer un véritable droit au bail.

Mais la question du logement familial va au-delà de la question patrimoniale. Il est d'ordre sentimental. Cela ouvre la question des enjeux extra-patrimoniaux aux procédures de conciliation des différents contentieux.

b) Les enjeux extra-patrimoniaux

Au delà des enjeux pécuniaires ou « chiffrables », qu'ils soient patrimoniaux ou extra-patrimoniaux, il y a un enjeu psychologique majeur à la réussite de la conciliation : la reconstitution du lien social entre les antagonistes. On l'a vu précédemment, notamment en droit de la famille, les parties peuvent rester liées après l'issue de la procédure judiciaire. D'une part, par rapport aux

143 Loi du 1^{er} août 2003 n°2003-721.

144 J. de POULPIQUET : les prestations compensatoires après le divorce JCP 1977 I 2856

enfants qu'ils peuvent avoir en commun, d'autre part, dans leurs propres rapports, que cela concerne le partage des biens ou le versement de créances comme la prestation compensatoire ou la pension alimentaire. Ce rapport est également d'une certaine importance dans le droit des entreprises en difficulté dans l'hypothèse où les parties sont liées par des conventions à exécution successive, ou si elles sont amenées à rester en affaire ensemble. C'est par exemple le cas des créanciers-fournisseurs.

En revanche, dans le contentieux de droit commun, ce rapport entre les antagonistes peut être totalement ponctuel, comme il peut ne pas l'être. Si l'on est en présence d'un conflit de voisinage, les parties seront amenées à se côtoyer de nouveau. Toutefois, cela n'est pas toujours le cas dans l'hypothèse d'un conflit délictuel ou contractuel de droit commun où l'incident est ponctuel. Dans un tel cas, il est probable que les antagonistes poursuivent leur chemin chacun de leur côté sans jamais avoir à se rencontrer de nouveau. Ici, la question de l'utilité de la conciliation, en tant qu'instance de reconstitution du lien social, se pose. Dans la mesure où l'enjeu de recréer ce lien n'est pas nécessaire pour la suite des rapports, instaurer une conciliation entre les parties n'apparaît pas opportun.

A priori, cette problématique du lien social entre les antagonistes n'est pas présente dans le contentieux prud'homal. Ainsi, par hypothèse, étant donné que les parties ne sont pas amenées à se rencontrer de nouveau, l'opportunité de la conciliation est ici moindre. Toutefois, elle est à l'inverse primordiale dans l'hypothèse où le litige serait relatif à une demande en nullité du licenciement. Il est, en effet, important de rappeler qu'un licenciement effectué par l'employeur, sans répondre aux exigences procédurales formalistes, risque d'être requalifié en licenciement « *sans cause réelle et sérieuse* »¹⁴⁵. Toutefois, la sanction encourue concernant certaines hypothèses, est parfois la nullité-réintégration du salarié. Cette situation est, par exemple celle d'un salarié protégé¹⁴⁶, un salarié en état de grossesse ou de congé parental¹⁴⁷, ou encore d'un salarié victime de discrimination¹⁴⁸. Ainsi, si le salarié en fait la demande¹⁴⁹, la nullité du licenciement peut entraîner un retour au poste de travail. Une telle réintégration se fait dans les conditions antérieures, comme si le contrat de travail n'avait jamais été interrompu.

La nullité est une fiction juridique. Signifiant par là que sur le plan de la réalité, le salarié et l'employeur, étaient opposés dans un conflit de rupture du contrat de travail. Lequel, ayant été jugé nul, amène les deux antagonistes à travailler de nouveau ensemble, l'un sous la subordination de celui qui a tenté de le licencier. Cette situation est fortement anxiogène, c'est d'ailleurs pour cela que

145 Article L1235-1 et suivants du Code du travail

146 Article L2411-1 et suivants du Code du travail

147 Article L1225-4 du Code du travail

148 Articles L1132-1 à L1132-4 du Code du travail

149 Condition à la réintégration du salarié : en ce sens : Cass ch. Soc. 4 février 2014 n°11-27 134

la réintégration est rarement demandée par le salarié licencié. Toutefois dans l'hypothèse où celle-ci devrait se faire, il apparaît vital de procéder à une conciliation ou à une médiation entre l'employeur et le salarié pour éteindre le conflit. Car il est évident, inévitable que le litige resurgisse.

Un autre enjeu majeur concernant la conciliation dans une procédure de divorce est celui relatif à l'enfant. À savoir, les questions sur la fixation de sa résidence, la garde et les modalités d'exercice de l'autorité parentale. Il est évidemment préférable que les époux entretiennent des relations pacifiées pour exercer leur autorité parentale. Étant précisé qu'il est fréquent qu'entre les époux, des contentieux surviennent sur des questions de patrimoine et de dissolution du régime matrimonial sans pour autant que ceux-ci entrent en conflit sur les questions relatives aux enfants.

Une autre question peut ici poser une difficulté, à savoir, celle du nom. En effet, si une partie entend, après le divorce, garder le nom de l'autre époux, alors il doit en demander l'autorisation à celui-ci. Étant précisé que si l'usage du nom intéresse une société commerciale, il peut demander d'en garder sans l'accord de l'époux. Toutefois, l'accord de l'autre époux est nécessaire pour toutes les autres hypothèses et à défaut d'accord, il devra formuler une demande motivée auprès du juge aux affaires familiales lors du prononcé du divorce.

Concernant le droit des entreprises en difficulté, l'enjeu est, rappelons le, celui d'éviter la cessation de paiement de l'entreprise et donc, à terme, la mort de la personne morale. Une évolution notable concerne ici la question du caractère infamant de l'échec en droit des affaires. En effet, l'entrepreneur qui échouait et qui était contraint de stopper son exercice commercial par un dépôt de bilan était fiché à la banque de France pour une durée de 10 ans. Dans l'optique de « *décomplexer l'échec* »¹⁵⁰, un décret du 2 septembre 2013¹⁵¹ a mis fin à cette formalité de fichage automatique. Toutefois, malgré la fin de cette sanction, le fait, pour un entrepreneur, de déposer le bilan n'en reste pas moins un acte avoué d'échec d'une certaine gravité. Un échec qui n'en reste pas moins infamant. L'enjeu est donc ici moins lourd depuis cette réforme, même s'il reste subjectivement important.

Lorsque l'on effectue un comparatif des différentes procédures, ce que l'on peut appeler « l'épée de Damoclès » commune, c'est la survenance du procès en cas d'échec de la conciliation¹⁵².
Synonyme d'une solution tranchée.

150 Déclaration du Ministre des PME, Fleur PELERIN, lundi 9 septembre 2013, L'EntrepriseExpress

151 Décr. n° 2013-799 du 2 septembre 2013 modifiant l'article D.144-12 du Code monétaire et financier

152 A l'exception de la conciliation en droit des entreprises en difficulté (voir *infra*)

B- La sanction en cas d'échec de la conciliation : le jugement

Il conviendrait d'ailleurs de parler de « conséquences défavorables » plutôt que de sanction. Cette conséquence à caractère de sanction est issue de l'échec de la conciliation. Étant consécutive au jugement, elle appelle différentes remarques. Cette coloration de sanction peut se percevoir soit des conséquences issues directement du jugement, soit indirectement mais néanmoins rattachées à lui.

§1) Une menace de sanctions issues directement d'un potentiel jugement.

a) La perte de la mainmise sur l'issue du litige

Nathalie FRICERO commente, à propos de l'instant de la conciliation, qu'il peut intervenir dans une procédure même jusqu'au moment de la mise en délibéré de l'affaire.¹⁵³ Cette observation nous amène à constater que le « choix » des parties pour le jugement plutôt qu'un MARD rend l'action indisponible.

En effet, les parties gardent une certaine mainmise, un certain contrôle sur l'issue du litige tant qu'ils sont dans l'engrenage d'un MARD. (Ceci à l'exception néanmoins de l'arbitrage, puisque la solution du litige ne sera pas issue d'un accord entre les deux parties¹⁵⁴). Contrôle qu'ils n'auront pas dans un mode juridictionnel de règlement du litige. Il y a donc une problématique inhérente directement au jugement qui est l'indisponibilité de l'issue du litige. C'est pourquoi il peut être plus rassurant et moins risqué pour les parties de rester dans un domaine de libre négociation contrôlé plutôt qu'un domaine soumis à l'aléa judiciaire.

Relativement au jugement en lui-même, la question de la confiance dans le service public de la justice se pose également. En effet, suite à des sondages réalisés, on estime que 45 % des Français n'ont pas confiance au service public de la justice¹⁵⁵. Ces sondages d'opinion étant peu fiables et parlants, nous pouvons nous pencher d'avantage sur d'autres indicateurs. Et plus particulièrement sur ceux issus du conseil des prud'hommes.

153 Le Guide des MARD, Guides Dalloz référence 2^e ed 2016-2017. Titre 1, Section 2, §1) Le moment de la conciliation

154 Voir *Supra* Typologie des MARD

155 LeMonde Société : Une grande partie des français considèrent qu'il faut réformer la justice, article de Franck JOHANNES 10 janvier 2014.

b) Les issues statistiques d'un jugement au conseil des prud'hommes

Les statistiques du ministère de la Justice¹⁵⁶ relèvent que sur 86 885 affaires jugées au fond aux conseils des prud'hommes en 2015, 60 392 ont fait l'objet d'une acceptation pour 26 493 refus. Soit 69,4 % d'acceptation contre 30,5 % de rejet. Ajouté à cela, on enregistre, en 2015, 47 671 déclarations d'appel. Ce qui donnerait un taux d'appel estimé aux alentours de 55 % sur les affaires rendues au fond. De plus, on peut estimer qu'avec la loi Macron, qui institue un mode de désignation des conseillers prud'homal au lieu d'un mode d'élection, le taux d'appel pourrait encore augmenter pour les raisons pré-citées.

Ainsi ces statistiques indiquent que, d'une part, le conseil de prud'hommes accède à la demande de l'employé dans près de 70 % des cas. Car en effet, nous le rappelons, il est rarissime que l'employeur soit le demandeur dans ce type de contentieux. D'autre part, ces statistiques montrent le grand taux d'insatisfaction des réponses juridictionnelles de première instance aux vues du taux d'appel. D'ailleurs, concernant ce contentieux massif en appel, il est important de faire remarquer que depuis 2016¹⁵⁷, la procédure d'appel en contentieux prud'homal, qui était jusqu'alors orale et sans représentation obligatoire, a été réformée. Depuis, le décret MAGENDIE 2 a été étendu à la chambre sociale de la cour d'appel, devant laquelle la représentation est désormais obligatoire et la procédure écrite.

Concernant la première remarque, le professeur BOTTON avait caricaturé en qualifiant les conseillers prud'homal de « juges rouges », notamment en raison du nombre manifestement inégal d'accueil de demande et du taux d'appel défiant toute concurrence des autres juridictions.^{158, 159}

Au delà de la caricature, ces statistiques et commentaires démontrent peut-être la faible qualité de la justice sur le contentieux prud'homal en première instance. Cette faible qualité, cet immense degré d'insatisfaction fait naître une certaine peur, chez l'employeur surtout, du procès, puisqu'il sait que statistiquement, il perdra face à la justice et que cette action lui coûtera cher dans la mesure où elle risque fort de se poursuivre en appel.

Cette conclusion peut paraître simpliste, mais en réalité, elle résume peut être une tendance générale de la jurisprudence et du législateur à accéder rapidement à la demande du salarié en bridant de plus en plus les exigences du procès équitable.

156 Statistiques du ministère de la justice, tableau des activités des juridictions 2015 Justice.gouv.fr

157 Décr. Du 20 mai 2016 n°660-2016 relatif à la justice prud'homale et au traitement judiciaire du contentieux du travail

158 Professeur Antoine BOTTON, cours de Droit processuel 2015-2016 M1 Carrières judiciaires, université Toulouse 1 Capitole

159 Également à ce sujet : Actes de la recherche en sciences sociales, article de Pierre CAM : juges rouges et droit du travail, 1978, volume 19, n°1, p2 à 27

Pour illustrer ce propos, une loi du 14 juin 2013¹⁶⁰ poursuit parfaitement dans cette tendance. Cette loi institue la possibilité pour l'employeur, devant le bureau de conciliation et d'orientation, de verser une indemnisation forfaitaire au salarié dans le cas « *d'un litige relatif au licenciement* »¹⁶¹. L'indemnisation est établie en fonction du montant du salaire du demandeur et de son ancienneté. Le litige qui porte sur un licenciement peut faire l'objet de cette indemnisation forfaitaire, ce qui signifie qu'une majeure partie du contentieux devant le conseil des prud'hommes est concernée. Cette procédure éteint le litige sans qu'il y ait eu de débat contradictoire sur le bien-fondé de la demande. Si l'employeur refuse d'éteindre le litige par ce procédé lors de la conciliation, il s'expose au renvoi de l'affaire vers le bureau de jugement.

Ainsi, c'est un schéma de choix binaire qui s'impose à l'employeur devant le BCO entre le paiement de cette indemnité ou le renvoi vers le bureau de jugement et donc le risque d'une condamnation supérieure en terme de coût pour le défendeur. La question se pose immédiatement de la sérénité dans la négociation dans la phase de conciliation et du retour de cette « épée de Damoclès » compte tenu du risque de condamnation statistiquement évalué à 70 % pour l'employeur qui refuserait l'indemnisation forfaitaire.

Cette procédure et plus largement le schéma dans lequel elle est mise en œuvre est complètement comparable à la Comparution sur Reconnaissance Préalable de Culpabilité (CRPC) en droit pénal. La CRPC, rappelons le, prend la forme d'un « contrat » entre le procureur de la République, qui propose une peine, et le sujet mis en cause accepte cette peine en échange de son aveu de culpabilité. Cette notion de « l'aveu » et de la renonciation à débattre contradictoirement du fond de l'affaire se retrouve dans cette procédure de 2013. Éveline SERVERIN parle d'une mutation vers une « *mission de conciliation au forfait* »¹⁶². Ajouté à cela, nous avons l'issue de l'échec ou, dans cette configuration, le refus de l'employeur de cette indemnisation forfaitaire qui donne lieu à un risque de sanction plus sévère. Cette notion de risque de sanction supérieure en cas de refus se retrouve également dans la CRPC. En effet, le délinquant qui refuse la CRPC pour débattre du fond de l'affaire risque une condamnation plus ferme.

Cette CRPC prud'homale est une illustration de la crainte et de l'intérêt qu'aurait l'employeur de ne pas se présenter devant le bureau de jugement du conseil des prud'hommes et à résoudre le litige par un mode alternatif. Mais à la question de savoir si le salarié a un intérêt équivalent ou de même ampleur à résoudre le litige par un mode alternatif, la réponse est *a priori* négative dans la

160 L. n°2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi

161 Décr. n° 2013-721 du 2 août 2013 portant fixation du montant du barème de l'indemnité forfaitaire prévue à l'article L. 1235-1 du Code du travail note : "public concerné"

162 La mission conciliatoire du bureau de conciliation prud'homal dans tous ses états . Évelyne SERVERIN, Rev. trav. 2013. p124

mesure où, statistiquement, il a la quasi-certitude de gagner son procès.

c) Les issues statistiques relatives à la résidence de l'enfant

La question de la garde de l'enfant à l'issue du divorce appelle les mêmes remarques statistiques. L'INSEE révèle qu'en 2009, 76 % des enfants à charge ayant connu le divorce de leurs parents ont vu leur résidence fixée chez leur mère. Contre 9 % chez le père et 15 % en résidence alternée¹⁶³.

Ainsi, pour dresser un parallèle avec le contentieux prud'homal, où l'employeur sait qu'il a statistiquement plus de risques de perdre son procès, le père, dans une procédure de divorce, a statistiquement plus de risques de « perdre la garde » de l'enfant. Évidemment, le juge aux affaires familiales prend en compte l'intérêt supérieur de l'enfant dans son choix lorsqu'il y a un désaccord. Il faut rappeler que le choix de la résidence de l'enfant fixée chez la mère peut très bien être issu d'une commune volonté des époux. Toutefois, dans l'hypothèse où la problématique relative à la garde de l'enfant serait pleinement contentieuse, on peut très bien imaginer que la crainte de subir un jugement défavorable est bien plus élevée chez le père que chez la mère.

Pour aller plus loin, de la même manière que l'employeur a d'avantage intérêt que le salarié à dénouer amiablement le litige afin de trouver un accord pacifique, dans une procédure de divorce, le père a d'avantage intérêt à apaiser le conflit durant la phase de conciliation que la mère. Car elle sait que le jugement lui sera statistiquement favorable et la crainte de l'aléa judiciaire¹⁶⁴ est moins accentuée.

Cette question de l'issue statistiquement défavorable pour une partie plutôt qu'une autre amène celle posée précédemment de la confiance en la justice française. Ce même article pré-cité affirme que les justiciables trouvent la justice trop lente. Mais le sens du terme « lenteur » est trop imprécis. On ne sait pas s'il renvoie à l'idée que l'audience est trop lente ou si le temps de traitement complet du dossier est trop important. Lorsque l'on assiste à une audience judiciaire, qu'elle soit au tribunal correctionnel à juge unique, au conseil des prud'hommes, ou, dans le cas présent, devant le juge aux affaires familiales, on ne peut que se rendre compte de la durée excessivement courte de l'audience. En effet, on peut aisément constater qu'une audience devant le juge correctionnel unique ne dure

163 Statistiques Insee.fr/statistiques. Article : Les conditions de vie des enfants après le divorce. Par Carole BONNET et Bertrand GARBENTI

164 Voir *supra* : La Perte de la mainmise sur l'issue du litige

que quelques minutes. Il en est de même devant le JAF II¹⁶⁵ par exemple. Ce sentiment subjectif que les jugements sont bâclés est principalement due à l'engorgement des tribunaux. Ceci vient à contrepied de la citation de Sophocle « *qui juge lentement juge sûrement* »¹⁶⁶ puisque les jugements d'aujourd'hui se rapprochent d'avantage à une conception de « justice MacDo ».

Ceci ajouté aux pré-jugements statistiques, notamment aux prud'hommes et au juge aux affaires familiales sur la question de la résidence de l'enfant, on peut considérer que par crainte, un employeur ou un père serait d'avantage incité à la conciliation. Et que par effet miroir, un salarié ou une mère y aurait bien moins intérêt.

D'autres problématiques qualifiables « d'indirectes » seront à faire remarquer lorsque l'issue du litige est tranché par un jugement, plutôt qu'un accord consensuel.

§2) Une menace de sanctions non-issues directement d'un potentiel jugement

a) La question de la bonne foi dans l'exécution du jugement

La problématique de la bonne foi dans l'exécution de l'obligation va diverger selon que la solution est issue d'un jugement ou, au contraire, d'un accord de conciliation. En effet un jugement est imposé aux parties alors qu'un accord de conciliation est consenti par elles. (Que l'accord réside dans une convention ou dans un PV de conciliation). Il faut ici distinguer l'exécution de la solution selon que l'on se trouve sur un plan juridique ou pratique.

Sur le plan juridique, en procédure civile d'exécution, le PV de conciliation, l'accord de conciliation conventionnel homologué, ou le jugement sont tous des titres exécutoires au sens de l'article L111-3 du Code de procédures civiles d'exécution. Ces titres exécutoires donnent la possibilité au créancier de procéder aux voies d'exécution forcées, à défaut d'exécution spontanée de la part du débiteur. Donc sur un plan juridique, que la solution soit issue d'un accord ou du jugement, les deux scénarios se rejoignent.

Toutefois, sur un plan pratique et psychologique, les voies d'exécution forcées ne s'ouvrent qu'à défaut d'exécution spontanée et volontaire de la part du débiteur. Or, il y a fort à penser que le débiteur va plus avoir tendance à satisfaire ses obligations dans le cas où il a lui-même consenti à la solution du litige. *A contrario*, dans le cas où la solution du litige lui est imposée, il y aura

165 Juge aux affaires familiales statuant uniquement sur la question de la fixation de la résidence de l'enfant. Stage au TGI d'Albi (81) en décembre 2014.

166 Sophocle : Oedipe Roi

d'avantage de risque de mauvaise foi dans la situation post-chose-jugée.

De plus, les voies d'exécution, depuis les réformes successives, ont tendance à protéger le débiteur et posent des limites quant aux biens pouvant faire l'objet de saisie. Il y a donc d'avantage de risques d'insolvabilité du débiteur face aux obligations qui lui sont imposées. Étant toutefois précisé que le fait de simuler intentionnellement son insolvabilité est une infraction voisine de l'escroquerie¹⁶⁷. Il faut également tenir compte du temps et du coût de la procédure d'exécution forcée pour le créancier qui n'a d'autre choix que de procéder à cette méthode s'il entend obtenir satisfaction.

À noter que ce risque est d'autant plus élevé quand il y a une pluralité de créanciers. C'est potentiellement le cas en contentieux des entreprises en difficulté ou au conseil des prud'hommes dans l'hypothèse où l'employeur aurait licencié plusieurs salariés.

Il serait logique de considérer que le fait d'imposer à une partie qui aurait perdu son procès, d'exécuter les obligations issues du jugement entraînerait plus de difficultés sur les questions d'exécution spontanée, d'exécution de bonne foi et de solvabilité en cas de recours aux voies d'exécution. Alors qu'au contraire, si la partie ne se voit pas imposer l'issue du litige, qu'au contraire, elle y a consenti et que la solution vient de son libre choix, il est probable que ces problématiques ne se poseront pas.

Ainsi, du point de vue de l'exécution de la solution au litige, il est incontestablement préférable que celle-ci soit issue d'une conciliation.

b) La particularité de la conciliation en droit des entreprises en difficulté

La particularité première est la suivante : en cas d'échec d'une telle procédure de conciliation, le chapitre suivant n'est pas inéluctablement celui du procès et de la réponse judiciaire. Nous le rappelons, la conciliation en contentieux des entreprises en difficulté est une procédure de prévention et non de résolution du conflit préalablement à un jugement. Au stade de la conciliation, aucune action en justice n'a encore été engagée de la part des créanciers.

Ainsi, une conciliation peut très bien échouer et l'entreprise demanderesse à cette procédure peut, ne jamais être confrontée à une cessation de paiement ou à une procédure judiciaire de redressement ou de liquidation. Le procès n'est pas un scénario inévitable et intrinsèquement lié à

¹⁶⁷ Article 314-7 du Code pénal introduit par la loi n° 92-685 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du CP relatives à la répression des crimes et délits contre les biens

l'issue de la conciliation. Comme d'ailleurs, en quelques sortes et en théorie, dans le domaine du droit civil devant le tribunal d'instance ou la juridiction de proximité, où ce n'est qu'à l'issue de l'échec de la conciliation que le demandeur choisit de poursuivre sur un processus juridictionnel. Encore que, cette analyse est à relativiser, puisque le défendeur est tout de même assigné devant le tribunal à fin de conciliation et à défaut de jugement.

La conciliation n'est pas ici une phase préalable obligatoire à une audience et un jugement. Elle n'est pas non plus mise en œuvre lorsqu'une action est engagée contre le débiteur. En effet, bien qu'étant une procédure judiciaire, le débiteur est le demandeur à la conciliation ce qui montre que son mécanisme n'est pas calqué sur le même schéma que les autres contentieux. Marine EMILIAN, dans sa thèse de 2001¹⁶⁸ soulève d'ailleurs la question de savoir si la conciliation en droit des entreprises en difficulté est réellement un mode alternatif.

Ainsi, au regard de cette particularité, l'enjeu n'est pas exactement similaire aux autres contentieux. L'épée de Damoclès au dessus de la tête du demandeur à la conciliation n'est pas celle du procès qui s'abattra immédiatement sur lui en cas d'échec, mais plus liée aux difficultés que traverse conjoncturellement l'entreprise. De plus, il faut préciser que ces difficultés, en cas de réussite de la conciliation ne disparaissent pas. En effet, l'enjeu de la conciliation est celui de l'oxygène pour le débiteur face à ses créanciers, mais il n'est pas celui d'éteindre ses difficultés. La conciliation est seulement un moyen. L'enjeu n'est pas directement lié, à l'issue gagnante ou perdante d'un litige puisqu'il n'y a pas encore de litige introduit en justice.

Ajouté à cela, nous pouvons dire que les enjeux à la réussite de cette conciliation sont d'avantage relatifs aux conséquences qui viendraient à la suite d'un dépôt de bilan. Avec tout ce qu'il y a d'infamant, dans l'échec professionnel qu'il traduit. Les voies d'exécution à la suite de la fermeture d'une entreprise sont très lourdes et très longues, et du point de vue subjectif de l'entrepreneur, l'enjeu de ne pas avoir à traiter avec les créanciers fiscaux et des huissiers de justice pendant de longues années après la fermeture de l'entreprise est primordial socialement et psychologiquement.

La manière dont est menée la conciliation dépend donc des questions qui sont en jeu dans le

168 Aspects juridiques des MARD en droit des affaires : de réelles alternatives ? Thèse de Marine EMILIAN soutenue en 2001 sous la direction de Henry LESGUILLONS, Paris 10; <http://www.theses.fr/2001PA100209>

contentieux correspondant. La sérénité dans le déroulement du dialogue est une notion relative aux sujets qui y participent, aux parties qui sont concernées et à la matière dans laquelle elle a lieu. Il y a des déséquilibres par rapport aux parties, par rapport à la matière, mais il va également y avoir des variations sur des questions temporelles.

Section 2 : L'évolution et l'avenir de la conciliation dans son dispositif et son idéologie

La question de l'évolution de la conciliation dans le temps va se poser. D'abord au regard de ce qu'elle est, ensuite, au regard de ce que l'on cherche à travers elle, et enfin, au regard moment où elle est mise en œuvre.

En premier lieu, concernant ce qui a été soulevé précédemment sur la faible sérénité du déroulement des débats lorsque l'instance est engagée, il est étonnant de constater que la conciliation ait des taux de réussite très faible. Alors qu'un accord entre les parties est théoriquement possible. En effet, d'autres modes de résolution amiable de « **conflits** » connus sont parfaitement envisageables dans les mêmes contentieux et sont placidement éteints, (le terme « conflit » est utilisé volontairement car on parlera d'une difficulté entre les deux antagonistes qui n'est pas élevé au rang de litige) (A.).

En deuxième lieu, à travers le temps, la conciliation a connu des évolutions dans son aboutissement, le but que l'on recherchait à travers elle. Ces évolutions diffèrent selon les contentieux et ont fait l'objet de réformes législatives importantes. (B.).

En troisième lieu, après avoir observé les points forts de la conciliation dans certains domaines, la question de son opportunité, de ses schémas de mise en œuvre, ... il doit être évoqué, les évolutions permettant un gain qualitatif dans la pratique de la conciliation judiciaire. (C.).

A- L'échec de la conciliation face à la réussite d'autres modèles d'accords amiables

À la lecture des statistiques du conseil des prud'hommes et de ses 5,75 % de conciliation, la question vient immédiatement à se poser : un accord entre le salarié et l'employeur en cas de conflit est-il impossible ? Pourtant 358 244 est le nombre de ruptures conventionnelles conclues en 2015. Une rupture conventionnelle est un mode mixte de rupture du contrat de travail issu d'un commun accord entre l'employeur et le salarié. Ce mode de rupture donne droit, pour le salarié, aux indemnités d'assurance chômage, comme s'il s'agissait d'un licenciement, accompagnées d'une prime forfaitaire. Cette innovation de 2008¹⁶⁹ vient rompre avec la logique binaire des modes de rupture du contrat de travail et participe à vider les juridictions prud'homales d'une partie de leur contentieux. En substance, une rupture conventionnelle naît d'un commun accord entre les deux parties qui souhaitent pacifiquement mettre fin à leur lien juridique en optant pour une solution qui soit favorable à tous. Sur le fond, la rupture conventionnelle est donc la même chose qu'un accord de conciliation.

Parallèlement à cela et sur le même raisonnement, nous avons le divorce qui peut être effectué par consentement mutuel qui permet d'éviter, grâce à l'accord des époux, toute la procédure contentieuse. Voire même, depuis le 1^{er} janvier 2017¹⁷⁰, la possibilité de divorcer d'un consentement mutuel sans passer par le juge.

Ces constatations pourraient souligner la théorie selon laquelle l'accord de conciliation entre les antagonistes est d'avantage possible lorsque les droits subjectifs ne sont pas mis en péril par l'action en justice.

§1) La rupture conventionnelle et le divorce par consentement mutuel : des conciliations pré-judiciaires

La rupture conventionnelle et le divorce par consentement mutuel comme mode de résolution amiable d'un conflit

La rupture conventionnelle est née en 2008. Elle peut être regardée comme prenant inspiration du droit commun des contrats, et notamment de l'ancien article 1134 du Code civil qui, dans son alinéa 2, prévoyait que les conventions « *ne peuvent être révoquées que de leur consentement*

169 Articles L1237-11 à L1237-16 du Code du travail, issus de la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail

170 Entrée en vigueur de la loi JXXI précitée concernant la déjudiciarisation du divorce par consentement mutuel complété par le Décr. 2016-1907 du 28 décembre 2016 relatif au divorce prévu à l'article 229-1 du Code civil

mutuel ». Consentement commun des parties à la convention originale.

Ainsi, la loi du 25 juin 2008, prévoit que d'un commun consentement, l'employeur et le salarié peuvent révoquer le contrat de travail qui les unit. Cette innovation connaît un franc succès, et on estime qu'elle a participé à vider une partie du contentieux prud'homal portant sur le licenciement. En effet, le contentieux entre 2007 et 2008 s'est réduit de 3 %¹⁷¹. même si l'année suivante, le contentieux global a augmenté de 4,8 %, ¹⁷² nous pouvons considérer qu'une grande partie de l'augmentation de ce contentieux est dû à la crise économique de 2008.

L'innovation de la rupture conventionnelle vient couper avec le choix binaire des modes de rupture du contrat de travail. À savoir d'une part la démission : mode de rupture exclusivement à l'initiative du salarié. Et le licenciement, étant pris à l'initiative de l'employeur, soit en fonction d'une faute, d'un motif personnel ou encore de circonstances économiques le justifiant. La rupture conventionnelle comme mode neutre de rupture du contrat de travail est à distinguer de la prise d'acte, qui est un mode de rupture à l'initiative du salarié qui entend imputer la faute à l'employeur. Ce mode de rupture est pleinement contentieux, puisque c'est au conseil des prud'hommes qu'il revient de qualifier la prise d'acte comme une rupture dont la faute est effectivement imputable à l'employeur ou en une démission (article L1411-1 du Code du travail).

La difficulté en la matière serait de savoir si la rupture conventionnelle est généralement prise à l'initiative de l'employeur ou du salarié. Étant donné que ce mode de rupture est officiellement réputé être né d'un commun accord, il n'y a pas de données statistiques concernant cette question. Toutefois, il convient de remarquer que les parties ont la possibilité de se faire assister lors de l'enclenchement d'une telle procédure. Or les chiffres montrent que seulement 7,4 % des salariés se font assister. Et que seulement 2,6 % des employeurs se font assister lors de l'entretien préalable.¹⁷³ Étant toutefois précisé, concernant les salariés, que ce chiffre augmente proportionnellement à la taille de l'entreprise.

Ces données traduisent éminemment le fait que cette procédure de rupture du contrat de travail est quasi-systématiquement gracieuse et qu'elle repose sur un contexte de confiance entre le salarié et l'employeur.

Le divorce par consentement mutuel quant à lui représente entre 40 et 60 % des divorces

171 Rapport du ministère de la justice : Les chiffres clés de la justice 2008, p12

172 Rapport du ministère de la justice : Les chiffres clés de la justice 2009, p11

173 Travailemploi.gouv sur la part des salariés et des employeurs assistés en 2011 lors de l'entretien préalable. Source ; formulaires de demandes en homologation traitement DARES

prononcés. Ainsi par exemple, en 2007, 54,1 % des divorces prononcées l'étaient par consentement mutuel. Contre 45,9 % de divorce contentieux donc, comprenant 15,2 % de divorces pour faute, 21,2 % de divorces acceptés et 9,5 % « d'autres divorces » (notamment pour altération définitive du lien conjugal qu'il soit prononcé en des termes classiques ou suite à une séparation de corps durable)¹⁷⁴.

Ainsi on remarque qu'une majeure partie des divorces sont absolument gracieux et qu'ajouté à cela, les divorces acceptés, c'est-à-dire assortis d'une part contentieuse minimale, représentent 20 %. Ainsi, en 2007 ; les divorces pleinement et partiellement gracieux représentent ensemble 75 %. Donc peut-on considérer que compte tenu de cette masse de solutions gracieuses, la conciliation est opportune ? Étant donné que le nombre de divorces contentieux résiduels est infime, on pourrait considérer que toutes les affaires pouvant potentiellement faire l'objet d'un accord amiable sont déjà dans le circuit gracieux. Et donc, ajouter une conciliation sur ces divorces pleinement contentieux serait relativement peu utile.

Le procédure de divorce en elle-même est une procédure lourde. Les époux décident de dissoudre le lien matrimonial lorsque son maintien n'est plus possible. Mais d'une part, derrière la demande en divorce, il y a principalement une volonté de dissolution du lien matrimonial et non pas une volonté d'infliger à l'autre des dommages et intérêts ou des souffrances inutiles. Le droit positif sépare d'ailleurs convenablement la question de l'acceptation du principe du divorce et les questions post-divorces (dissolution du régime matrimonial répartition du patrimoine, résidence de l'enfant, exercice de l'autorité, versement de prestations compensatoires, ...). D'autre part, le mariage est une institution, au sens où il est un schéma familial solide et solennel. Ainsi, lorsqu'un des époux, ou les époux conjointement, décident de divorcer, la décision est mûrement réfléchie. En effet, concernant le couple marié ayant des enfants, Marcel BERNIER et Marie-Hélène SIMARD expliquent que le lien matrimonial est souvent maintenu dans un contexte de déni. Cette structure de déni de l'échec du mariage et de la construction familiale font que les parents, en général, « *attendent plusieurs années pour légitimer le déclenchement de leur séparation* »¹⁷⁵. C'est souvent pendant des années que l'un ou l'autre des époux mûrit la décision de demander le divorce et de dissoudre la famille qu'il a construit. Ainsi, pour en revenir à l'expression de Cyril MARTELLO « *il y a un temps pour la guerre et un temps pour la paix* », on peut considérer que la décision, qu'elle soit prise conjointement ou unilatéralement, est prise en temps de paix. De plus, il est fréquent que les époux aient déjà tenté par eux-même de maintenir le lien matrimonial et qu'ils aient déjà parlé

174 Rapport Justice.gouv Le Divorce sous la direction de Laure CHAUSSEBOURG, Valérie CARRASCO et Aurélie LERMENIER de Juin 2009, page 13

175 Marcel BERNIER et Marie-Hélène SIMARD La rupture amoureuse, groupe eyrolles 2001. page 6. Sur les études de Sheehy GAIL, Les passages de la vie : Les crises prévisibles de l'âge adulte, Éditions de Mortagne, 1982

conjointement de la manière dont les conséquences issues du divorce seraient planifiées. On imagine ainsi que si les époux, qui ne sont pas deux antagonistes quelconques, se présentent devant le juge à travers une procédure contentieuse, c'est parce qu'ils ont déjà tenté un accord amiable qui n'a pas abouti.

La naissance du différend : le maintien forcé dans une relation conflictuelle

Ainsi comme dit précédemment, il est fréquent que le maintien « forcé » dans le sens psychologique du terme, dure des années en matière familiale. Ainsi, cette entrave psychologique que se crée l'époux par son déni, va devenir le terreau du différend à naître. En effet, on imagine classiquement une situation de conflit familial durer des années avant que l'initiative du divorce soit prise. Dans une telle hypothèse, ces années vont favoriser la naissance de rancœurs et haines profondes chez les époux l'un contre l'autre.

L'illustration de cette entrave que subit l'un des deux antagonistes est peut-être plus claire en contentieux du travail. En effet, qu'est ce qui fait qu'un salarié, dans une situation conflictuelle, ne prend pas lui-même l'initiative de la rupture du contrat de travail en démissionnant ? Deux réponses peuvent être apportées ici.

D'une part, il y a l'enjeu économique de la démission au regard des allocations chômage. En effet, un salarié qui démissionne n'a pas le droit aux allocations d'assurance chômage, contrairement au salarié qui se fait licencier. Ainsi, l'enjeu est bien trop important pour que le salarié choisisse de démissionner, notamment s'il est en difficulté économique. Car d'autre part, il faut tenir compte de la situation économique actuelle, et un taux de chômage important¹⁷⁶. Ainsi, s'il démissionne, le salarié risque de se retrouver sans la moindre ressource alimentaire pendant un certain temps, puisqu'il n'est pas certain de retrouver un emploi de suite.

Le salarié est donc dans une entrave économique. Cette entrave qui le maintien dans une situation conflictuelle va faire naître un profond différend entre les parties. C'est, entre autres, une des raisons pour laquelle la rupture conventionnelle répond à un besoin majeur de la société. Compte tenu de cet enjeu et de cette difficulté engendrant une masse importante de différends, nous pouvons noter que l'idée de donner, sous certaines conditions, les allocations chômage aux salariés qui démissionneraient, a fait l'objet d'une proposition durant la campagne présidentielle de 2017¹⁷⁷. Peut-être que cette possibilité videra d'avantage la masse contentieuse devant le conseil des

176 Taux de 10,2% au premier trimestres 2016. chiffres de insee.fr/fr/statistiques.

177 Proposition de Emmanuel Macron, Emploi, chômage et sécurité professionnelle, objectif n°1 : créer une assurance-chômage universelle.

prud'hommes.

Ainsi, pour en revenir à la philosophie de Françoise PORECHON de tuer le mal dans l'œuf, ici entendu au sens « tuer la relation conflictuelle avant qu'elle ne devienne litigieuse », ce compromis de la rupture conventionnelle semble en partie répondre à cet objectif. Étant précisé que les statistiques démontrent une meilleure confiance lorsque ce procédé est effectué dans les petites entreprises. La proposition législative d'accorder l'allocation chômage en cas de démission devrait aller dans le sens d'une diminution de la situation de maintien forcé dans la relation conflictuelle et donc, devrait réduire le contentieux.

Dans leur manuel, Jean-pierre CLAUD et Stéphane DAVID¹⁷⁸ pointent une autre difficulté pratique en ce qui concerne le maintien des situations conflictuelles dans le mariage. En effet, ils démontrent la dureté des devoirs et obligations du mariage dans une situation de « pré-divorce ». Il peut être souvent problématique pour l'un des époux de quitter le domicile conjugal car cet agissement constitue une faute aux devoirs et obligations du mariage et notamment le devoir de cohabitation.

Même s'il est de jurisprudence constante de considérer le départ de l'un des époux comme non-constitutif d'une faute, l'état du droit positif est très critiquable sur ce sujet. En effet, le devoir de cohabitation est, d'un côté, sanctionné¹⁷⁹ et de l'autre, il n'est pas constitutif d'une faute lorsqu'il est un prologue au divorce. Cet ensemble ambiguë d'insécurité juridique textuelle et jurisprudentielle favorise le maintien des époux dans une relation conflictuelle largement susceptible de s'aggraver, puisque ces textes ajoutent à l'entrave psychologique, une entrave juridique. Ainsi, il faudrait que le législateur consacre la jurisprudence constante allégeant les devoirs et obligations des époux dans une situation familiale de pré-divorce, et notamment, le devoir de cohabitation.

§2) Une meilleure efficacité de la conciliation dans un moment précédent à la mise en péril des droits subjectifs par l'action

Il convient de revenir sur le constat selon lequel les antagonistes constatant une situation conflictuelle qui mènera, à terme, à la dissolution du lien contractuel les unissant. Peu importe que ce lien soit matrimonial, conventionnel, selon le droit commun contractuel, selon le droit du travail

178 Dalloz référence Droit et pratique du divorce 3^e ed dalloz référence 2015-2016. Jean pierre CLAUD et Stéphane DAVID

179 Cass 2^e civ 16 décembre 1963 JCP 1964 II 13660 note JA « manquement grave justifiant le divorce pour faute ».

ou selon le droit commercial. Ainsi, on peut observer qu'entre les époux qui choisissent d'emprunter la voie du consentement mutuel pour leur divorce, il y a déjà eu une conciliation informelle qui a abouti. De même, lorsque entre l'employeur et le salarié, il y a rupture conventionnelle quelle que soit la raison de la fin au contrat de travail. Cet entretien préalable, lors de la procédure de rupture conventionnelle, ou bien encore les conversations moins solennelles qu'il y a eu précédemment entre les deux acteurs sont également des sortes de conciliations informelles. Car il ne faut pas croire que les sujets sont cloisonnés séparément chacun de leur côté, ils dialoguent entre eux. La procédure de divorce par consentement mutuel et cette pratique de la rupture conventionnelle sont des marqueurs d'une possible réussite du dialogue avec comme aboutissement, un accord.

Une des raisons pour lesquelles on pourrait expliquer la réussite du dialogue, de la conciliation informelle, serait de dire qu'il n'y a pas d'urgence ou de mise en péril des droits subjectifs de l'un ou de l'autre des sujets, notamment par l'engagement d'une action.

Pas d'urgence, d'une part, cela signifie que, dans un contrat de travail (en CDI notamment) ou dans un mariage, il n'y a pas de durée déterminée au contrat. Ainsi, les sujets placés dans une situation stable, sans la peur de l'écoulement du temps, seront plus à même de dialoguer paisiblement. On imagine qu'au contraire, dans une relation contractuelle, dans laquelle il y a un enjeu économique pressant, ou dans une situation délictuelle dont la réparation du préjudice est un enjeu imminent. Ou encore si le droit qui a été mis en péril par l'autre sujet est soumis à un délai de prescription prochainement écoulé. L'urgence se fait sentir, poussant ainsi la partie se sentant lésée, à agir rapidement et à laisser de côté le dialogue au profit d'une action en justice. Or une stabilité dans les droits subjectifs ne contraint pas les sujets à agir rapidement en justice, ce qui encourage un contexte d'avantage serein pour le déroulement du dialogue.

Dans cette même optique d'établissement de la conciliation dans un contexte complètement extérieur à toute action en justice, nous pouvons joindre le succès des conciliations en droit des entreprises en difficulté. Le succès de cette procédure est vérifiable au travers de son taux de réussite qui est de 60 % environ. Toutefois, ce résultat n'est pas une illustration d'une généralité dans la mesure où le nombre de conciliations entreprises reste minime. Son taux de réussite amène cependant à réfléchir sur les points forts de ce mode de conciliation, comparé notamment au modèle de conciliation au conseil des prud'hommes dont le taux de réussite est de 5 ou 6 %. Taux qui est encore plus bas devant le tribunal d'instance et la juridiction de proximité.

Cette réussite peut s'expliquer dans la relative sérénité du déroulement des négociations qui

sont absolument extérieures à tout litige entre les parties se prêtant à la conciliation.

Ainsi, la conciliation semble indéniablement plus efficace lorsqu'elle est entreprise en totale distance par rapport à l'action en justice relative à elle. Qu'elle soit entreprise, sans précipitation aucune, préalablement, à l'introduction de l'action en justice. Ce qui est le cas de la rupture conventionnelle ou de la convention de divorce par consentement mutuel (qu'elle soit présentée au juge ou que les époux choisissent le nouveau divorce dé-judiciarisé). Ou que dans le même esprit, elle soit entreprise indépendamment de toute action, comme c'est le cas en droit des entreprises en difficulté.

B – Évolutions de l'aboutissement recherché dans une conciliation

Le dispositif de la conciliation, c'est-à-dire le but recherché à travers elle a beaucoup évolué au fil du temps. Ces évolutions sont majeures concernant la conciliation dans les procédures de divorce. Bien que présente avant les réformes de 1975 et 2004, elle a subi des modifications substantielles. Ces évolutions concernent aussi indirectement le droit commun civil dans la mesure où les individus n'ont pas le même rapport à la justice qu'avant, et l'expansion des modes alternatifs témoigne également d'un nouveau stade d'évolution. Enfin, une évolution progressive et constante marque la conciliation au sein du contentieux prud'homal.

§1) La conciliation en contentieux de la famille : d'une réconciliation à une conciliation

L'ancien article 251 du Code civil, issu de la loi de 1975¹⁸⁰ prévoyait une phase de conciliation obligatoire lorsque le divorce était demandé « *pour rupture de la vie commune ou pour faute* » (alinéa 1^{er}). De plus, une conciliation facultative était possible « *quand le divorce est demandé par consentement mutuel des époux* » (alinéa 2nd). Durant le temps où la loi de 1975 était en vigueur, l'objectif recherché dans la conciliation était de faire en sorte que les époux renoncent au divorce. Il faut rappeler que la loi de 1975 institue une « nouveauté » qui est le divorce par consentement mutuel. Cependant, les mœurs étant en ce temps pour une vision d'avantage « sacrée » du mariage,

180 Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce

il est logique que la phase de conciliation serve à dissuader les époux de poursuivre leur volonté de divorcer. Peut-être, d'ailleurs pour les rediriger vers une séparation de corps. Toutefois, selon cette optique, la conciliation était-elle réellement utile ? Comme vu précédemment, l'époux qui demande le divorce met généralement des années à prendre sa décision. Rares sont les époux qui se présentent devant un juge afin de divorcer, sans que la décision n'ait été déjà mûrement réfléchie. Donc, la conciliation dont la philosophie est la réconciliation semble vouée à l'échec.

La réforme de 2004¹⁸¹ apporte, en son article 11, modification des dispositions en vigueur concernant la conciliation. Le second alinéa de l'article 252 est alors ainsi formulé « *Le juge cherche à concilier les époux tant sur le principe du divorce que sur ses conséquences* ». Une nouvelle direction est donnée au juge aux affaires familiales dans sa fonction de conciliateur. Elle n'est plus celle de la renonciation au divorce, mais de faire accepter aux époux, d'une part le principe du divorce et d'autre part, les conséquences qui vont en découler, à savoir notamment les conséquences patrimoniales, relatives à l'enfant, au logement familial, ...

La réforme de 2004 semble répondre de façon plus pragmatique aux besoins de la procédure de divorce. Les époux qui engagent une action en divorce ne renonceront pas à celle-ci, sauf exception. En revanche, si une conciliation est possible, elle l'est sur la pacification du déroulement de la procédure de divorce. Mais l'évolution entre 1975 et 2004 illustre une problématique souvent pointée du doigt par les juristes, mais également par les sociologues, elle est celle du déclin de l'ordre public familial ou du déclin de la norme sociale du schéma familial. En effet, il semblerait que le modèle classique familial perde, depuis une cinquantaine d'années, de son caractère sacré. Nous sommes ainsi passés d'un schéma familial strict et socialement imposé. Schéma instituant un père et une mère mariés et plusieurs enfants nés pendant le mariage. Or ce schéma, aujourd'hui, compte tenu des évolutions contemporaines, ne peut plus être regardé comme le schéma normal, classique. Nous sommes passés d'un schéma traditionnel, majoritaire, orthodoxe, conventionnel, ordinaire, normal ... à un schéma « idéal ». Dans le sens où il reste un idéal pour chacun mais il n'est plus la norme. Il n'est plus considéré comme « anormal » d'appartenir à une famille ne répondant pas à cette forme traditionnelle initiale, mais elle reste un idéal pour une quasi-unanimité de la population.

En ce sens, nous pouvons citer Jean HAUSER et Jean-jacques LEMOULAND qui observent que la multiplicité des individualités et la contractualisation des rapports ont amené aux « *bases d'une réorganisation sociale nouvelle* » et à une « *modification des rapports personnels* ». ¹⁸² Hakim

181 Loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce

182 Répertoire de droit civil Ordre public et bonnes moeurs. Jean HAUSER et Jean-Jacques LEMOULAND janvier 2015, actualisation : juin 2016

HAMADI précise, dans sa thèse que « *ce déclin, [...] reconnu et observé par tous [...] touche l'impérativité de la norme* »¹⁸³. En effet, pour parler de la norme sociale (en parallèle à la norme juridique), être divorcé n'est plus considéré comme anormal, de la même manière que d'être dans une famille mono-parentale ou recomposée. Il y a eu une considérable évolution du rapport individuel au divorce. Une évolution dans les mœurs et dans le regard que porte chacun sur le divorce et le droit de se remarier.

§2) Le droit civil : alternance entre culture du procès et culture de l'accord amiable

Pour reprendre l'explication de Jacques POUMAREDE sur la conciliation judiciaire, nous pouvons segmenter le rapport entre conciliation et circuit juridictionnel et judiciaire en trois périodes.

D'abord, la période post-révolutionnaire où la conciliation devant les juges de paix était obligatoire. Les chiffres nous montrent qu'elle était d'ailleurs très efficace, puisqu'elle débouchait quasi-systématiquement sur un accord amiable ou sur une renonciation à l'action. On constate, en tout cas, qu'il y avait un rapport hiérarchique, de préférence pour l'accord amiable et que la poursuite vers un mode juridictionnel de résolution du différend était vu comme un dernier recours.

Ensuite, il y a eu un déclin progressif de la logique de résolution d'abord amiable du différend pour une vision du « tout juridictionnel ». Cette période voit son apogée dans la seconde moitié du XXe siècle. Elle peut s'expliquer par la modernisation de la société, l'inflation législative et surtout, par les courants que les sociologues appellent « l'individualisation de la société ». Ainsi, en effet, Raymond BOUDON développe une vision individualiste analytique des phénomènes sociaux à travers « *l'individualisme méthodologique* »¹⁸⁴. Cette méthode, qui est une vision parfaitement opposée à celle de Émile DÜRKHEIM, qui expliquait un fait social par les antécédents de la société en négligeant la portée des acteurs qui la composent. BOUDON démontre donc que dans les sociétés contemporaines il y a un effritement de la conscience collective du groupe et que les comportements individuels motivés par leurs intérêts prennent le dessus sur l'explication du phénomène social. Ainsi, aujourd'hui, plusieurs évolutions sociales pourraient expliquer cette vision contemporaine du « tout juridique ». C'est-à-dire, de l'accès systématique aux tribunaux en cas de conflit dû à cet individualisme social. En effet, les individus se sentant moins rattachés à un groupe commun auraient d'avantage vision sur ce qui les divise que sur ce qui les rapproche. Et

183 Thèse de Hakim HAMADI 2009, soutenu par Elizabeth PAILLET, 2009 Centre d'études et de recherche le grand var

184 La place du désordre : critique des théories du changement social, Paris, PUF, 1984 dans *La logique du social* (chapitre 4, section 2); ; Les méthodes en sociologie, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2002 12^e ed

cet effacement du groupe au profit d'une somme d'individualités ferait naître des antagonismes qui seraient beaucoup moins susceptibles de résoudre un conflit à l'amiable ou se faire arbitrer par leurs tiers¹⁸⁵.

Toutefois, aujourd'hui et depuis la fin du XXe siècle, nous voyons une inflation législative au profit des MARD. Face à l'engorgement des tribunaux, les modes alternatifs semblent être une solution largement promue par le législateur et la jurisprudence. Mais la problématique réside dans les mœurs et donc dans le côté pratique de l'application du recours aux modes alternatifs. En effet, les justiciables restent dans la vision selon laquelle, la parole du juge et la réponse juridictionnelle sont la voie ultime de résolution du conflit. Dans les esprits, les MARD ne semblent pas dotés d'une autorité égale à celle du jugement et ce malgré l'inflation législative dans le sens de donner une primauté hiérarchique à l'accord amiable par rapport au jugement.

§3) La question récurrente du procès équitable au conseil des prud'hommes

« *Le maître est cru sur son affirmation* » était la formulation de l'article 1781 du Code civil qui resta en vigueur jusqu'à sa suppression le 2 août 1868. Un délégué de commission ouvrière déclara à un ministre de Napoléon III que ce texte paraît « *frapper tous les travailleurs d'infériorité morale* »¹⁸⁶. Cette formulation apparaît violente à première vue, et désignerait d'avantage la solution à un conflit opposant esclave et propriétaire qu'à un conflit qui oppose employeur et salarié. Loin de l'article 1^{er} de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen « *les hommes naissent libres et égaux en droit* ». Toutefois, bien que le texte soit abrogé, cette logique demeure par la suite en vigueur. En effet, les déclarations de l'employeur restent présumées vraies, jusqu'à preuve contraire présentée par le salarié. Ainsi, au début des années 1960, à la naissance des juridictions prud'homales, le taux de conciliation était très élevé car le salarié avait intérêt à accepter les accords amiables, ceci dans la mesure où la phase contentieuse présentait un risque considérable. La problématique de la sérénité lors du déroulement des négociations de la conciliation ne semblait pas enviable dans la situation de l'époque.

Toutefois, cette présomption de vérité et cet avantage dont bénéficiait l'employeur se sont estompés. En effet, on considère aujourd'hui que le lien de subordination qui lie l'employeur et le salarié place l'employeur en infériorité juridique. Ainsi, la doctrine, à partir de la fin du XXe siècle, considère que cette situation de subordination doit être compensée. Au point qu'il est légitime de se

185 Parfaitement illustré dans le Film de Dennis GANCEL, *La Vague* "Die Welle", 2008 (librement inspiré de « *La Troisième Vague* », une étude expérimentale d'un régime autocratique, menée par le Professeur d'histoire Ron JONES)

186 Publication de l'institut supérieur du travail du 29 mars 2004

demander si aujourd'hui le contentieux prud'homal répond toujours aux exigences du procès équitable.

En effet, la jurisprudence établit une liste non-exhaustive importante de privilèges juridiques, dont jouit le salarié au détriment de l'employeur. Notamment l'article 1235-1 du Code du travail qui prévoit, sur la preuve de la cause du licenciement que « *si un doute subsiste, il profite au salarié* ». Une présomption de vérité est aujourd'hui donnée au salarié. Mais en matière de preuve, le déséquilibre va plus loin. En droit pénal, la jurisprudence¹⁸⁷ considère que, peut être déclaré comme un fait justificatif, le vol qui serait commis par un salarié dans une optique de préparation des droits de la défense. La problématique de la loyauté de la preuve est ici, par la même, également posée. Or, la jurisprudence y répond pareillement en soutenant que la loyauté de la preuve s'applique à l'égard de l'employeur mais pas à l'égard du salarié¹⁸⁸. Concernant la clause de conciliation préalable et sa sanction, la jurisprudence n'applique généralement la sanction qu'à l'égard de l'employeur et non à l'égard du salarié¹⁸⁹. De plus, la jurisprudence aujourd'hui en matière de droit pénal du travail établit une véritable présomption de culpabilité contre l'employeur, lui donnant peu de chance de s'exonérer de sa responsabilité.

Ainsi, aux vues des craintes du déséquilibre potentiel causé par le lien de subordination, il convient de se demander si aujourd'hui nous ne sommes pas arrivés à la situation de déséquilibre inverse et à un procès qui ne soit plus équitable. Cette situation d'infériorité des prérogatives juridiques dans laquelle est placé l'employeur face au salarié, nous conduit à la situation inverse où c'est l'employeur le principal intéressé à l'aboutissement d'un accord amiable. À l'inverse, le salarié n'a qu'un intérêt moindre à la conclusion d'un accord. Il peut refuser, au motif du caractère urgent qu'il y a à obtenir versement d'une créance qui revêt caractère alimentaire. Donc d'une part, le salarié n'a que très peu intérêt à se concilier puisqu'il sait qu'il a 70 % de chances de gagner son procès. Et d'autre part, le caractère urgent de l'obtention de sa créance à caractère alimentaire ne permet pas l'instauration d'un dialogue serein et stable.

Après avoir constaté à la fois l'impact de l'instant sur la réussite de la conciliation et l'impact du temps sur l'institution de la conciliation en elle-même, il convient de se demander quelles

187 Cass soc 21 mars 2015 n°13-24 410. Explication manuel de droit pénal spécial de Thierry GARE, sur le vol commis par un salarié. "l'exonération de la responsabilité pénale opère comme un fait justificatif" Tome 1 : les personnes et les biens, 3^e ed, Larcier coll. Paradigme

188 Cass soc 20 novembre 1991 n°88-43 120 "Neocel"; confirmée par l'affaire Euromarché Carrefour cass. soc 10 décembre 1997 n°95-42 661

189 Cass. soc., 5 déc. 2012, n° 11-20.004. Commentaire de Denis COURTIEUX conciliation et procédure prud'homale du 30 janvier 2013. Villagejuridique.com

seraient les évolutions souhaitables pour que la conciliation soit menée plus efficacement à l'avenir.

C- Quelles évolutions souhaitables pour la conciliation ?

Les évolutions souhaitables pour rendre une conciliation efficace seraient de deux ordres. D'abord, concernant la mise en œuvre de celle-ci dans un contexte spatial et temporel convenable. Et ensuite, apporter des changements au regard de l'organe conciliateur en lui-même.

En ce qui concerne le contexte qui doit être favorable à l'instauration du dialogue de conciliation. Il faut que les deux antagonistes aient un intérêt égal à passer par un mode alternatif. Pour cela, il faut tenir compte du caractère urgent qu'éprouve généralement le demandeur à obtenir satisfaction de sa demande. Pour cela, il est vrai que toutes les juridictions souffrent de procédures trop lentes, du fait de l'engorgement des tribunaux. À propos de certains contentieux il serait donc préférable, dès l'introduction de la demande, de réunir les parties pour une séance d'orientation. La question serait alors de savoir, pour l'organe orienteur, si une conciliation est possible ou non. Pour juger, il pourrait notamment tenir compte de l'urgence qu'il y a à éteindre le litige. Auquel cas, celui-ci déciderait arbitrairement d'orienter les parties vers une phase préalable de conciliation ou directement vers l'organe de jugement. Ainsi par exemple, en contentieux prud'homal, un filtre supplémentaire choisirait quelles affaires il serait opportun d'orienter vers le bureau de conciliation et d'orientation et quelles affaires devraient être directement envoyées devant le bureau de jugement. Certaines affaires seraient donc directement envoyées devant le bureau de jugement sans faire l'objet d'une conciliation, notamment dans les cas où l'urgence empêche un déroulement serein du dialogue ou lorsque le conflit est trop ancré dans les rapports. Il semblerait que l'institution d'une phase obligatoire et universelle de conciliation obligatoire en l'état actuel des choses soit contre-productive.

Ensuite, il serait également productif d'accélérer les procédures, car il semblerait que l'instauration d'une phase de conciliation entre les parties allonge la durée totale de la procédure, ce qui n'encourage pas les parties à y participer.

Relativement à la question de la sérénité lors du déroulement du dialogue de conciliation, il

faut qu'il y ait une certaine distance entre la procédure de conciliation et l'instance. En effet, pour mener à bien ce processus amiable, il ne faut pas que les sujets aient le sentiment d'être au centre d'un processus judiciaire. C'est manifestement ce qui ressort des statistiques lorsque la conciliation est mise en œuvre dans une schéma de délégation et d'externalisation. En effet, qu'elle se déroule devant un conciliateur délégué, un médiateur, le processus apparaît bien plus efficace. Ceci peut s'expliquer par un argument subjectif qui répond à la manière dont l'organe conciliateur procède dans son optique d'instauration du dialogue, mais aussi par un argument organique qui serait la marque d'une distance de sécurité par rapport au circuit juridictionnel.

Ainsi, il paraît illogique que le juge soit l'organe principal de la conciliation si l'on veut que celle-ci soit menée efficacement et que les parties dégagent une solution de leur propre chef.

En effet, le juriste, et d'autant plus, le juge qui est gardien de la norme juridique, dans sa vision conservatrice, a du mal à se remettre en cause. Pourtant, il semblerait qu'il soit incompetent pour mener à bien une conciliation. Or, le juge aujourd'hui ne saurait admettre son incompetence et abandonner officiellement son monopole de la résolution des litiges. Car admettre que la psychologie est d'avantage adaptée à la résolution du litige à travers la conciliation reviendrait à partager cette prérogative avec les psychologues en tant que conciliateur. C'est entre autres pour cela que la conciliation reste « *la mal-aimée des juges* » et que ceux-ci n'ont aucunement le réflexe d'enjoindre les parties à rencontrer un médiateur ou un conciliateur délégué.

Or, tous s'accordent pour dire que la conciliation est un processus a-juridique et qu'elle ne doit pas suivre les règles processuelles si elle veut aboutir à une réussite. C'est notamment le cas du contradictoire qui paraît absolument inadapté.

Pourtant, il semblerait qu'au temps des « juges de paix », le taux de réussite des conciliation était magistralement élevé. Rien qu'à première vue, la dénomination de « juge de paix » renvoie une impression de puissante institution. C'est, en effet, l'une des conditions à la réussite de la conciliation, elle doit être menée par un organe « *doté d'une certaine autorité* ». Donc, d'une part, l'effort de création d'une véritable institution de la conciliation en tant qu'auxiliaire de justice doit se poursuivre et, d'autre part, changer la dénomination de « conciliateur délégué (bénévole) » qui impose peu le respect. Enfin, toujours dans l'optique d'instituer d'avantage les MARD, le législateur et la jurisprudence doivent continuer de promouvoir la préférence des modes alternatifs par rapport aux modes juridictionnels de résolution des différends. Sortir de cette vision que l'action en justice est le recours automatique et naturel face à un conflit et remettre au centre des mœurs, des idées et des opinions que « *Le procès est un mode anormal de résolution des conflits* » (Thomas CLAY).

Bibliographie

Cours, thèses, mémoires et colloque :

- Les MARC en droit des affaires : de réelles alternatives ? Thèse de Marine EMILIAN, 2001 sous la direction de, Henry LESGUILLONS, Paris 10 <http://www.theses.fr/2001PA100209>
- Les modes amiables de résolution des différends, Thèse en droit comparé de RIBAHY Karim, 2013, sous la direction de Frédéric FERRAND, Université Lyon 3
- Recherches sur l'ordre public familial, Thèse de Hakim HAMADI 2009, soutenu par Elizabeth PAILLET, 2009 Centre d'études et de recherche le grand var
- Colloque "La résolution des conflits par le Dialogue" du Vendredi 17 mars 2017, université de Toulon ; Jean-Baptiste RACINE, Professeur à l'université de Nice Sophia Antipolis,
- Cours Magistral de contentieux du travail du professeur Lise CASEAUX-LABRUNEE, M1 contentieux judiciaire, université Toulouse I Capitole 2015-2016
- Cyril MARTELLO, maître de conférence à l'université de Toulon, séminaire de contentieux de la famille, 2016/2017.
- Professeur Antoine BOTTON, cours de Droit processuel 2015-2016 M1 Carrières judiciaires, université Toulouse I Capitole
- théorie de l'autonomie de la volonté ; GROTIUS et HOBBS « l'homme est libre par nature »

Sites internet :

- conseillerdusalarie.free.fr/ sur les licenciements irréguliers
- justice.gouv.fr/justice-civile-11861/fiches-techniques-cph et
- prudhommes.ooreka.fr/comprendre/conciliation-prudhommes
fiches techniques sur la procédure au BCO
- avocat-zohar.com/confidentialite-et-mediation sur la confidentialité et médiation
- Larousse.fr et Toupie.org sur les définitions
- www.ca-Lyon.justice.fr Guide pratique du conciliateur de justice 2012
- justice.fr/médiation-conciliation sur la différence entre les MARD
- Enm.justice.fr/Pédagogie sur le programme d'études de l'ENM
- epmn.fr/pratique-de-la-conciliation , formation spécialisée dans les MARD
- [site de la Faculté de droit et sc. Pol. De l'université de Bordeaux](http://site.de.la.Faculté.de.droit.et.sc.Pol.De.l'université.de.Bordeaux), sur le Master 2 de modes alternatifs de règlement des litiges, dirigé par Aurélie BERGEAUD-WETTERWALD

- psychotherapie.org sur l'impartialité et la confidentialité du thérapeute
- insee.fr/statistiques
- Travailemploi.gouv sur formulaires de demandes en homologation traitement DARES
- juritravail.com/Actualite/opter-pour-la-rupture-conventionnelle, sur la pratique de la rupture conventionnelle
- coindusalarie.fr/ sur les chiffres de la rupture conventionnelle
- Le rôle judiciaire et social du juge de paix H. VIEILLEVILLE,, thèse droit, Paris 1944 p82-83

Documents numériques et rapports officiels :

- La conciliation, la mal-aimée des juges de Jacques POUMAREDE
- Rapport sur la médiation familiale et les contrats de coparentalité, proposition n°5 de M. JUSTON et S. GARGOULLAUD p9
- les recours administratifs PO à la saisine du juge : un mode souple de règlement des conflits rapport d'Olivier SCHRAMECK de 2008
- Le rôle du conciliateur et ses relations avec la justice CREDOC, 1981, rapport dactylographié
- préface au Droit processuel d'Henry MOTULSKY Jean FOYER, Les cours de droit, 1973, Textes Réunis par M. CAPEL.
- rapport annuel « les chiffres clés de la justice » années 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016 et 2017 Justice.gouv
- rapport d'information sur la justice aux affaires familiales : pour un règlement pacifié des litiges. Catherine TASCA et Michel MERCIER, sénat.fr N°404 du 26 février 2014
- Le Divorce sous la direction de Laure CHAUSSEBOURG, Valérie CARRASCO et Aurélie LERMENIER de Juin 2009, page 13 Rapport Justice.gouv
- La Troisième Vague, une étude expérimentale d'un régime autocratique, menée par le Professeur d'histoire Ron JONES ayant inspiré le Film de Dennis GANCEL, La Vague "Die Welle", 2008
- Publication de l'institut supérieur du travail du 29 mars 2004

Manuels, ouvrages, dictionnaires :

- Droit et pratique du divorce, Jean pierre CLAUX et Stephane David, 3^e édition dalloz référence 2015-2016.
- Liquidation des régimes matrimoniaux Stephane DAVID et Alexis JAULT, 3^e édition dalloz référence 2016-2017
- droit civil, J CARBONNIER, La famille t2. 20E ed « thémis » PUF 1999

- Entreprises en difficulté de Françoise PEROCHON. LGDJ 10^e ed 2014
- Guide des MARD, Nathalie FRICERO, Charlotte BUTRUILLE-CARDEW, Linda BENRAIS, Beatrice GORCHS-GELZER, Guillaume PAYAN, Guides Dalloz référence 2^e ed 2016-2017
- La Médiation efficace. Sous la direction de Jacques FISCHER-LOKOU et Peggy LARRIEU, l'Harmattan ed 2013-2014
- adages du droit français. H.ROLAND et L.BOYER, Litec, 4^e ed 1999
- Transaction dans toutes ses dimensions, sous la direction de B. MALLET-BRICOUT et C. NOURISSAT, Dalloz ed 2006-2007
- Contrat de transaction et solutions transactionnelles Bernard PONS Dalloz référence édition 2014/2015
- Les MARC de Loïc CADIET, Thomas CLAY Dalloz 2^e ed 2016-2017
- Théorie générale du procès Loïc DACIET, J NORMAND et S. AMRANI-MEKKI p 208-246
« justice contractualisée en opposition à la justice juridictionnelle »
- Arbitrage et médiation de Xavier LINANT de BELLEFONDS et Alain HOLLANDE, ed études broché 2003
- Droit et pratiques des procédures collectives Pierre-michel LE CORRE Dalloz 2015 2016 (titre 130 règlements amiables ; titre 140 : conciliation)
- Lexique des termes juridiques, S. GINCHARD et T. DEBARD, Dalloz, 21^e ed. 2014
- De la mobilisation du fait à la réalisation du droit. Maxime LEI et Loïc YBOUD, l'harmattan 1^e ed 2015/2016
- Procédure civile de Nathalie FRICERO et Pierre JULIEN, LGDJ manuel 5^e ed 2013/2014.
- Droit des entreprises en difficulté André JACQUEMONT et Régis VABRE Lexis nexis 9^e édition
- Droit judiciaire privé, Loïc CADIET et Emmanuel JEULAND, Manuel lexis nexis 7^e ed 2016-2017
- Le droit subjectif et l'action en justice DEMOLOMBE, cité par Henry MOTULSKY
- Le petit Larousse 2003
- Institutions judiciaires de Roger PIERROT, MONTCHRESTIEN 15^e ed page 381
- Droit du travail Elsa PESKINE et Cyril WOLMARK, 2015 Dalloz hypercours 9^e ed
- The triune Brain, Paul D. MACLEAN, professeur en neuro-biologie à l'université de Yale, Washington et Edimbourg , 1990
- Juges rouges et droit du travail Actes de la recherche en sciences sociales, article de Pierre CAM , 1978, volume 19, n°1, p2 à 27
- La place du désordre : critique des théories du changement social, Raymond BOUDON, Paris, PUF, 1984
- Les méthodes en sociologie, Raymond BOUDON, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2002 12^e ed
- les personnes et les biens manuel de droit pénal spécial de Thierry GARE, Tome 1 , 3^e ed, Larcier coll. Paradigme

Articles :

- La (clause de) conciliation à tout prix , Vincent MAZAUD , précis Dalloz 2016. 2377
- confidentialité et transparence réconciliées pour la prévention et le traitement des difficultés note BOURBOULOUX , BJE mai 2012 p 183 n°87
- le rapprochement du contentieux prud'homal avec le contentieux de droit commun depuis la loi Macron Vincent ORIF, Issu de Gazette du Palais, 30/08/2016, n° 29, page 47
- Clause compromissoire : (Paris, 12^e ch, 8 oct 1998 RGDP 1999), p 129, obs M-CI RIVIER; Rev arb 1999. 350 note P ANCEL et O GOUT
- quand la médiation vient au secours des chefs d'entreprise C CLOBODANSKY, LPA 2013 n° 246 p 3
- l'économie de la justice, du monopole d'État à la concurrence privée B LEMENNICIER Justices n°1, 1995 p 135
- « qui dit contractuel dit juste » J-F Spitz remarques sur une formule d'Alfred Fouillée (RDT civ. 2007,281.)
- médiation et conciliation, ds jumeaux vrais ou faux ?C.PEULVE , gaz pal 28 juin 2011 p 19.
- Les modes alternatifs de règlement des litiges et le droit administratif L RICHER, AJDA 1997 n°1 p3 et suivant.
- pour la médiation obligatoire Jean édouard ROBIOU DUPONT, dalloz chroniques actu.fr le 28 mars 2017
- le dossier de médiation peut être versé au débat sur cass crim 12 mai 2004 n° 03-82 098 note de Frederic BICHERON, AJ Famille 2004 p285
- Méthode du dialogue non-violent : Les mots sont des fenêtres ou bien ils sont des murs? HARVARD Marshal ROSENBERG , Syros, 1999
- Totem et tabou S. Freud (1912), Paris, Gallimard, 1993
- La transaction et le juge Christine BOILLOT LGDJ collection des thèses de l'École Doctorale de Clermont-Ferrand, ed 2003, p12
- La médiation Béatrice GORSH RDT civ. 2003 p423
- La notion d'arbitrage, Ch. JAROSSON LGDJ 1987 p 372
- l'économie de la justice, du monopole d'État à la concurrence privée B LEMENNICIER Justices n°1, 1995 p 135
- changement social et droit négocié Antoine PIROVANO, Broché economica 1989
- Le recours gracieux préalable en matière de sécurité sociale par Bernard THAVAUD et Serge PETIT, conseillers à la Cour de cassation
- Les mots sont des fenêtres ou bien ils sont des murs? Marshall Rosenberg, Syros, 1999. Article traduit par Psychologies.com
- La thérapie de couple Martine GERCAULT,, article résumé par psychothérapie.org
- General Competitive Analysis de Kenneth Josoph ARROW et Frank HAHN, holden day 1971, commentaire Olivier Favereau, « Objets de gestion et objet de la théorie économique », Revue française de gestion 2006/1 n° 160, p. 67-79 ; Commentaire de Maxime LERMLE et Irène HERLEA, 2 mai 2016, EulerHermesEconomicResearch, Economic Insign

- Le divorce pour faute Explication de Gérard PITTI, AJ Famille 2011,84.
- Les prestations compensatoires après le divorce J. de POULPIQUET : JCP 1977 I 2856
- L'EntrepriseExpress du lundi 9 septembre 2013, sur les Déclaration du Ministre des PME, Fleur PELERIN
- LeMonde Société : Une grande partie des français considèrent qu'il faut réformer la justice, article de Franck JOHANNES 10 janvier 2014.
- Les conditions de vie des enfants après le divorce, Par Carole BONNET et Bertrand GARBENTI
- La mission conciliatoire du bureau de conciliation prud'homal dans tous ses états, Évelyne SERVERIN, Rev. trav. 2013. p124
- La rupture amoureuse, Marcel BERNIER et Marie-Hélène SIMARD groupe eyrolles 2001. page 6. Sur les études de Sheehy GAIL, Les passages de la vie : Les crises prévisibles de l'âge adulte, Éditions de Mortagne, 1982
- Cass 2^e civ 16 décembre 1963 JCP 1964 II 13660 note JA « manquement grave justifiant le divorce pour faute »
- Ordre public et bonnes moeurs. Jean HAUSER et Jean-Jacques LEMOULAND Répertoire de droit civil janvier 2015, actualisation : juin 2016
- conciliation et procédure prud'homale Cass. soc., 5 déc. 2012, n° 11-20.004. Commentaire de Denis COURTIEUX du 30 janvier 2013. Villagejuridique.com